



HAL
open science

La sexualité saisie par le Droit ?

Auriane AT Teyssonneyre

► **To cite this version:**

Auriane AT Teyssonneyre. La sexualité saisie par le Droit ?. Droit. Aix marseille université, 2023. Français. NNT: . tel-04699474

HAL Id: tel-04699474

<https://hal.science/tel-04699474v1>

Submitted on 16 Sep 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue à Aix-Marseille Université
le 16 décembre 2023 par

Auriane TEYSSONNEYRE

LA SEXUALITÉ SAISIE PAR LE DROIT ?

Discipline

Droit

Spécialité

Public

École doctorale

ED 67 Sciences juridiques et politiques

Laboratoire de recherche

ILF GERJC CNRS UMR 7318

.....
Composition du jury

Thierry-Serge RENOUX Directeur de thèse
Professeur émérite à Aix-Marseille Université

Nadia BEDDIAR Rapporteuse et présidente
Professeure à l'Université catholique de Lille

François VIALLA Rapporteur
Professeur à l'Université de Montpellier

Didier RIBES Examineur
Conseiller d'État

.....

Affidavit

Je soussignée, Auriane TEYSSONNEYRE, déclare par la présente que le travail présenté dans ce manuscrit est mon propre travail, réalisé sous la direction scientifique de Thierry-Serge RENOUX, dans le respect des principes d'honnêteté, d'intégrité et de responsabilité inhérents à la mission de recherche. Les travaux de recherche et la rédaction de ce manuscrit ont été réalisées dans le respect à la fois de la charte nationale de déontologie des métiers de la recherche et de la charte d'Aix-Marseille Université relative à la lutte contre le plagiat.

Ce travail n'a pas été précédemment soumis en France ou à l'étranger dans une version identique ou similaire à un organisme examinateur.

Fait à Aix en Provence, le 5 octobre 2023



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la [Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Liste de publications et participation aux conférences

- 1) Liste des publications réalisées dans le cadre du projet de thèse :

- 2) Participation aux conférences et écoles d'été au cours de la période de thèse :
 1. « Sexe et Droit », Colloque *Genre et liberté sexuelle au regard du droit de la santé*, 5 décembre 2022, Faculté de Droit et de Sciences politiques, Aix-Marseille Université

Résumé

Mots clés : Sexualité ; norme ; liberté sexuelle ; consentement ; dignité ; morale ; ordre public ; évolution

La sexualité, intime et universelle, s'entrelace avec la société, soulevant des questions cruciales sur sa réglementation juridique. Dès lors, la question de la saisie juridique de la sexualité s'avère complexe, reflétant les normes, les valeurs et les interprétations sociales. Il devient manifeste que la sexualité, qu'elle évolue au sein des contours sacrés du mariage ou s'épanouisse de manière plus libérée, demeure étroitement liée au Droit. Les subtilités les plus délicates de la sexualité, entre pratiques et orientations, ne pouvant être ignorées de la matière juridique.

D'une part, le Droit, norme générale et impersonnelle, est-il en capacité de réglementer la sexualité des personnes ? D'autre part, si le Droit entend normaliser la sexualité en se fondant sur des normes issues de la nécessité de protéger la dignité de la personne humaine, l'ordre public, l'union matrimoniale ou les bonnes mœurs, ne vient-il pas alors restreindre sans justification et parfois sans proportionnalité, la liberté individuelle exprimée par des personnes consentantes qui sont seules juges de leur vie privée ?

La sexualité, tissant une trame entre les aspirations individuelles et les exigences sociétales, offre un terrain où le Droit se pose en guide éclairé. Il protège avec vigilance les droits et libertés fondamentaux, tels que la liberté sexuelle, tout en veillant au maintien de l'ordre public et de la tranquillité au sein de la société. À travers une perspective historique, la sexualité se révèle comme une force dynamique, défiant sans cesse le Droit à naviguer dans l'intrigue complexe des normes sexuelles, toujours variables et subjectives. Le consentement, pierre angulaire de la liberté sexuelle, reste primordial, même si la législation actuelle exige toujours la preuve de coercition. La dignité, tout comme la morale, laisse une empreinte indélébile sur les cadres juridiques qui encadrent la sexualité. Quant au mariage, il présente des impératifs de fidélité et de devoir conjugal auxquels le Droit ne peut rester éternellement fidèle, sous peine de s'écarter des considérations personnelles

6 *La sexualité saisie par le Droit ?*

et des évolutions sociales influencées par les pratiques sexuelles en constante mutation et le progrès technologique incessant.

Cette quête de recherche a dévoilé une vérité profonde : l'évolution perpétuelle de la sexualité ouvre de nouvelles perspectives pour le Droit, l'incitant constamment à adapter ses régulations pour suivre le rythme d'une notion en perpétuel mouvement.

Abstract

Keywords: *Sexuality ; norm ; sexual freedom ; consent ; dignity ; morality ; public order ; evolution*

Sexuality, both intimate and universal, intertwines with society, raising crucial questions about its legal regulation. Consequently, the issue of legally addressing sexuality proves to be complex, reflecting norms, values, and social interpretations from a legal perspective. It becomes evident that sexuality remains closely tied to the Law, whether within the sacred confines of marriage or in a more liberated manner. The most delicate intricacies of sexuality, encompassing both practices and orientation, cannot be overlooked in legal matters.

On the one hand, stands the Law, a general and impersonal standard, capable of regulating the sexuality of individuals? On the other hand, while the Law seeks to standardize sexuality based on norms arising from the need to protect the dignity of the human person, public order, marital union, or moral rectitude, doesn't it sometimes unduly restrict the individual freedom expressed by consenting individuals who are the sole judges of their private lives without justification and at times without proportionality?

Sexuality provides a terrain where the Law positions itself as an enlightened guide, as it weaves a tapestry between individual aspirations and societal demands. It vigilantly safeguards fundamental rights and freedoms, such as sexual liberty, while ensuring the maintenance of public order and tranquility within society. Through a historical perspective, sexuality reveals itself as a dynamic force; it constantly challenges the Law to navigate the intricate web of sexual norms, always variable and subjective. Consent remains crucial, as it is the cornerstone of sexual freedom, however current legislation still requires proof of coercion. Dignity, much like morality, leaves an indelible mark on the legal frameworks that govern sexuality. As for marriage, it presents imperatives of fidelity and conjugal duty that the Law cannot uphold eternally, while risking deviating from personal considerations and

8 *La sexualité saisie par le Droit ?*

social developments influenced by ever-evolving sexual practices and incessant technological progress.

This research endeavor has unveiled a profound truth: the perpetual evolution of sexuality opens new perspectives for the Law, constantly encouraging it to adapt its regulations to keep pace with ever-evolving concept.

À ma famille

À ceux qui sont et dont le soutien n'a jamais failli

À ceux qui furent

À Lina, ma grand-mère, qui, l'année de mes neuf ans, m'a impérieusement prescrit d'apprendre la fable du Loup et l'agneau, sans qu'aucune contestation ne soit tolérée, bien que ma préférence se portât sur une fable de moindre envergure. Elle a su insuffler en moi le goût de l'effort, une saveur qui, dès lors, ne m'a jamais plus quittée.

Remerciements

Mes premières expressions de gratitude sont dédiées à mon directeur de thèse, le Professeur Thierry-Serge RENOUX, dont la guidance a su orienter mes réflexions sans jamais les entraver. Je tiens à vous remercier pour la bienveillance dont vous avez fait preuve, pour vos conseils éclairés, et pour l'intérêt que vous avez manifesté envers mes travaux.

Je souhaite exprimer une reconnaissance chaleureuse envers les Professeurs Nadia BEDDIAR et François VIALLA, ainsi qu'à l'égard du Conseiller d'État, Didier RIBES, qui m'ont honoré de leur présence en tant que membres du jury, déployant leur expertise et leur disponibilité.

Un sincère remerciement à tous ceux qui ont enrichi mes recherches, que ce soit de manière délibérée ou fortuite, à travers les nombreuses conversations échangées sur ce sujet.

Je désire exprimer ma gratitude envers ma famille.

Mon père, qui m'a transmis la passion du droit, sa rigueur et le plaisir du travail accompli.

Ma mère, pour son soutien indéfectible et pour sa relecture précieuse.

Mon frère, pour ses encouragements infaillibles.

Mes amis, pour leur soutien perpétuel.

Enfin, je souhaite adresser un dernier remerciement tout particulier à mon mari, qui a su apporter la lumière dans les moments les plus obscurs de ce travail si solitaire. Merci d'avoir su apaiser mes inquiétudes et de m'avoir toujours fait sentir fière de cette entreprise.

Abréviations et sigles

AN	Assemblée nationale
ANSES	Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail
APhD	Archives de Philosophie de Droit
BvR	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
CCNE	Comité Consultatif National d'Éthique
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention Européenne de Droits de l'Homme
CEDREF	Centre d'enseignement, de documentation et de recherche pour les études féministes
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
CGLPC	Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté
Coll.	Collection
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CP	Code pénal
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
DC	Décision de conformité
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
dir.	Sous la direction
Dr. Fam.	Droit de la famille
DSM	<i>Diagnostic et Statistical Manual</i>
env.	environ
Ed.	Edition
EHESP	École des Hautes Études en Santé Publique
ERPI	Éditions du Renouveau Pédagogique
<i>al.</i>	autres
GPA	Gestation pour autrui

14 *La sexualité saisie par le Droit ?*

HS	Hors-série
<i>Ibidem</i>	Le même ouvrage
<i>In</i>	dans
JCP	La Semaine Juridique
JORF	Journal Officiel de la République Française
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
MGH	Monumenta Germaniae Historica
N°	Numéro
ONU	Organisation des Nations unies
PMA	Procréation Médicalement Assistée
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDUS	Revue de Droit de l'Université de Sherbrook
RIDA	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité
TGI	Tribunal de Grande Instance
Trad.	Traduction
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UNHCR	Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés

Sommaire

Introduction générale

Partie I

LA SEXUALITÉ : OBJET DU DROIT ?

Titre I – Normes et sexualité

Chapitre I – La sexualité à travers les siècles

Chapitre II – Étude de la norme sexuelle

Chapitre III – Sexe, genre et sexualité

Titre II – Le Droit est-il légitime à réglementer la sexualité ?

Chapitre I – La légitimité, entre valeurs, protection d'autrui et respect de l'ordre public

Chapitre II – De la reconnaissance des droits sexuels à la mise en œuvre d'un droit à la sexualité

Partie II

LA SEXUALITÉ CONFRONTÉE AUX SUJETS DE DROIT

Titre I – Consentement, dignité et morale

Chapitre I – Consentement et sexualité

Chapitre II – Les interdits sexuels

Titre II – La sexualité : entre tradition et renouveau

Chapitre I – Le mariage, cadre traditionnel de la sexualité

Chapitre II – Les nouvelles formes de sexualité

Conclusion générale

« La sexualité est un domaine où les frontières du licite et de l'illicite, du normal et du pathologique, du conforme et du déviant sont tout à la fois floues, instables et en perpétuelle évolution ».

J.-J YVOREL¹

¹ J.-J. YVOREL, « La justice et les mineurs auteurs de crimes et délits sexuels (1825-1879), in A. HARRAULT et C. SAVINAUD (dir.), *Les violences sexuelles d'adolescents. Fait de société ou histoire de famille ?*, Toulouse, Érès, 2015, 272 pages, page 52.

Introduction générale

1. La sexualité, sujet qui traverse les âges et les cultures, est l'une de ces énigmes juridiques fascinantes qui nous poussent à plonger dans un océan de réflexions. La sexualité, domaine intime et universel, se présente comme la sphère de toutes les passions humaines.

2. Perçue comme une aventure charnelle, elle est une dimension fondamentale de l'expérience humaine. Elle outrepassse le biologique pour devenir une véritable exploration intime et émotionnelle de la sensualité, du désir et de la connexion avec autrui. Véritable facteur commun à tous les êtres humains, aucune civilisation ne peut prétendre ignorer la sexualité et qu'importe si celle-ci varie en fonction du temps ou de l'espace, elle est présente dans chaque société, au sein de chaque personne.

3. En outre, la sexualité englobe un large champ d'aspects liés à l'expression, à l'expérience et à l'identification liées au sexe et à l'intimité humaine. Cela inclut les comportements, les désirs, les relations, les orientations sexuelles, les identités de genre, et les pratiques liées à l'intimité et à la reproduction. La sexualité est influencée par des facteurs biologiques, psychologiques, sociaux, culturels et émotionnels, et elle est vécue et exprimée de différentes manières à travers les individus et les sociétés. Elle est une composante fondamentale de l'expérience humaine, contribuant à la construction de l'identité, à l'épanouissement personnel et aux relations interpersonnelles.

4. Dans le vaste champ du Droit, l'exploration de la sexualité représente un défi intellectuel d'envergure. La sexualité, cette sphère intime qui transcende le privé pour s'inscrire dans les enjeux sociaux, médicaux et éthiques, se trouve inévitablement liée au système juridique. La manière dont le Droit appréhende, encadre et réglemente les comportements et les relations sexuels soulève des questions essentielles quant à la liberté individuelle et aux droits fondamentaux des citoyens.

I - Approches de la sexualité

5. **La sexualité : sujet tabou ?** – La première problématique qu’il faut affronter lorsque nous tentons d’appréhender le sujet de la sexualité réside dans sa nature même, peu souvent traité comme s’il était tabou. Pendant de nombreuses générations, la sexualité a été un thème de discussion délicat, considéré comme contraire à la morale et qu’il était impératif d’éviter d’aborder. Au fil du temps, la société a progressivement libéré la sexualité de ces contraintes morales, ouvrant ainsi la voie à une meilleure acceptation et compréhension de la diversité des expressions sexuelles chez les individus.

6. La sexualité a été longtemps perçue comme un sujet sensible pour diverses raisons. Originellement, ceci s’explique incontestablement par la répression qui entourait les comportements sexuels jugés non conventionnels par les normes morales de l’époque. Selon la moralité religieuse dominante, la seule forme de sexualité considérée comme acceptable était celle visant exclusivement à la reproduction de l’espèce. Ainsi, ceux qui se conformaient à cette norme échappaient à toute répression. Cependant, étant donné la diversité des expressions sexuelles, les personnes ayant des inclinations ou des pratiques en dehors de ce cadre moral étaient sujettes à la répression, tant d’un point de vue religieux que légal.

7. En outre, le caractère tabou de la sexualité découle de sa nature profondément intime et personnelle. Elle dévoile les désirs et les besoins les plus intimes de chaque individu dans une sphère physique qui est considérée comme particulièrement privée. Quoiqu’on en dise, la sexualité reste essentiellement une affaire intime, expliquant ainsi la sensibilité entourant ce sujet.

8. Au vu de sa représentation de plus en plus manifeste dans le monde des arts, il est évident que la sexualité n’est plus un sujet que nous nous gardons d’aborder. Qu’il s’agisse du monde du cinéma², de la littérature³ ou encore, de la publicité, la sexualité est devenue

² Nous pouvons notamment citer le film « Nymphomaniac » de Lars VON TRIER, sorti en 2013, qui expose à l’écran, de manière très subjective, la vie d’une nymphomane jouée par Charlotte GAINSBORG.

³ Dans le domaine de la littérature, il est opportun d’évoquer la trilogie *Cinquante nuances de Grey* écrite par la romancière britannique E.L. JAMES parue en 2012 et qui relate l’histoire sexuelle entre une jeune fille et un riche homme d’affaires en proie à des tendances sadomasochistes.

un sujet omniprésent. Cette place de plus en plus prégnante de la représentation de la sexualité dans la société l'a-t-elle privée de son caractère embarrassant ?

9. L'évolution de la société et de la morale qui l'accompagne n'a pas réussi à supprimer de manière totale le caractère incommode qui est attaché à la sexualité. En effet, lorsqu'il y a de cela plus de deux décennies, le Président CLINTON a eu une aventure au sein même de la Maison Blanche avec sa jeune stagiaire, l'indignation face à un tel comportement fut la réaction la plus vive qui s'en est dégagée. Il en fut de même pour Gary HART, candidat à la présidentielle américaine de 1988, qui dut y renoncer à la suite d'un scandale sur sa vie privée ou encore, plus récemment l'affaire de Benjamin GRIVAUX, candidat à la mairie de Paris, qui a retiré sa candidature suite à la diffusion d'une vidéo à caractère sexuel le concernant. Alors même que dans ces affaires, aucune violation de la loi ne fut à déplorer, celles-ci démontrent bien, par l'indignation dont elles ont fait l'objet, le caractère parfois encore tabou de la sexualité. Au travers de ces scandales sexuels, nous constatons que la morale et les mœurs gardent une place prépondérante dans la société et ceci alors même qu'aucune loi n'ait été enfreinte ; la loi ne se présentant de fait pas comme le seul vecteur de répression, la morale pouvant être considérée comme tel également.

10. Néanmoins, quand bien même la sexualité est un sujet qui peut faire rougir voire indigner, elle ne peut être ignorée.

11. **De la notion de « sexualité »** – Définir la sexualité se révèle être un exercice complexe, tant la notion même revêt un caractère multidimensionnel. Biologie, psychologie, sociologie et Droit sont nombre de domaines qui se captivent pour la sexualité.

12. La sexualité se désigne comme les caractéristiques anatomiques, physiologiques et génétiques qui déterminent si un individu est de sexe masculin, féminin ou intersexué. Cette définition est généralement basée sur des critères tels que les organes génitaux, les chromosomes sexuels et les caractéristiques sexuelles⁴.

⁴ R. COURTOIS, « Conceptions et définitions de la sexualité : les différentes approches », *Annales Médico-Psychologiques, Revue Psychiatrique*, Ed. Elsevier Masson, 1998, 156 (9), pages 613 à 620.

22 La sexualité saisie par le Droit ?

13. Dans un contexte physiologique et psychologique, « *la sexualité désigne les fonctions de différenciation sexuelle et de reproduction. Cette approche est aussi celle de la physiologie et d'une certaine manière de la psychologie expérimentale. C'est-à-dire que la sexualité est considérée comme une fonction parmi d'autres : la faim, la soif ou le sommeil. Ainsi réduite à une pulsion du corps qu'il faut satisfaire, la sexualité n'apparaît pas cependant parmi les besoins primaires et vitaux d'un individu. Cette optique fonctionnaliste est très réductrice. Elle laisse pour compte la procréation, mais aussi toute l'organisation sociale qui se fait autour de cette activité de sexualité-procréation*⁵ ». Elle est une dimension de l'identité personnelle liée aux désirs, aux envies, aux fantasmes et aux émotions et englobe la manière dont les individus perçoivent, expriment et vivent leur dimension sexuelle, y compris leur orientation sexuelle, leurs préférences, leurs attitudes, leurs valeurs et leurs expériences intimes. Elle est, dès lors, un comportement social qui est aussi appréhendé par le Droit.

14. Dans le domaine de la sociologie, la sexualité est abordée comme un construit social qui est façonné par les normes culturelles, les valeurs, les croyances religieuses et les pratiques sociales. Plus précisément, pour le sociologue Michel BOZON, « *il n'existe pas dans l'espèce humaine de sexualité naturelle. Aucun contact sexuel, aussi simple soit-il, n'est imaginable hors des cadres mentaux, des cadres interpersonnels et des cadres historico-culturels qui en construisent la possibilité. La transgression éventuelle n'implique pas l'ignorance de ces cadres ; elle révèle seulement une manière particulière d'en user* ». De plus, il ajoute que « *la sexualité n'est pas une réalité objective isolable, que l'on pourrait rattacher soit à une fonction biologique, soit à une institution sociale chargée de l'administrer. Le terme même de sexualité est à géométrie variable, aussi bien dans ses acceptations scientifiques que dans les définitions personnelles qu'en donnent les acteurs, et cette variabilité a plutôt tendu à augmenter au fil du temps*⁶ ».

⁵ R. **COURTOIS**, « Conceptions et définitions de la sexualité : les différentes approches », *Annales Médico-Psychologiques, Revue Psychiatrique*, Ed. Elsevier Masson, 1998, 156 (9), pages 613 à 620.

⁶ M. **BOZON**, « Les cadres sociaux de la sexualité », *Sociétés contemporaines*, volume n^{os} 41-42, n^{os} 1-2, pages 5 à 9.

15. Dans le champ d'investigation de la sexualité, la sociologie s'attache à appréhender le vécu, la régulation et la représentation de la sexualité, ainsi que les interactions entre les individus et les structures sociales qui la régissent⁷.

16. Fondamentalement, la sociologie de la sexualité repose sur le précepte de la construction sociale de la sexualité. Cette théorie postule que les modalités de détermination, de régulation et d'appréciation de la sexualité au sein d'une société sont le fruit de processus sociaux et culturels. Les normes, les tabous, les rôles de genre, les attentes quant aux comportements sexuels, tous ces éléments sont façonnés par des influences sociétales telles que la religion, la politique, les médias, l'éducation et l'héritage culturel⁸.

17. Conjointement à l'exploration de la construction de la sexualité, la sociologie s'emploie à analyser les normes sexuelles, soit les conduites sexuelles socialement admises. Celles-ci varient considérablement d'une culture à l'autre, et même à l'intérieur d'une même société, en fonction de divers paramètres tels que l'âge, la classe sociale, l'origine ethnique et la religion. Les individus qui s'écartent de ces normes peuvent être sujets à la stigmatisation, à la marginalisation voire à la répression judiciaire. Ainsi, la sociologie de la sexualité scrute avec attention la manière dont ces normes sont édictées, négociées et questionnées⁹.

18. En Droit, la notion se présente à la fois comme complexe et protéiforme, une notion qui a suscité de nombreuses interrogations et débats au fil du temps. Malgré sa place centrale dans la vie des individus, elle demeure une notion difficile à définir de manière précise et universelle. En effet, la sexualité ne peut être réduite à une simple activité physique, car elle englobe des dimensions psychologiques, émotionnelles, sociales et culturelles¹⁰.

⁷ M. **BOZON**, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Coursus », 2018, 192 pages.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ R. **COURTOIS**, « Conceptions et définitions de la sexualité : les différentes approches », *Annales Médico-Psychologiques, Revue Psychiatrique*, Ed. Elsevier Masson, 1998, 156 (9), pages 613 à 620.

24 La sexualité saisie par le Droit ?

19. Sur le plan juridique, la définition de la sexualité est indispensable, notamment dans le contexte des lois sur les violences sexuelles, la protection de la vie privée, et la non-discrimination. Cependant, les tentatives pour définir juridiquement la sexualité se heurtent souvent à des défis majeurs en raison de sa complexité et de sa variabilité.

20. Pourtant, certains avancent l'idée que l'absence d'une définition formelle de la sexualité en Droit trouve sa justification dans sa présumée évidence, comme si cette notion coulait de source dans la conscience collective. Selon Corinne HOUIN, « *une définition du sexe ou de la sexualité semble inutile tant elle paraît évidente*¹¹ ». La sexualité, cette facette intime et profonde de notre être, est-elle réellement si claire et limpide qu'elle se passe aisément de définition ? La notion de sexualité est-elle véritablement évidente pour tous ? Il serait facile de présumer que chaque citoyen, à l'aune de son expérience personnelle, possède une compréhension intuitive et définie de ce concept, néanmoins, la complexité de la définition de la sexualité réside dans sa dimension subjective et évolutive. Les conceptions de ce qui constitue la sexualité ayant évolué au fil des siècles.

21. A la lumière de ces informations, il est opportun de se demander comment le Droit peut règlementer la sexualité des individus sans jamais en avoir donné de définition précise ? Il apparaît que le Droit se contente de règlementer la sexualité en considérant qu'il s'agit d'une notion connue de tous. Il semble que son caractère universel justifie son absence juridique de définition ; une absence de définition confortée par le silence du législateur¹² ainsi que celui de la jurisprudence¹³. Au-delà de la justification tenant à l'universalité, l'absence de définition peut également s'expliquer par l'impossibilité de déterminer une notion aussi subjective, tant quant à la pluralité des comportements sexuels qu'à la diversité des conceptions entre chaque individu, la notion différant

¹¹ C. HOUIN, « La sexualité dans le droit civil contemporain » in *Droit, Histoire et Sexualité*, Textes réunis et présentés par J. POUMAREDE et J.-P. ROYER, Lille, publications de l'Espace Juridique, 1987, 451 pages, page 271.

¹² La notion de « sexualité » est présente au sein de divers codes juridiques tels que le Code de l'éducation (article L312-16), le Code de la santé publique (articles L3121-2, R2311-7 et R4311-15) ainsi que le Code de la sécurité sociale (article L162-1-12-1). Cependant, malgré son usage dans ces textes, aucun d'entre eux ne propose une définition précise de cette notion.

¹³ L'absence de définition se retrouve également dans la jurisprudence qui, bien qu'employant le terme « sexualité », omet d'en fournir une définition explicite, Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 février 2020, n° 18-86.482 ; Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 septembre 2018, n° 17-84.980 ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 25 juin 2020, n° 19-18.167.

considérablement entre les sociétés et les êtres humains qui les composent. De plus, si la sexualité se présente comme une notion universelle, sa définition a profondément variée en fonction des époques, la sexualité étant une notion qui trouve ses origines au cœur même des premières civilisations.

22. **La régulation historique de la sexualité** – Dans les civilisations antiques, la réglementation de la sexualité était souvent basée sur des codes sociaux et des coutumes locales. Socialement, la sexualité se présentait comme une activité libérée dans laquelle le sexe du partenaire n'avait aucune importance et où le plaisir était érigé en principe. Grecs et romains avaient une attitude relativement ouverte envers la sexualité, une attitude qui trouvait ses sources dans la mythologie, où les dieux et déesses s'adonnaient souvent à des relations amoureuses et sexuelles¹⁴.

23. Cependant, l'avènement du christianisme au Moyen Âge a marqué un tournant significatif dans la régulation de la sexualité. L'Église catholique, en tant qu'institution religieuse dominante, a assumé un rôle central dans la définition des normes morales et sociales en matière de sexualité en faisant, d'une part, la promotion d'une vision spécifique de la sexualité fondée sur la doctrine chrétienne et d'autre part, en influençant la législation civile de l'époque. Les lois promulguées par les autorités juridiques étaient souvent teintées de moralité chrétienne, reflétant ainsi les enseignements de l'Église sur la sexualité.

24. De plus, l'Église a joué un rôle majeur dans la moralisation de la culture et de la société. À travers ses discours, ses enseignements et son influence sur la culture populaire, elle a propagé une vision de la sexualité conforme à ses préceptes. Les œuvres d'art, la littérature et les récits populaires de l'époque étaient souvent imprégnés de cette perspective morale¹⁵.

¹⁴ R. DE LA GRASSERIE, « De la sexualité chez les divinités », *Revue de l'histoire des religions*, volume 48, 1903, pages 48 à 67.

¹⁵ G. LEJEUNE, « La représentation sexuelle en religion, art et pédagogie », *Bulletins de la société d'anthropologie de Paris*, Ve série, Tome II, 1901, pages 465 à 481.

26 La sexualité saisie par le Droit ?

25. Bien que les principes religieux n'aient pas abandonné le domaine de la sexualité, le siècle des Lumières a apporté une réflexion plus rationnelle sur les droits individuels, influençant les discussions sur la liberté sexuelle et les droits liés à l'intimité¹⁶.

26. Sous le règne de Napoléon Bonaparte, la France a été le témoin d'une série de réformes législatives qui ont profondément influencé la régulation de la sexualité. Ces changements juridiques ont contribué à façonner les normes et les pratiques sexuelles de l'époque¹⁷.

27. La pièce maîtresse des réformes juridiques du futur empereur des Français fut la promulgation du Code civil de 1804. Ce code a joué un rôle central dans la codification des relations familiales et matrimoniales en France. Il a instauré des principes juridiques qui ont influencé la manière dont la sexualité était réglementée¹⁸.

28. La seconde moitié du XXe siècle a été témoin de bouleversements juridiques majeurs. La légalisation de la contraception, la dépenalisation de l'homosexualité et la reconnaissance des droits reproductifs des femmes ont marqué des étapes cruciales. Par la suite, les évolutions médicales et les mouvements sociaux, tels que l'appropriation de la perception de leur corps par les femmes en Occident, ont profondément transformé la perception de la sexualité. Ils ont remis en question les normes sexuelles qui avaient prévalu pendant des siècles. Les femmes ont revendiqué l'égalité des droits, tandis que d'autres mouvements sociaux ont contesté les préjugés anciennement associés à la sexualité¹⁹.

29. Plus récemment, l'avènement d'Internet a posé de nouveaux défis juridiques en matière de sexualité, notamment en ce qui concerne la cybercriminalité, la protection de la vie privée en ligne et la régulation du contenu pour adultes²⁰. De même, les progrès

¹⁶ P. SARASIN, « L'invention de la « sexualité », des Lumières à Freud. Esquisse », *Le Mouvement social*, volume 200, n° 3, 2002, pages 138 à 146.

¹⁷ J.-O. BOUDON, *Le sexe sous l'Empire*, Ed. La Librairie Vuibert, 1^{ère} éd., 2019, 297 pages.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ S. CHAPERON, « L'histoire contemporaine des sexualités en France », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, volume 75, n° 3, 2002, pages 47 à 59.

²⁰ M. HAZA, « Sexualité et numérique : illusion de toute-puissance », *Psychologie Clinique*, volume 49, n° 1, 2020, pages 29 à 39.

scientifiques ont soulevé des questions juridiques complexes concernant la procréation, notamment la régulation de la procréation médicalement assistée (PMA) et de la gestation pour autrui (GPA), ainsi que les droits parentaux et la reconnaissance légale des familles créées par ces moyens²¹.

30. De nos jours, nous évoquons massivement le concept de libération sexuelle apparu dans le courant du XXe siècle et au-delà. Des siècles qui ont été les témoins d'une évolution des normes, des mœurs et des attitudes envers la sexualité. Les tabous sexuels ont progressivement été remis en question, ouvrant ainsi la voie à une plus grande diversité sexuelle. À travers les siècles, cette trajectoire historique offre une vision fascinante de la sexualité, tant en raison de son caractère intemporel que de son adaptation constante aux évolutions de la société.

31. **La sexualité universellement règlementée** – La sexualité, en tant que pratique universellement observée, est sujette à des réglementations qui transcendent le cadre juridique français. Chaque État élabore ses propres dispositions légales dédiées à cette sphère. Bien qu'il ne soit pas envisageable d'entreprendre un examen exhaustif de chaque réglementation spécifique, il est néanmoins possible de mettre en lumière les distinctions législatives entre les États qui édictent des normes relatives à la sexualité.

32. Les législations mondiales relatives à la sexualité révèlent une diversité substantielle dans les approches juridiques adoptées par les différents pays en matière de régulation des comportements sexuels. Ces dispositions particulières reflètent fréquemment les valeurs, les croyances et les normes culturelles de chaque société.

33. Au cœur de ces réglementations, l'âge du consentement représente l'un des éléments centraux des législations sur la sexualité. Celui-ci oscille entre 13 et 18 ans, chaque État énonçant ses propres normes concernant le moment opportun à l'initiation aux relations sexuelles²².

²¹ J.-L. GILLET, « Procréation médicale assistée et gestation pour autrui (approche juridique). Le parti et le challenge du droit », *Les Cahiers de la justice*, volume 2, n° 2, 2016, pages 209 à 215.

²² F. MAILLOCHON, V. EHLINGER et E. GODEAU, « L'âge « normal » au premier rapport sexuel. Perceptions et pratiques des adolescents en 2014 », *Agora débats/jeunesses*, volume H, n° 4, 2016, pages 37 à 56.

28 La sexualité saisie par le Droit ?

34. S'agissant de la diversité sexuelle, la criminalisation de l'homosexualité demeure un sujet de débats et de controverses à l'échelle mondiale ; certains États ayant dépénalisé les relations homosexuelles tandis que d'autres maintiennent des lois répressives les prohibant²³. Malgré les réformes entreprises, la législation sur l'homosexualité reste un sujet controversé dans certaines parties du monde, les résistances étant souvent motivées par des considérations religieuses, culturelles ou politiques.

35. Le mariage, tout comme la sexualité, représente une institution universellement observée. Parallèlement aux législations sur le consentement et sur les relations homosexuelles, les lois régissant le mariage et les unions civiles varient en fonction des législations ; certaines reconnaissent le mariage entre personnes de même sexe²⁴, tandis que d'autres n'offrent que des formes alternatives de reconnaissance légale²⁵, voire refusent de les reconnaître²⁶.

36. La prostitution traverse les époques et les contrées. De ce constat, les États ont mis en place des législations relatives propres au travail sexuel mais également à l'exploitation par autrui de celui-ci. Dans le sillage des disparités précédemment évoquées, les

²³ L. R. **MENDOS** *et al.*, ILGA World, 2020, State-Sponsored Homophobia 2020 : Global Legislation Overview Update consulté le 25 juillet 2023.

²⁴ C. **RAYES**, « Mariage gay en première mondiale au Pays-Bas », 2 avril 2001, *Libération*, https://www.liberation.fr/planete/2001/04/02/mariages-gays-en-premiere-mondiale-aux-pays-bas_359937/ consulté le 6 août 2023 ; « La loi sur le mariage homosexuel officiellement promulguée », 17 mai 2013, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/politique/article/2013/05/17/le-mariage-homosexuel-valide-par-le-conseil-constitutionnel_3295614_823448.html consulté le 6 août 2023 ; « Égalité. Le Congrès américain inscrit le mariage gay dans la loi fédérale », 9 décembre 2022, *Courrier international*, <https://www.courrierinternational.com/article/egalite-le-congres-americain-inscrit-le-mariage-gay-dans-la-loi-federale> consulté le 6 août 2023 ; « LGBTQI. L'Estonie légalise le mariage pour tous, une première dans l'ancien espace soviétique », 20 juin 2023, *Courrier international*, <https://www.courrierinternational.com/article/lgbtqi-l-estonie-legalise-le-mariage-pour-tous-une-premiere-dans-l-ancien-espace-sovietique> consulté le 6 août 2023.

²⁵ Consolato generale d'Italia a Marsiglia, Unioni civili, <https://consmarsiglia.esteri.it/fr/servizi-consolari-e-visti/servizi-per-il-cittadino-italiano/stato-civile/unioni-civili/#:~:text=Le%205%20juin%202016%2C%20la,dans%20l%27ordre%20juridique%20italien> consulté le 6 août 2023.

²⁶ N. **EPSTAIN** et F. **BALLANGER**, « A bientôt 20 ans, le mariage homosexuel reste interdit un peu partout dans le monde », 29 février 2020, *France Culture*, <https://www.radiofrance.fr/franceculture/a-bientot-20-ans-le-mariage-homosexuel-reste-interdit-un-peu-partout-dans-le-monde-4949972> consulté le 6 août 2023.

législations ne sont pas uniformes, certains systèmes juridiques criminalisant la prostitution, d'autres l'encadrant voire la dépénalisant²⁷.

37. Pourtant, en dépit de ces dissemblances juridiques, émergent des tendances communes et des défis juridiques universels qui transcendent les frontières nationales et qui révèlent la nature interconnectée des enjeux relatifs à la régulation de la sexualité à l'échelle mondiale. Ils illustrent parfaitement la nécessité d'une réflexion collective et d'une coopération internationale pour aborder ces questions de manière efficace et équitable.

II - La sexualité sous analyse juridique

38. ***De l'intérêt pour la sexualité*** – L'intérêt de la religion, de la médecine et de la psychiatrie pour la matière démontre bien qu'il s'agit d'un domaine qui concerne toutes les couches de la société, tous les domaines de celle-ci. A l'instar de ces diverses spécialités, le Droit a lui aussi pris une place considérable dans la sexualité des individus. Dans un premier temps, sans que les règles soient émises par une institution juridique dominante, les principes ordonnés en d'autres temps, par les civilisations et les croyances, démontre qu'une réglementation a été imposée à tout individu ayant une activité sexuelle. Par la suite, si nous nous appuyons sur les règles juridiques, il est évident que le Droit a accordé une importance particulière à la sexualité des personnes. Au travers des lois qui régissent la manière de s'unir, les conséquences de cette union ou les activités sexuelles hors mariage, le Droit s'est efforcé d'imposer une certaine vision de la sexualité.

39. L'intérêt substantiel de cette thèse repose sur l'exploration précise des interactions entre la sexualité et le Droit. Cette analyse est fondamentale pour plusieurs raisons juridiques.

40. En premier lieu, le Droit constitue un mécanisme essentiel de régulation des comportements humains. Il établit les normes, les devoirs et les interdictions qui structurent la vie en société. Par conséquent, la manière dont le Droit appréhende la

²⁷ La prostitution en Europe, <https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/la-prostitution-en-europe/> consulté le 6 août 2023.

sexualité revêt une importance capitale pour la définition des libertés individuelles et la gestion des relations intimes.

41. Par ailleurs, l'ordre public joue un rôle central dans la régulation de la sexualité. Il s'agit d'un principe juridique qui vise à maintenir la paix, la sécurité et la moralité au sein de la société. L'ordre public est souvent invoqué pour justifier l'intervention du Droit dans la sphère intime de la sexualité. Toutefois, cette référence à l'ordre public soulève des questions essentielles quant à ses contours et à son articulation avec les droits individuels.

42. En outre, la thèse aborde les implications des réglementations juridiques sur les droits fondamentaux des individus. L'équilibre entre les droits concurrents relatifs à la sexualité et les impératifs de l'ordre public constitue un enjeu juridique majeur.

43. Enfin, l'évolution de la société et les avancées sociales et technologiques apportent de nouveaux défis quant à la régulation de la sexualité. Les enjeux liés aux nouvelles pratiques sexuelles exigent une réflexion juridique approfondie et nuancée.

44. Cette thèse s'attache ainsi à dévoiler les multiples facettes de la relation entre la sexualité et le Droit. Elle met en lumière les enjeux normatifs, les impératifs de l'ordre public et les droits individuels qui se rencontrent dans cette sphère complexe. En analysant ces interactions, notre ambition est de contribuer à mieux éclairer les fondements et les limites de l'intervention juridique dans la sphère intime de la sexualité.

45. ***La sexualité au prisme du Droit*** – Au cœur de cette étude se trouve une quête : celle de comprendre la sexualité sous un angle juridique. Pourquoi entreprendre une telle démarche ? La sexualité est un domaine en constante évolution avec l'émergence de nouvelles technologies, de nouveaux comportements sexuels et de nouvelles problématiques juridiques. L'analyse du lien entre sexualité et Droit permet d'appréhender la manière dont il saisit la sexualité au regard de principes majeurs tels que le consentement, la dignité ou encore, la notion de morale.

46. La sexualité, en tant qu'expression fondamentale de la condition humaine, a toujours été l'objet d'une fascination et d'une interrogation constantes à travers les siècles. Elle transcende les barrières culturelles, les frontières nationales et les époques historiques

pour demeurer au cœur même des préoccupations humaines. La sexualité a été célébrée, réprimée, réglementée, réinterprétée, et elle continue d'évoluer sous l'effet de transformations sociétales profondes. Dans le contexte du Droit, elle revêt une importance capitale car elle soulève des questions cruciales liées à la dignité, aux droits fondamentaux, à la moralité et à la liberté individuelle.

47. A ce titre, la thèse se propose d'explorer ce mariage complexe entre la sexualité et le Droit. Elle se fonde sur la conviction que la sexualité ne peut être pleinement comprise sans une analyse juridique approfondie, et que le Droit ne peut évoluer de manière éclairée sans prendre en compte les réalités de la sexualité humaine. Les problématiques qui sous-tendent cette recherche sont donc les suivantes : Comment le Droit appréhende-t-il la sexualité ? Quels sont les normes et les valeurs qui entrent en jeu lorsque le Droit se penche sur la sexualité ? Comment les transformations contemporaines de la sexualité défient-elles et redéfinissent-elles les cadres juridiques existants ? Pouvons-nous choisir pour un être humain la manière dont il devra se comporter dans les moments les plus intimes de son existence ? Il apparaît que la sexualité est l'un des sujets les plus personnels, privés qui constituent la vie des individus. Qui peut décider des envies d'un être humain ? La société a-t-elle le Droit, en tant que règle de conduite générale et abstraite, permanente et obligatoire, dotée d'un contenu normatif, de décider comment les individus devront se comporter sexuellement ? Il apparaît que la sexualité est une notion propre à chacun et qu'elle se doit d'être pratiquée selon les désirs des individus. Néanmoins, la sexualité est un sujet délicat qui apporte, certes, une jouissance toute particulière aux individus qui la pratiquent librement, mais qui peut également être source d'effrayantes dérives lorsqu'elle n'est pas accomplie avec bienveillance voire humanité. Le Droit, régulateur de la société, peut-il tout réglementer et doit-il tout réglementer, même les activités les plus intimes des individus ?

48. L'étude de la sexualité revêt une importance primordiale dans notre société contemporaine. En effet, cette discipline permet d'analyser et de comprendre les interactions entre les normes juridiques et les pratiques intimes des individus. Elle offre également un cadre d'analyse pour évaluer les mesures législatives adoptées en matière de santé sexuelle, d'égalité des sexes et de droits reproductifs.

32 *La sexualité saisie par le Droit ?*

49. En examinant comment le Droit aborde la sexualité, nous pouvons mettre en lumière les enjeux liés à la protection des droits individuels, tels que la liberté sexuelle, le droit à la vie privée et à l'autodétermination corporelle. De plus, ceci permet d'appréhender les défis posés par la répression des violences sexuelles et des discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.

50. L'étude de la réglementation juridique de la sexualité propose ainsi des outils analytiques précieux pour les professionnels du Droit ainsi que les décideurs politiques, permettant d'alimenter les débats sociaux et d'informer les réformes législatives visant à mieux répondre aux réalités et aux besoins de la population en matière de sexualité.

III - Axes de la recherche

51. ***La sexualité – objet du Droit ?*** – L'exploration de l'essence profonde de la sexualité humaine requiert inévitablement une immersion dans son histoire. En effet, aborder un tel sujet nécessite une réflexion rétrospective qui offre des perspectives indispensables sur la manière dont les normes, les attitudes et les pratiques liées à la sexualité ont été façonnées par des éléments comme la culture, la religion, la médecine et le Droit.

52. De surcroît, cette démarche permet d'éclairer les continuités et les ruptures dans la perception et la régulation de la sexualité, des éléments qui peuvent avoir des répercussions significatives sur la société contemporaine.

53. Depuis des temps immémoriaux, la sexualité réside au cœur des sociétés, revêtant tour à tour les habits du pouvoir, de la nécessité procréative ou encore d'objets d'études scientifiques. Comment ignorer la sexualité dans le pouvoir de diriger ou dans la sélection des gouvernants ? La sexualité ayant engendré une infinité de questionnements, passant des préceptes moraux à la libéralisation progressive, sans jamais être écartée de la matière juridique.

54. L'histoire de la sexualité se conjugue naturellement avec celle de la norme sexuelle. En effet, cette dernière, édifiée par la société et encadrée par le Droit, évolue au rythme des époques, reflétant les valeurs et les croyances en mouvement perpétuel. Si le Droit prédéfinit une sexualité acceptée, admise, convenue, alors qu'en est-il de cette norme ?

55. Dans le contexte de la sexualité, la norme joue un rôle fondamental dans la manière dont nous appréhendons et engageons nos désirs et nos pratiques. Comment la norme se construit-elle ? La variabilité de la norme a-t-elle une influence sur la perception de la sexualité ? La sexualité est-elle une activité normale ou normée ?

56. En parallèle de la norme sexuelle, émergent inéluctablement les notions de sexe, de genre et de sexualité, qui se confrontent aux préceptes juridiques. Le sexe, clé de voûte de l'identification civile, se heurte aux réalités de l'intersexualité et à la conception traditionnelle de la binarité des sexes. Le genre, reflet social et psychologique du sexe, a trouvé peu à peu sa place dans le droit français. Ensemble, ils forment le socle du droit de l'intime.

57. Au sein de cet espace intime, le Droit exerce une influence significative sur la manière dont la société appréhende la sexualité. Il joue un rôle majeur dans la réglementation des comportements intimes, la propagation des valeurs sociales et la sauvegarde des droits individuels. Ainsi, le Droit devient le reflet des valeurs en vogue au sein d'une société donnée. Mais au-delà de ce rôle, il a également pour mission de veiller à la protection des individus dans le domaine de la sexualité. Pourtant, malgré cette ingérence oscillant entre transmission de valeurs et protection, la question fondamentale qui se pose dès lors est la suivante : le Droit est-il légitime à régler la sexualité de chacun ? Peut-il véritablement légiférer sur ce qu'il se passe derrière les portes closes, dans l'intimité des chambres à coucher ? Comment le Droit joue-t-il son rôle de gardien des valeurs sociales tout en protégeant les individus dans le domaine de la sexualité ? Quel est le lien entre les valeurs sociales et la sphère intime ?

58. Ces problématiques soulèvent inévitablement une question fondamentale : le Droit peut-il prétendre à la neutralité lorsqu'il régleme la sexualité ? En optant pour encadrer les conduites sexuelles, il semble difficile pour le Droit de demeurer totalement impartial. Une absence de neutralité qui pourrait vraisemblablement entacher sa légitimité.

59. La légitimité du Droit en la matière doit également s'analyser au regard de la justification de la préservation de l'ordre public. PORTALIS était formel : « *Le maintien de*

*l'ordre public dans une société est la loi suprême*²⁸ ». L'ordre public, principe régulateur, se présente comme l'outil indispensable à la réglementation de la sexualité. Pourtant, à l'image de la notion de « norme », l'ordre public doit se concevoir comme une notion empreinte de variabilité dont les finalités peuvent être teintées de considérations morales. L'ordre public d'antan ne correspond plus aux exigences contemporaines. De ce constat, nous pouvons nous interroger : Quelle est la légitimité de l'ordre public à dicter ce qui est acceptable en matière de sexualité ?

60. En parallèle à la préservation de l'ordre public, le Droit reconnaît que la sexualité est soumise à la liberté. Cette dernière se définit comme le droit fondamental des individus à vivre leur sexualité selon leurs propres choix, préférences et consentement mutuel. Elle englobe un éventail d'activités et d'expressions sexuelles, ainsi que la possibilité de prendre des décisions autonomes concernant sa propre vie sexuelle. Toutefois, cette liberté demeure une faculté n'exigeant aucune intervention pour être exercée et l'accès à la sexualité n'étant pas garanti à tous, cela suscite des revendications en faveur de la reconnaissance de la liberté sexuelle comme un véritable droit à la sexualité. La question se pose donc de savoir si la liberté sexuelle porte en elle le statut d'un droit à la sexualité ?

61. ***La sexualité confrontée aux sujets de droit*** – Être libre sexuellement signifie avoir le pouvoir de décider quand et avec qui nous désirons avoir des relations sexuelles. Ainsi, l'essence même des relations intimes s'analyse au travers de la notion de consentement. Il incarne le principe juridique fondamental selon lequel toute interaction sexuelle doit être basée sur un accord volontaire et mutuel entre les parties concernées. Bien plus qu'une simple formalité, le consentement établit un cadre de respect, de confiance et d'intégrité qui doit prévaloir dans toutes les situations intimes.

62. « *Donner son consentement peut se dire ou s'interpréter, s'écrire ou se faire comprendre. Le consentement semble un mot simple, une notion transparente, une belle abstraction de la volonté humaine ; il est pourtant obscur et épais comme l'ombre et la chair de tout individu singulier*²⁹ ». Consentir à un acte c'est avant toute chose donner son

²⁸ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, publiés par le Vicomte PORTALIS, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844, 612 pages, page 160.

²⁹ G. FRAISSE, *Du consentement*, Paris, Seuil, 2017, 160 pages, page 16.

accord à la réalisation de cet acte, ne pas s'y opposer et même y adhérer. Pourtant, si la définition semble d'une grande simplicité, comme le souligne Geneviève FRAISSE, la notion de consentement revêt des zones d'ombre. Qu'il s'agisse de la capacité à consentir, des caractères propres au consentement, du moment de l'obtention du consentement ou de ses limites, la notion de consentement est une notion complexe qui se doit d'être étudiée en profondeur, notamment lorsqu'elle est le support des relations sexuelles.

63. Qu'est-ce que le consentement ? Comment a-t-il évolué à travers les âges ? Notion aux multiples nuances, le consentement se profile comme la pièce maîtresse des relations sexuelles bien que les limites qui lui soient imposées ainsi que son caractère subjectif engendre des difficultés juridiques d'application. L'étude de son appréhension par le Droit en matière d'infractions sexuelles révèle la frilosité du législateur à le considérer comme le seul élément constitutif des infractions sexuelles, les moyens coercitifs impliqués depuis des siècles traduisant la force de la tradition.

64. Outre la réticence du législateur à faire du consentement le seul élément constitutif des infractions sexuelles, un autre principe limite sa portée : la dignité. La valeur du consentement et celle de la dignité sont en opposition significative en matière de sexualité. Deux courants de pensée s'affrontent : les défenseurs de l'individualisme contemporain invoquent le consentement mutuel pour juger de la moralité d'une action, considérant qu'un acte entre adultes consentants est en soi moralement justifié. A l'inverse, il existe une volonté notable à restreindre cette liberté en arguant que le consentement mutuel n'a pas une valeur intrinsèquement supérieure à toutes les autres, et qu'en fin de compte, la prééminence doit être donnée à la dignité humaine³⁰. La dignité surpasse-t-elle la volonté humaine ?

65. La problématique majeure liée au principe de dignité réside dans sa définition. Que recouvre exactement ce terme ? En Droit, le concept de dignité semble englober plusieurs sens. La dignité de la vie, la dignité de la personne humaine, la dignité du corps humain ou

³⁰ J.-C. **BILLIER**, « Les valeurs morales : la neutralité libérale par-delà le relativisme. L'approche par la philosophie morale », *Informations sociales*, volume 136, n° 8, 2006, pages 16 à 24.

encore la dignité de l'être humain sont autant de variantes qui laissent entrevoir la difficulté d'application d'un tel principe.

66. Dans le domaine de la sexualité, le principe de dignité doit-il jouer un rôle ? Invoquer le principe de dignité pour limiter ou interdire certaines pratiques sexuelles relève-t-il d'une réglementation légale ou d'une question morale ? Pour KANT, il faut respecter la dignité de l'humanité et non celle de chaque être humain³¹. Pourtant, la sexualité est propre à chaque individu et si elle est universellement pratiquée, la dignité qui y est attachée semble être parfaitement subjective. De plus, si le principe de dignité est considéré comme indispensable à la protection des individus de droit, jusqu'à quel stade de la vie humaine peut-il être invoqué ? Le Droit doit-il reconnaître une dignité au cadavre ? La dignité pose tant de questions, notamment au regard de la sexualité, qu'elle ne peut être écartée de son analyse juridique.

67. Au principe de dignité s'attache inévitablement la notion de morale. La morale fait référence à un ensemble de principes, de normes et de valeurs qui guident le comportement humain en distinguant ce qui est considéré comme bon ou juste de ce qui est considéré comme néfaste ou injuste. Elle fournit des repères éthiques pour évaluer les actions et les choix, en tenant compte de notions telles que le bien-être, la justice, l'équité et la vertu.

68. Traditionnellement invoquée pour justifier l'interdiction de certaines pratiques sexuelles, la morale a-t-elle totalement déserté la matière juridique quant à la réglementation des pratiques sexuelles ? La morale a conservé un rôle essentiel dans la manière dont la sexualité est perçue, et cette influence semble ne pas avoir complètement disparu. Les modifications législatives récentes relatives à l'infraction spécifique de zoophilie laisse planer le doute sur la possibilité du retour de la morale dans la réglementation de la sexualité.

69. Dans le sillage de la tradition, le Droit et la sexualité trouvent à s'analyser dans le contexte précis du mariage. Institution ancestrale, le mariage se révèle comme l'acte

³¹ F. GRUAT, « Dignité », in M. FORMARIER, *Les concepts en sciences infirmières*, Ed. Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2^e éd., 2012, 328 pages, pages 156 à 158.

fondateur des relations sexuelles, notamment parce que celui-ci impose d'une part, un devoir de fidélité et d'autre part, un devoir conjugal. Le devoir de fidélité s'impose comme exclusivité sexuelle dont les époux ne peuvent se délier. Le mariage est-il encore synonyme d'exclusivité sexuelle ? Les époux ne peuvent-ils pas choisir la manière dont ils aborderont leur sexualité matrimoniale ?

70. A ses côtés, s'élève le devoir conjugal. Comment est interprété et règlementé le devoir conjugal en Droit ? Comment une telle obligation entre-t-elle en conflit avec d'autres principes juridiques, dans le cadre notamment de la délicate question du viol entre époux ?

71. Ce qui rend la sexualité si captivante, c'est qu'elle est à la fois ancrée dans la tradition et en évolution constante. Si la tradition persiste toujours, la sexualité n'a de cesse de se renouveler. Que ce soit au travers de nouvelles pratiques sexuelles ou de l'émergence de moyens technologiques pour satisfaire incessamment les besoins sexuels, ces évolutions interpellent incontestablement le domaine juridique. Comment le Droit aborde-t-il ces nouvelles pratiques sexuelles ? Doit-il maintenir une neutralité à leur égard ou bien est-il impératif qu'il intervienne ?

IV - La sexualité en perpétuelle analyse

72. Certains pourraient avancer que la question de la sexualité a été entièrement explorée, étudiée et analysée au fil des siècles. Cependant, la sexualité se révèle être un domaine d'étude sans cesse renouvelé, caractérisé par des évolutions constantes qui incitent à une analyse continue.

73. Malgré les multiples questionnements juridiques qui ont entouré la sexualité à travers les époques, sa constante évolution ne diminue en rien la pertinence de son étude sur le plan juridique. Au contraire, tant que la sexualité restera une réalité humaine, les interrogations juridiques persisteront. Le domaine vaste de la sexualité offre encore un terrain fertile pour de nombreuses réflexions juridiques.

74. Ainsi, la problématique principale de la thèse réside dans la réponse qui sera donnée à une seule et unique question : la sexualité est-elle saisie par le Droit ?

75. Afin de répondre à une telle problématique, nous nous devons d'apporter une lumière analytique sur les mécanismes qui gouvernent la relation entre sexualité et Droit. Plus spécifiquement, nous visons à reconstituer le fil historique des conceptions et des régulations de la sexualité à travers les âges, mettant en lumière les influences culturelles, religieuses et sociales qui ont façonné les normes en la matière. Une analyse approfondie de la légitimité et de la capacité du Droit à réguler la sexualité s'avérera impérative, cela en scrutant les notions de sauvegarde de l'ordre public. Nos travaux s'attacheront également à appréhender les droits sexuels en tant que figure fondamentale de la sauvegarde individuelle, en examinant leur consécration et leur mise en œuvre, tout en sondant la liberté sexuelle dans ses conséquences, sa protection et ses limites (Partie I). Il nous incombera d'explorer les enjeux et les concepts liés à la sexualité, qu'il s'agisse du consentement, de la morale, de la dignité, ainsi que des formes traditionnelles et novatrices d'expression sexuelle, et de leur répercussion sur l'évolution du Droit (Partie II).

Partie I

LA SEXUALITÉ : OBJET DU DROIT ?

76. Au gré des époques et des civilisations, la sexualité humaine a toujours été une toile complexe, tissée de désirs, d'interdits, et de normes évolutives. C'est une oscillation ancestrale entre l'individu et la société, entre l'intimité personnelle et les valeurs collectives, entre le désir charnel et la moralité imposée.

77. Précisément, l'histoire et la sexualité sont deux notions intrinsèquement liées, chaque époque et culture ayant façonné les normes, les pratiques et les tabous qui entourent la sexualité humaine. Les récits historiques révèlent une fascinante chronique des attitudes envers la sexualité, des coutumes sexuelles et des évolutions sociales qui ont marqué l'humanité à mesure du temps qui passe.

78. Depuis des siècles, la sexualité est au cœur des sociétés ; entre soif de pouvoir, nécessité de procréation ou étude scientifique des comportements sexuels, celle-ci a fait l'objet à travers les âges de questionnements, passant tantôt de la morale à la raison, de la rigueur à la libéralisation.

79. L'histoire de la sexualité s'accompagne naturellement de l'étude de la norme sexuelle. La norme, construite par la société et réglementée par le Droit, évolue au gré des époques, reflétant les valeurs et les croyances en mutation. Mais finalement qu'est-ce que la norme ?

40 *La sexualité saisie par le Droit ?*

80. Parallèlement à la norme sexuelle, apparaissent inévitablement les concepts de sexe, de genre et de sexualité, qui entrent en collision avec le Droit. Le sexe, en qualité d'élément d'identification civile, se heurte aux réalités de l'intersexualité et à la binarité des sexes. Le genre, sexe social et psychologique, s'est intégré lentement dans le droit français. Ensemble, ils constituent le droit de l'intime (Titre I).

81. Dans le domaine de l'intime, le Droit exerce une influence significative sur la manière dont la société aborde la sexualité, en jouant un rôle essentiel dans la réglementation des comportements sexuels, la diffusion de valeurs sociales et la protection des droits individuels.

82. Le Droit agit comme un reflet des valeurs sociales en vigueur dans une société donnée. Outre sa fonction de gardien des valeurs sociales, le Droit a également pour mission de protéger les individus dans le domaine de la sexualité.

83. De ce fait, l'équilibre entre la diffusion des valeurs sociales par le Droit et sa mission de protection individuelle dans le domaine de la sexualité peut être complexe. Les débats sur la neutralité morale du Droit et la préservation de l'ordre public, sur la limite entre la régulation légitime et l'ingérence excessive, sont récurrents.

84. Néanmoins, le Droit n'a pas pour seule vocation d'interdire. Les droits sexuels, dont la liberté sexuelle fait partie intégrante, se présentent comme indispensables à la protection et la reconnaissance de la sexualité des individus, dont l'émergence n'a eu de cesse de s'intensifier.

85. Au cœur de cette réflexion, émerge la question de savoir si la liberté sexuelle pourrait se transformer en un droit explicite à la sexualité ? Serait-il possible que cette liberté cède un jour la place à un droit à la sexualité ? (Titre II).

TITRE I – Normes et sexualité

86. Notre analyse débute par une rétrospective de l'histoire de la sexualité, une histoire qui nous transporte à travers les époques, révélant les multiples facettes de cette dimension humaine complexe. De l'Antiquité, où la sexualité était utilisée comme un outil éducatif, à l'ère de la domination religieuse qui a façonné nos perceptions, en passant par l'approche médicale qui a cherché à la comprendre, nous nous immergeons dans l'évolution de la manière dont la société a appréhendé et influencé la sexualité au fil du temps (Chapitre I).

87. L'étude de la norme sexuelle nous entraîne ensuite dans un monde inédit dans lequel la société érige des barrières et des critères autour de la sexualité. Nous analyserons la construction de cette norme, en explorant sa relation avec la notion de déviance et en scrutant ses répercussions à la fois sur le plan moral, social et légal. Ce chapitre se propose d'étudier comment la société a forgé et maintenu les normes concernant la sexualité, ainsi que les conséquences de celles-ci sur les individus et la collectivité tout entière (Chapitre II).

88. Enfin, nous franchirons le seuil du monde juridique pour examiner la distinction cruciale entre sexe, genre et sexualité. Nous étudierons comment le Droit identifie et encadre la notion de sexe chez les individus, avant de nous pencher sur l'émergence progressive de la reconnaissance des identités de genre, ainsi que sur la manière dont le Droit appréhende l'intimité en tant qu'élément essentiel. Ce dernier chapitre nous invite à explorer la complexité des définitions légales et à comprendre comment elles façonnent les droits et les libertés des individus (Chapitre III).

CHAPITRE I – La sexualité à travers les siècles

89. La sexualité a toujours été un aspect essentiel de la condition humaine et son approche a varié à travers les époques et les cultures.

90. L'Antiquité, période riche en cultures et en civilisations, nous offre un éclairage fascinant sur la manière dont la sexualité était perçue et régulée dans des sociétés telles que la Grèce antique et l'Empire romain.

91. Cependant, avec la propagation du Christianisme, devenu religion d'État, des changements radicaux ont été apportés à l'appréhension des comportements sexuels par la société. Le passage d'une multitude de dieux et de pratiques variées à la foi en un Dieu unique a engendré une nouvelle vision de la sexualité axée principalement sur la procréation et la morale.

92. La médecine a également influencé la perception de la sexualité, la considérant, tout à tour, comme source de maux physiques et de pathologies mentales (Section I).

93. Néanmoins, la société a évolué au fil des siècles, avec les progrès médicaux et les mouvements sociaux, contribuant ainsi à libéraliser la sexualité. Cette transformation a été marquée par la lutte des femmes pour l'égalité ainsi que maints autres mouvements sociaux remettant en question les normes sexuelles restrictives (Section II).

SECTION I – « *O tempora ! o mores !*³² » : Histoire de la sexualité

94. A chaque temps, ses mœurs. Des temps antiques où la sexualité était intimement liée au pouvoir et à l'éducation (§ I), à l'ère de l'ascension du Christianisme (§ II) jusqu'à l'intérêt persistant de la médecine pour les questions sexuelles (§ III), la perception de la sexualité au fil des siècles n'a jamais cessé de se transformer.

³² **CICERON**, *Catilinaires*, traduit en français avec le texte latin en regard et des notes par J. THIBAUT, Paris, Hachette, 1849, 130 pages, page 5.

§ I – Antiquité et sexualité

95. **Antiquité et pouvoir sexuel** – La sexualité sous l'Antiquité grecque est, tout d'abord, un outil qui permet de mesurer la valeur et la puissance d'un homme. Celle-ci n'a pas uniquement pour fonction la reproduction de l'espèce mais également la fonction de considérer un homme en tant que tel c'est-à-dire la figure dominante de la société. Lorsqu'un homme ne correspond pas sexuellement à ce qu'il devrait être, il est considéré non plus comme un homme, soit le mâle tout puissant, mais comme une femme traduisant un manque de masculinité sociale.

96. Cette valeur sociale de l'homme se retrouve également chez les romains. En effet, « *en ce monde, on ne classait pas les conduites d'après le sexe, amour des femmes ou des garçons, mais en activité ou passivité : être actif, c'est être un mâle, quel que soit le sexe du partenaire dit passif. Prendre du plaisir virilement ou en donner servilement, tout est là*³³ ». Ce qui compte véritablement ce n'est pas la personne avec qui nous prenons du plaisir – les hommes antiques ne connaissant pas la notion même d'« orientation sexuelle » – mais la manière dont nous nous y adonnons. Le citoyen qui se rend coupable d'une activité passive ne doit pas obtenir le statut social de citoyen : il ne peut être considéré que comme un soumis soit un esclave.

97. Ainsi, dans la tradition romaine comme dans la tradition grecque, la honte et le déshonneur se sont toujours attachés aux situations où l'homme ne joue pas son rôle, dans la sexualité comme ailleurs. L'accusation d'*impudicitia*, chez les romains, désigne, sans les décrire, l'ensemble des mœurs infâmes, dans les manières d'être en public comme dans les comportements sexuels, toutes les situations où l'homme libre se comporte de manière peu virile ou se laisse traiter sexuellement comme un jeune garçon, un esclave³⁴ ou une femme : celui qui se laisse pénétrer par un homme ou un esclave, qui accomplit une fellation ou un cunnilingus, qui est chevauché par une femme est un « impudique »³⁵ ;

³³ P. VEYNE, « L'homosexualité à Rome », *Communications. Sexualités occidentales. Contribution à l'histoire et à la sociologie de la sexualité*, Ed. Seuil, n° 35, 1982, pages 26 à 33.

³⁴ Pour plus d'informations sur la sexualité servile, voir M. MORABITO, « Droit romain et réalités sociales de la sexualité servile », *Dialogues d'histoire ancienne*, volume 12, 1986, pages 371 à 387.

³⁵ M. BOZON, « Les significations sociales des actes sexuels », *Actes de la recherche en sciences sociales*, volume 128, juin 1999, numéro thématique sur la sexualité, pages 3 à 23.

l'homme se devant de se comporter comme un homme soit l'être le plus puissant, celui qui domine et non celui qui se fait dominer.

98. Lorsque nous nous référons à ce pan de l'Histoire, il paraît évident que la sexualité jouait un rôle particulièrement important pour la place de la personne dans la société. Avoir une activité sexuelle dans laquelle les hommes endossaient le rôle de l'actif, soit plus précisément le rôle de celui qui pénètre, leur permettait d'être considérés comme des citoyens honorables et puissants. La sexualité, à cette époque, n'avait pas finalement pour seule fonction première la reproduction de l'espèce, mais aussi celle de permettre aux hommes de s'élever socialement. Le statut social leur conférait pouvoir et autorité et une place dans la société.

99. La sexualité, même si elle a également pour but le plaisir, doit être accomplie de manière très règlementée. Que vous soyez actif ou passif, vous y prendrez du plaisir, mais dans un cas vous obtiendrez un statut social reconnu et dans l'autre, vous n'aurez aucune situation dans la société.

100. Ainsi, en ces temps, la sexualité ne s'analyse pas et ne se définit pas en fonction du sexe des partenaires. Il n'est qu'une qualité qui prône : être actif et ceci, qu'importe avec qui vous l'êtes. Le sexe du partenaire n'est qu'une simple variante de l'acte sexuel. La servitude est le point central de l'analyse de la sexualité sous l'Antiquité.

101. Lorsque les hommes antiques se mettent dans une position de passivité sexuelle, ils sont considérés comme asservis et ceci n'est pas acceptable dans la société antique. L'asservissement n'est réservé qu'aux esclaves, aux femmes et aux enfants mais non aux hommes de la cité. Quand vous êtes asservis vous êtes privés de tout pouvoir et, dans de telles sociétés, c'est le pouvoir qui fait l'homme. Selon Thierry LEGUAY « *ce n'est pas l'homophilie, mais l'attitude passive dans la relation sexuelle. Car la passivité est signe de mollesse ; elle va contre les valeurs viriles nécessaires au bien de la cité. La fellation constituait donc une abjection et un déshonneur plus forts encore que la sodomie passive*³⁶ ». Il est attendu des hommes de la cité qu'ils aient la virilité nécessaire pour

³⁶ T. LEGUAY, *La fabuleuse histoire de la fellation*, Ed. La Musardine, Coll. « Lectures amoureuses », 2014, 256 pages.

prendre part aux affaires de celle-ci et faire preuve de passivité dans les relations sexuelles est le reflet d'un manque cruel de masculinité et ainsi de pouvoir.

102. **La sexualité sous l'Antiquité : outil éducatif** – Outre le fait que la sexualité était signe de pouvoir, celle-ci pouvait également jouer un rôle éducatif. Ainsi, chez les Grecs anciens, afin de parfaire l'éducation des jeunes garçons, des relations intimes existaient entre des hommes adultes et des adolescents. Au regard de ces liens, d'aucuns ont mis en avant le caractère homosexuel des Grecs anciens. Néanmoins, pouvons-nous parler véritablement d'homosexualité ? Au-delà du fait que l'homosexualité n'était pas un terme connu de la Grèce antique³⁷, cette forme de pratique sexuelle n'était acceptable qu'entre un homme éduqué et cultivé et un jeune homme n'ayant pas atteint la majorité. Il ne s'agit pas ici d'homosexualité mais plus simplement de pédérastie et, encore, cette pédérastie était particulièrement limitée puisque dès que des actes sexuels illégaux, tels que la pénétration, apparaissaient, cette relation devenait réprimée par la société. Ainsi, le terme « homosexualité » ne peut être appliqué aux comportements sexuels des Grecs anciens. Il s'agit ici de relation pédérastique éducative et non d'homosexualité au sens contemporain.

103. Le caractère éducatif des relations entre un citoyen d'âge mûr et un jeune adolescent n'est pas connu de la Rome antique. Certes, les citoyens romains pouvaient entretenir des relations avec de jeunes adolescents mais ceux-ci ne devaient pas être des adolescents de naissance libre. Ces relations n'étaient acceptables que lorsque le jeune garçon avait la condition d'esclave. Le caractère éducatif perdait toute son utilité puisque le citoyen n'était pas là pour éduquer son esclave mais uniquement pour en faire un objet de plaisir sexuel.

104. D'un point de vue juridique, La *Lex Scantinia*, dont la date n'a pu être définie avec certitude³⁸, peut témoigner de ce rejet par les romains de la pédérastie entre citoyens

³⁷ K. J. **DOVER**, *Greek homosexuality*, Bloomsbury Academy, 2016, 336 pages.

³⁸ Il est difficile de dater la promulgation de cette loi. Certains la situent en 227 ou 226 avant Jésus-Christ (N. **JALET**, « À propos de la *Lex Scantinia*. Réflexions sur la répression des relations homosexuelles entre citoyens romains durant la République et sous l'Empire », *Revue belge de philologie et d'histoire*, Tome 94, fascicule 1, 2016, Antiquité – Ouheid, pages 105 à 129, page 108), d'autres en 216 avant notre ère (E. **CANTARELLA**, *Bisexuality in the ancient world*, Yale University Press, 1992, 360 pages, page 111). Néanmoins, il semble que la première mention directe ait été faite vers 50 avant Jésus-Christ dans une correspondance de CICERON (S.

libres. Néanmoins, il faut se montrer prudent lorsque nous rattachons l'interdiction de la pédérastie à la *Lex Scantinia*. En effet, il y a eu au cours des années, différents courants de pensée qui se sont succédé pour expliquer la portée de cette loi. D'aucuns considèrent que cette loi réprimait toutes les formes de délits sexuels entre citoyens libres alors que d'autres déclarent que la *Lex Scantinia* ne réprimait que les actes sexuels commis sur des adolescents de naissance libre³⁹. En tout état de cause, quelle que soit la portée véritable de cette loi, les us et coutumes de la tradition romaine confirment l'interdiction pour un citoyen de s'adonner à des actes à caractère sexuel avec un adolescent de naissance libre ; ces actes pouvant rendre ce dernier impudique. En revanche, l'esclave n'a aucun droit et n'est pas protégé contre les actes qui pourraient être faits à son encontre. La loi ne protège que les citoyens libres.

105. Ainsi, nous pouvons résumer la sexualité de l'Antiquité par une affirmation de Michel FOUCAULT : « *ils n'ont jamais conçu que le plaisir sexuel était en lui-même un mal ou qu'il pouvait faire partie des stigmates naturels d'une faute*⁴⁰ ». L'affirmation de FOUCAULT mettant en exergue le plaisir sexuel comme un acte acceptable se présente comme en totale contradiction avec la pensée chrétienne.

§ II – La sexualité sous le joug de la religion

106. **La sexualité et le Christianisme** – Les religions des civilisations grecque et romaine ont peu à peu disparu pour laisser place à une religion au Dieu unique : le Christianisme. Avec cette nouvelle croyance, la sexualité, hormis celle consistant en la reproduction, est devenue une activité des plus monstrueuses. Les personnes qui s'y adonnent sont devenues des pécheurs dont les péchés peuvent conduire, s'ils ne font l'objet d'aucune rédemption, à la damnation éternelle.

E. PHANG, *Roman Military Service : ideologies of discipline in the late republic and early principate*, Cambridge University Press, 1^{ère} éd., 2008, 334 pages, page 278).

³⁹ N. JALET, « À propos de la *Lex Scantinia*. Réflexions sur la répression des relations homosexuelles entre citoyens romains durant la République et sous l'Empire » in *Revue belge de philologie et d'histoire*, Tome 94, fascicule 1, 2016. Antiquité – Ouheid, pages 105 à 129.

⁴⁰ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité. L'usage des plaisirs*, Ed. Gallimard, Coll. « Tel », 1997, 350 pages, page 129.

107. Alors même que le sexe du partenaire n'avait aucune importance dans la sexualité des citoyens de l'Antiquité, celui-ci est primordial pour les chrétiens. Un homme se doit d'entretenir une relation sexuelle avec une femme uniquement et non dans un but de plaisir mais de procréation⁴¹. Toute autre forme de sexualité qui ne respecterait pas la fonction reproductive est condamnée par l'Église⁴².

108. À la suite de l'émergence du Christianisme et de sa reconnaissance officielle comme religion d'État⁴³, une nouvelle morale quant à la sexualité s'impose : les relations sexuelles qui ne conduisent pas à la reproduction sont considérées comme des actes contre nature qui menacent l'ordre public établi et la civilisation.

109. **La répression biblique de la sexualité** – Parmi les activités sexuelles envisagées, certaines d'entre elles vont connaître une répression plus sévère, tandis que d'autres, tout en étant interdites par l'Église, resteront en partie dans l'ombre⁴⁴. Ainsi, l'homosexualité

⁴¹ Dieu les bénit et leur dit : « *Soyez féconds et multipliez-vous, remplissez la terre et soumettez-la. Soyez les maîtres des poissons de la mer, des oiseaux du ciel, et de tous les animaux qui vont et viennent sur la terre* », Livre de la Genèse, 1 : 28.

⁴² Le coït illicite s'apparente au vice contre nature qui, selon SAINT THOMAS D'AQUIN, dans la *Somme théologique*, « *porte sur des actes qui ne peuvent être suivis de la génération* », SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1271-1272, « La morale détaillée », II a II ae, Question 154, article 11, 1170 pages ; « *La volupté sexuelle est légitime quand elle est ordonnée vers l'acte procréateur, elle est mauvaise et coupable quand elle est recherchée sans relation directe, ni indirecte, avec l'acte normal en légitime mariage ou d'une manière qui ne convient pas à l'acte de la génération* », SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1271-1272, « La morale détaillée », II a II ae, Question 153, 1170 pages cité par M. SEVEGRAND, *Les enfants du bon Dieu. Les catholiques français et la procréation au XXe siècle*, Paris, Ed. Albin Michel, 1995, 475 pages, page 50 ; G. SICARD, « L'éthique conjugale, d'après les enseignements pontificaux » in J. PINI, L. LEVENEUR et al., *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages, pages 165 et 170.

⁴³ « *Édit des empereurs Gratien, Valentinien II et Théodose Auguste, au peuple de la ville de Constantinople. Nous voulons que tous les peuples que régit la modération de Notre Clémence s'engagent dans cette religion que le divin Pierre Apôtre a donné aux Romains (...), nous croyons en l'unique Divinité du Père et du Fils et du Saint-Esprit, dans une égale Majesté et une pieuse Trinité. Nous ordonnons que ceux qui suivent cette loi prennent le nom de Chrétiens catholiques et que les autres, que nous jugeons déments et insensés, assument l'infamie de l'hérésie. Leurs assemblées ne pourront pas recevoir le nom d'églises et ils seront l'objet, d'abord de la vengeance divine, ensuite seront châtiés à notre propre initiative que nous avons adoptée suivant la volonté céleste* », Code Théodosien, 16.1.2.

⁴⁴ Dans la catégorie des pratiques qui ont connu une existence discrète, nous pouvons citer la masturbation et le sexe oral qui, bien que réprimés également par le Christianisme, ne sont directement condamnés par aucun verset biblique – même si nombreux sont ceux qui rapprochent la condamnation de la masturbation au péché d'Onan – et ne font l'objet d'aucune condamnation légale. Il n'en demeure pas moins que ces pratiques n'étaient pas acceptables pour l'Église catholique puisque non procréatrices. Dans un esprit ...

va être l'une de ces pratiques qui va connaître une répression particulièrement conséquente. La Bible est sans aucun doute le texte fondateur de toutes les décisions prises en matière de sexualité. Nombreux sont les versets du Livre Saint qui y font référence et qui la condamnent fermement⁴⁵. Outre, pléthore de versets de la Bible condamnant les relations homosexuelles – directement ou indirectement –, l'Église a entamé l'adoption de conciles les réprimant vigoureusement : le Concile de Tolède⁴⁶ datant de 693, le Concile de Reims⁴⁷ qui s'est tenu en 1049, le Concile de Naplouse⁴⁸ de 1120 et le 3^e Concile du Latran⁴⁹ adopté en 1179. L'idée commune qui émerge de ces conciles est nette : toute personne qui s'adonne à des relations avec une personne du même sexe, membres du clergé ou laïcs, se doit d'être punie pour ses actes. Une idée qui va se maintenir, réaffirmée successivement

d'approfondissement du sujet, voir D. **LETT**, *Une histoire des sexualités*, sous la direction de S. STEINBERG avec la collaboration de C. BARD, S. BOEHRINGER, G. HOUBRE et *al.*, Paris, Ed. PUF, 2018, 517 pages, page 139 ; A. **CORBIN**, « Prolégomènes. Esquisse d'une généalogie de la luxure » in *L'Harmonie des plaisirs. Les manières de jouir du siècle des Lumières à l'avènement de la sexologie*, sous la direction de A. CORBIN, Ed. Perrin, 2014, 542 pages, pages 245 à 254 ; A. **DE LIGUORI**, *Le confesseur des gens de campagne ou abrégé de la théologie morale*, Ed. Séguin Aîné Avignon, 1830, 428 pages, page 112 ; T. **TARCZYLO**, *Sexe et liberté au siècle des Lumières*, Ed. Presses de la Renaissance, Coll. « Histoire des Hommes », 1983, 312 pages, page 100 ; J. **BENEDICTI**, *Somme des péchés et le remède d'iceux*, Ed. Guillaume de La Nouë, 1601, env. 1000 pages, page 160 ; Abbé J.-B. **VITTRANT**, « La chasteté chrétienne » in J.-B. BOUVIER et J.-B. VITTRANT, *Sexe catholique. Le permis et le défendu*, Ed. JesusMarie, 2014, 257 pages, page 89 ; Mgr J.-B. **BOUVIER**, « La chasteté chrétienne » in J.-B. BOUVIER et J.-B. VITTRANT, *Sexe catholique. Le permis et le défendu*, Ed. JesusMarie, 2014, 257 pages, page 125 ; R. **LOUVEL**, *Traité de chasteté. Questionnaire à l'usage des confesseurs pour interroger les jeunes filles qui ne savent pas ou n'osent pas faire l'aveu de leurs péchés d'impureté*, Paris, non daté (vers 1850), réédité par J. MARTINEAU, 1968, page 285 ; A. **CORBIN**, « Chapitre 8. Le lit conjugal : ses interdits et ses plaisirs » in *L'Harmonie des plaisirs. Les manières de jouir du siècle des Lumières à l'avènement de la sexologie*, sous la direction de A. CORBIN, Ed. Perrin, 2014, 542 pages, pages 255 à 290 ; Mgr J.-B. **BOUVIER**, *Les mystères du confessionnal*, Bruxelles, Ed. E.-J. CARLIER, non daté, 158 pages, pages 107 et 108 ; G. **BECHTEL**, *La chair, le diable et le confesseur*, Paris, Ed. Hachette Littérature, Coll. « Pluriel », 1994, 448 pages, page 260.

⁴⁵ « Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme. C'est une abomination », Lévitique, 18 : 22 ; « Quand un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, tous deux commettent une abomination ; ils seront mis à mort, leur sang retombera sur eux », Lévitique, 20 : 13.

⁴⁶ D. **AUGUSTO NEANDRO**, *Canones apostolorum et conciliorum saeculorum IV, V, VI, VII*, Berlin, Ed. G. Reimer, volume I, 320 pages.

⁴⁷ P. **LABBE**, G.D. **MANSI** et G. **COSSART**, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Tome 19, Ed. Nabu Press, 2012, 582 pages.

⁴⁸ B. Z. **KEDAR**, « On the origins of the earliest laws of Frankish Jerusalem: The canons of the Council of Nablus », *Speculum* 74, n° 2, 1999, page 312.

⁴⁹ « Un laïc coupable d'un crime contre nature sera excommunié et chassé de l'assemblée des fidèles. Si c'est un clerc, il sera ou chassé du clergé, ou enfermé dans un monastère pour y faire pénitence », 3^e Concile de Latran, 1179, Paragraphe XI.

par la doctrine religieuse et le droit canon⁵⁰ et dont les législations tireront toute leur substance en la matière.

110. **La prolifération de la doctrine chrétienne au sein des législations** – La vision restreinte de la sexualité émise par l'Église s'est glissée au sein même des législations. L'une des premières décisions est un édit impérial de 390 émanant de l'empereur Théodose Ier qui condamne à mort les homosexuels qui adoptent un comportement passif. Par la suite, le règne conjoint de Constant Ier et Constantin II, empereurs romains, cristallise l'interdiction des relations homosexuelles passives mais ajoute également l'interdiction du mariage entre homosexuels⁵¹. La répression de l'homosexualité va se durcir au fil des règnes. Ainsi, Justinien, empereur romain du IV^e siècle, par le biais de ses *Novelles*⁵², va ordonner que soient punis de mort les homosexuels aussi bien passifs qu'actifs⁵³. L'interdiction de l'homosexualité ne se réduit désormais plus au rôle qu'ils adoptent dans la relation mais à la pratique elle-même⁵⁴. Durant les siècles suivants, la répression de

⁵⁰ **Léon X**, Constitution *Supernae*, 5 mai 1514 ; **Pie V**, Constitution *Bulle Quo Primum*, 1^{er} avril 1566 ; L. **CHERUBINI** et al., *Magnum Bullarium Romanum*, Luxembourg, Ed. Henri-Albert Gosse, 1744, 362 pages.

⁵¹ Code Théodosien, 9.7.3 ; F. **BIOTTI-MACHE**, « La condamnation à mort de l'homosexualité. De quelques rappels historiques », *Études sur la mort*, volume 147, n° 1, 2015, pages 67 à 93.

⁵² Les *Novelles* de Justinien sont des constitutions promulguées par Justinien après la seconde édition de son Code (534) et jusqu'à sa mort (565). Celles-ci ont été adoptées postérieurement au Code Théodosien ; <https://www.cnrtl.fr/definition/nouvelles> consulté le 23 février 2020.

⁵³ « *En conséquence, comme certaines personnes, mues par une instigation diabolique, se livrent à des luxures très graves, et qu'elles commettent des crimes contraires à la nature, nous leur enjoignons de redouter Dieu et le jugement à venir, de s'abstenir de luxures diaboliques et illicites semblables, afin que de telles actions ne leur attirent pas la juste colère de Dieu, et n'occasionnent pas la perte des villes et de leurs habitants* », Édit de Justinien réprimant les crimes contre nature et les blasphèmes en Dieu, *Novelle de Justinien, LXXVII*, Chapitre 1, 538 après J.C., M. **BERENGER**, *Les Novelles de l'Empereur Justinien*, in-8, V, Metz, 1807, pages 129 à 135 ; J. **MCNEILL**, M. **DEMAISON**, E. **FUCHS**, *L'Église et l'homosexuel : un plaidoyer*, Ed. Labor et Fides, 1982, 228 pages, pages 77 à 78 ; « *Instruits par les saintes écritures, nous savons que Dieu, pour punir cette fureur qu'avaient les hommes de s'unir entre eux, a infligé un juste châtimement à ceux qui habitaient autrefois la ville de Sodome, et qu'il a condamné cette terre criminelle à brûler jusqu'à ce jour d'un feu inextinguible ; Dieu nous apprenant par-là que nous devons avoir en horreur un crime aussi contraire aux lois de la nature. (...) Nous prévenons tous les individus qui commettront par la suite le crime de sodomie, que s'ils ne cessent de pécher, que s'ils ne confessent leur iniquité au très saint patriarche, que s'ils ne prennent soin de leur salut et n'apaisent Dieu les saints jours de fêtes, ils s'attireront des châtimements terribles, et qu'ils ne mériteront à l'avenir aucun pardon* », Édit de Justinien relatif à ceux qui commettent le crime de sodomie, *Novelle de Justinien, CXLI*, Chapitre 1, 559 après J.C., M. **BERENGER**, *Les Novelles de l'Empereur Justinien*, in-8, V, Metz, 1807, pages 129 à 135 ; F. **BIOTTI-MACHE**, « La condamnation à mort de l'homosexualité. De quelques rappels historiques », *Études sur la mort*, volume 147, n° 1, 2015, pages 67 à 93.

⁵⁴ D. **BORRILLO**, « Droit et homosexualités : une réconciliation fragile », *Droit et cultures*, 56, 2008, pages 35 à 47.

l'homosexualité va s'accroître en Occident avec la promulgation de lois contre la sodomie punie de la peine de mort : Les Capitulaires⁵⁵ de Charlemagne prévoient la peine capitale pour ceux qui commettent le péché de « *bestialité, d'inceste ou de sodomie* ». La période de la Renaissance, et plus précisément l'année 1532, n'épargnera pas les homosexuels puisque Charles QUINT, empereur du Saint Empire romano-germanique, fait adopter le code criminel⁵⁶ de Charles V dit aussi « La Caroline » qui punit du bûcher les relations homosexuelles.

111. La répression de l'homosexualité illustre parfaitement l'idéologie chrétienne : la norme générale en matière de sexualité est celle de la procréation conjugale. Toute pratique qui contrevient à servir la reproduction et qui s'accomplit en dehors du mariage doit être réprimée.

112. La pensée chrétienne, bien qu'elle fasse preuve, de nos jours, d'une plus grande tolérance à l'égard des pratiques qui ne servent pas la reproduction est restée

⁵⁵ S. **LECLERE**, « Les transgressions sexuelles dans les capitulaires carolingiens », Université Saint Louis, Bruxelles, *Clio & Crimen*, n° 12, 2015, pages 309 à 322 ; *Capitulare Missorum generale*, in A. **BORETIUS**, *Capitularia Regum Francorum I*, n° 33, M.G.H., *leges*, Hanovre, 1883, pages 91 à 99 ; *Missi Cuiusdam Admonitio*, in A. **BORETIUS**, *Capitularia Regum Francorum I*, n° 121, M.G.H., *leges*, Hanovre, 1883, page 240.

⁵⁶ **Charles QUINT**, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline : contenant les loix qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire ; et à l'usage des conseils de guerre des troupes suisses*, édité par A. MAESTRICHT chez Jean-Edme DUFOR et Phil. ROUX, imprimeurs-libraires associés, 1779, volume in-4, XXIV-340 pages ; F. **BIOTTI-MACHE**, « La condamnation à mort de l'homosexualité. De quelques rappels historiques », *Études sur la mort*, volume 147, n° 1, 2015, pages 67 à 93.

sensiblement la même⁵⁷ ; n'acceptant toujours pas celles qui contreviennent à la procréation mais adoptant une indulgence plus grande envers ceux qui les pratiquent⁵⁸.

113. Contrairement à la conception antique de la sexualité, la vision chrétienne est fortement empreinte de morale ; la religion édictant les comportements moraux qui se doivent d'être adoptés en matière de relations intimes. Des siècles durant, la morale chrétienne va rester la conduite à adopter au sein des relations entre les individus, s'imposant à la société et inexorablement à la matière juridique.

114. La place considérable de la morale chrétienne dans le domaine de l'intime a eu pour effet d'étendre celle-ci à d'autres domaines tels que la médecine et plus précisément, la psychiatrie.

§ III – Approche médicale de la sexualité

115. Morale religieuse et sexualité ont longtemps été considérées comme indissociables ; la doctrine chrétienne imposant durant des siècles sa vision bornée de la bonne conduite sexuelle. Au-delà de l'intérêt religieux pour cet aspect de la sphère privée, et malgré le recul de l'intérêt du Droit pour la sexualité des individus⁵⁹, la sexualité est

⁵⁷ « *Le mariage et l'amour conjugal sont d'eux-mêmes ordonnés à la procréation et à l'éducation. (...)* », *Gaudium et spes*, Constitution pastorale sur l'Église dans le monde de ce temps, Concile Vatican II, 1973, Paragraphe 50 ; « *C'est par sa nature même que l'institution du mariage et l'amour conjugal sont ordonnés à la procréation et à l'éducation qui, tel un sommet, en constituent le couronnement* », Catéchisme de l'Église catholique, Ed. Pocket, 1999, 992 pages, § 1652 ; « *Les actes d'homosexualité sont intrinsèquement désordonnés. Ils sont contraires à la loi naturelle. Ils ferment l'acte sexuel au don de la vie (...) Ils ne sauraient recevoir d'approbation en aucun cas* », Catéchisme de l'Église catholique, Ed. Pocket, 1999, 992 pages, § 2357, « *Il n'est pas licite de donner une bénédiction aux relations ou partenariats, même stables, qui impliquent une pratique sexuelle hors mariage (c'est-à-dire hors de l'union indissoluble d'un homme et d'une femme ouverte en soi à la transmission de la vie), comme c'est le cas des unions entre personnes du même sexe* », *Responsum* de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi à un *dubium* au sujet de la bénédiction des unions de personnes du même sexe, 15 mars 2021.

⁵⁸ « *La communauté chrétienne et les Pasteurs sont appelés à accueillir avec respect et délicatesse les personnes à tendance homosexuelle, et sauront trouver les moyens les plus appropriés, en accord avec l'enseignement de l'Église, pour leur annoncer la plénitude de l'Évangile* », *Responsum* de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi à un *dubium* au sujet de la bénédiction des unions de personnes du même sexe, 15 mars 2021.

⁵⁹ « *Inspiré par la philosophie des Lumières, le premier Code pénal révolutionnaire de 1791 ainsi que le Code napoléonien de 1810 cessent d'incriminer les « mœurs contre nature ». Le libéralisme politique et la laïcisation de l'Ordre public prônaient l'abstention de l'État dans la sphère de la vie privée des individus majeurs et consentants* », D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Ed. PUF, 2009, 240 pages, page 124.

devenue le nouvel objet d'étude d'un domaine, semble-t-il en dehors du champ de la religion et du droit : la médecine. Imposant sa propre morale, la médecine est venue dicter les comportements et orientations sexuels acceptables ; soit ceux qui d'une part, n'entraînaient aucune maladie physique et d'autre part, ceux qui ne relevaient d'aucune déficience mentale.

116. ***L'activité sexuelle au cœur de tous les maux*** – Avant de devenir un sujet d'étude de la psychiatrie, la médecine, dans sa forme générale, s'est intéressée de près à la sexualité, non dans sa sphère mentale, mais pour les maux physiques que celle-ci pouvait engendrer⁶⁰. Pour les médecins d'antan, la sexualité était source de maux physiques pouvant aller de la légère maladie jusqu'à la mort et de ce fait, il existait des comportements sexuels auxquels les individus ne devaient absolument pas se livrer.

117. Parmi les activités sexuelles sources de maladies, la médecine a mis en avant la dangerosité de la masturbation. Contrairement à l'existence, certes réprimée mais discrète, qu'elle menait sous la religion, la masturbation est devenue en un siècle la pratique la plus dangereuse à laquelle les individus pouvaient se livrer. Pour les hommes de sciences, la sexualité n'est dès lors plus un mal spirituel conduisant à la damnation mais un mal physique pouvant susciter maladie et mort. La première condamnation médicale de la masturbation est intervenue avec la publication en 1710 d'un ouvrage intitulé *Onania ou le péché affreux d'autopollution*⁶¹ (...) dans lequel l'auteur relate toutes les conséquences médicales engendrées par la pratique de l'auto-érotisme. Dès la publication de cet ouvrage, une position anti-masturbatoire s'est progressivement développée.

⁶⁰ Déjà au Moyen-Âge, les médecins s'intéressaient à celle-ci et aux multiples complications médicales qu'elle pouvait entraîner, D. **JACQUART** et C. **THOMASSET**, *Sexualité et savoir médical au Moyen-Âge*, Paris, Ed. PUF, 1985, 271 pages.

⁶¹ *Onania, or the Heinous Sin of Self-pollution and All its Frightful Consequences, in Both Sexes Considered*, Ed. Cooke, London, 1756, 354 pages. L'auteur de cet ouvrage, puisqu'il a été publié anonymement, restera durant de nombreux siècles une présomption. Il a été attribué, dans un premier temps, au médecin anglais BEKKER (quoique l'orthographe de son nom varie toujours actuellement) pour, par la suite, être octroyé à John MARTEN, chirurgien et charlatan anglais. Lorsque nous tentons d'approfondir l'identité de l'auteur de cette œuvre, nous constatons que, pour certains, demeure l'idée que cet ouvrage a été écrit par BEKKER, et d'autres se sont ralliés à la thèse que celui-ci émane de MARTEN (Thomas LAQUEUR fait partie de ce cercle-là). Il est préférable, en l'état actuel des choses, de ne mettre en avant que l'œuvre et non son auteur, par souci d'erreur potentielle ; Pour plus de détails sur le contenu de cet ouvrage, voir T. **TARCZYLO**, *Sexe et liberté au siècle des Lumières*, Ed. Presses de la Renaissance, Coll. « Histoire des Hommes », 1983, 312 pages, pages 108 à 111.

Néanmoins, malgré un certain succès, le véritable début de la campagne anti-masturbatoire va intervenir avec l'ouvrage du Docteur TISSOT qui, dès 1758, va publier un manuel traitant du plaisir solitaire intitulé *L'Onanisme*⁶². À l'inverse de la première publication, qui préconisait des remèdes spirituels permettant de lutter contre la masturbation, l'ouvrage de TISSOT ne fait que relater les différentes conséquences de la masturbation sur le corps humain et les moyens de s'en détourner. Cet ouvrage se veut exempt de toute morale, n'apportant au lecteur qu'un savoir médical sur les conséquences de l'activité masturbatoire⁶³. Avec cette œuvre et le retentissement au sein de l'ordre médical⁶⁴ de celle-ci, la masturbation est devenue la mère de toutes les maladies⁶⁵.

118. Ainsi, durant le XVIIIe siècle, la masturbation, à l'instar d'autres pratiques sexuelles, était considérée comme un mal physique pouvant entraîner la mort. Alors que la législation était muette sur une quelconque interdiction de celle-ci⁶⁶, ces ouvrages ont fait naître chez la population une peur latente de la masturbation et des conséquences néfastes qu'elle entraînait. La population représentant la société, et la société définissant la norme, il est révélateur que la masturbation fût, à cette époque, une pratique sexuelle anormale, déviante. La norme sexuelle émanait, non pas de la loi, mais de la médecine. Il n'était pas normal de se masturber puisque ceci entraînait de graves conséquences⁶⁷. Il s'agissait

⁶² S. TISSOT, *L'onanisme, ou dissertation physique sur les maladies produites par la masturbation*, Paris, Ed. Pigoreau Libraire, 3^e édition, 1817, 264 pages.

⁶³ « Je me suis proposé d'écrire des maladies produites par la masturbation, et non point du crime de la masturbation (...) », S. TISSOT, *L'onanisme, ou dissertation physique sur les maladies produites par la masturbation*, Paris, Ed. Pigoreau Libraire, 3^e édition, 1817, 264 pages, préface, page 9.

⁶⁴ H. KAAH, *Psychopathia Sexualis* (1844), Ed. Cornell University Press, 2016, 206 pages.

⁶⁵ P. POGNANT, « Les interdits hors la loi : la répression institutionnelle et médicale de la sexualité (1850-1930) », *Droit et cultures*, volume 57, 2009, pages 129 à 142.

⁶⁶ L'absence d'interdit légal n'a pas empêché que des mesures soient prises afin de limiter la propagation de la pratique masturbatoire ; les médecins se tournant vers les professeurs en leur enjoignant de faire des recommandations aux adolescents (M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, I, La Volonté de savoir*, Paris, Ed. Gallimard, 1976, 231 pages, page 40), de nombreuses méthodes « médicales », telles que la baguette de Wender, furent mises en avant pour combattre la masturbation (M. FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Le Seuil, 1974/1999, 356 pages) et d'aucuns proposèrent la création d'une police nationale de la pollution de soi-même (voir les propositions de Jean-Baptiste Désiré DEMAUX concernant la question d'une police de la population, T. LAQUEUR, *Le sexe en solitaire. Contribution à l'histoire culturelle de la sexualité*, traduit de l'anglais par P.-E. DAUZAT, Ed. Gallimard, Coll. « NRF essais », Paris, 2005, 512 pages, page 64).

⁶⁷ Pour TISSOT, la perte considérable de semence due à la masturbation produisait « la lassitude, la débilité, l'immobilité, des convulsions, la maigreur, le dessèchement, des douleurs dans les membranes du cerveau, (...) », S. TISSOT, *L'onanisme, ou dissertation physique sur les maladies produites par la masturbation*, Paris, Ed. Pigoreau Libraire, 3^e édition, 1817, 264 pages, pages 32 à 33.

d'une interdiction officieuse de la pratique. Elle n'était pas tolérée puisque, selon les médecins, elle était mortelle⁶⁸ pour quiconque s'y adonnait. Au-delà des péchés de l'âme mis en avant par l'Église, la masturbation est devenue une maladie physique particulièrement dangereuse.

119. Au même titre que la masturbation, bien d'autres pratiques sexuelles ont été considérées, elles aussi, par les médecins, comme nocives pour la santé. Ainsi, pratiquer la pédérastie ou la sodomie engendrait hémorroïdes et maladie du rectum. De même, se livrer à un attentat public à la pudeur exposait celui qui s'y consacrait à des affections chroniques des voies urinaires et des démangeaisons⁶⁹. Il est amusant de voir que même l'attentat public à la pudeur, qui ne consiste qu'en l'exposition à la vue d'autrui de ses parties génitales, était, pour les médecins de l'époque, susceptibles d'entraîner des maladies graves. À la lecture de ces informations, il est clair que ce n'était pas forcément l'acte sexuel non conforme qui entraînait les maladies mais bien son caractère déviant.

120. De manière générale, les médecins considéraient que les comportements sexuels déviant étaient à l'origine de nombreuses maladies et difformités sexuelles. Durant cette période, deux thèses ont émergé. La première soutenait que la sexualité déviante n'était pratiquée qu'en raison du fait qu'ils souffraient de difformités anatomiques. Ainsi, certains s'adonnaient à des pratiques contre nature parce qu'ils étaient sujets à des anomalies. Si aucune anomalie n'apparaissait sur leur corps, ils avaient nécessairement une sexualité dite « normale ». La seconde thèse est en total désaccord avec la première : c'est parce que certains s'employaient à des pratiques sexuelles déviantes que leur corps était inévitablement victime d'anomalies anatomiques⁷⁰. Dans les deux cas, une idée principale émerge : lorsqu'il y a comportement sexuel déviant, il y a nécessairement anomalie anatomique et inversement, parce qu'il y a anomalie, il y a inévitablement comportement sexuel déviant.

⁶⁸ « Je ne doute point que les atteintes qu'il avoit portées à son tempérament, par ses infâmes fureurs, n'aient beaucoup contribué à rendre cette maladie mortelle », S. TISSOT, *L'onanisme, ou dissertation physique sur les maladies produites par la masturbation*, Paris, Ed. Pigoreau Libraire, 3^e édition, 1817, 264 pages, page 82.

⁶⁹ A. TARDIEU, *Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, Paris, Ed. J.-B. Baillière, 1859, 184 pages.

⁷⁰ A. LINHARES, « Sexualité et défiguration : des théories médicales du XIX^e siècle aux théories infantiles de la psychanalyse », *Recherches en psychanalyse*, volume 10, n° 2, 2010, pages 296 à 304.

121. Dès cette époque, la médecine a fait office de norme en matière sexuelle et, même si d'aucuns se tournaient encore vers la religion pour connaître la bonne conduite à tenir dans leur sphère intime, d'autres se devaient, dès lors, de se fonder sur les préceptes médicaux pour adopter le comportement sexuel adéquat et sain pour leur corps et par la suite, leur esprit. Le médecin est venu remplacer l'homme d'Église, passant de la morale religieuse à la morale scientifique.

122. **Le normal et le pathologique : entre psychiatrie et morale** – Au-delà de son caractère potentiellement dangereux pour la santé physique, la sexualité, autre que celle dite « classique », s'est vue considérée, au fur et à mesure, par les psychiatres comme une forme de perversion pouvant atteindre non plus le corps mais l'esprit. La sexualité n'est, dès cet instant, plus seulement source d'une multitude de maux physiques mais elle devient une véritable perversion de l'esprit, faisant des individus qui s'y livrent des êtres mentalement dégénérés et ainsi en proie à des activités perverses.

123. Dès lors, il n'est plus question de s'appuyer sur la morale religieuse pour définir les activités sexuelles non conformes. La religion a laissé place à la science, la morale à la raison. Une raison qui se veut, désormais, compétente pour désigner les comportements sexuels qui relèvent d'un esprit sain et ceux qui, au contraire, traduisent une perversion de l'instinct sexuel.

124. Durant longtemps, les psychiatres n'ont eu que faire de s'intéresser à ce qui relevait de la sexualité des individus ; la psychiatrie n'ayant pour vocation que de définir la folie, ses tenants et la responsabilité pénale des individus qui pouvait en être atteints⁷¹. Progressivement, la psychiatrie, sans délaisser la folie, s'est intéressée à la place de l'activité sexuelle dans l'esprit des êtres humains mettant en avant une nouvelle notion : l'instinct⁷². L'idée que la sexualité puisse être un objet d'étude psychiatrique n'avait pas encore émergé dans les esprits des savants de l'époque. La sexualité relevant de la morale, aucune considération psychiatrique ne lui était accordée. Néanmoins, la mise en lumière de nouveaux comportements sexuels souffla un vent de recherches à l'égard des activités intimes des individus et de ce fait, les psychiatres se sont emparés de la matière.

⁷¹ M. FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Le Seuil, 1974/1999, 356 pages.

⁷² *Ibidem*.

KRAFFT EBING, psychiatre germano-autrichien, est l'un des fondateurs⁷³ de ce nouveau versant psychiatrique. Dans son ouvrage intitulé *Psychopathia sexualis*⁷⁴ rédigé durant l'année 1886, l'auteur s'est efforcé de classer chaque comportement sexuel ; les considérant comme des pathologies sexuelles qui trouvent leur source dans une dégénérescence de la sexualité « ordinaire ». Dès lors, tout comportement sexuel non considéré comme ordinaire devient nécessairement une pathologie. La classification de KRAFFT EBING est inédite, établissant la sexualité comme sujet à part entière de la psychiatrie. Ainsi, qu'il s'agisse de masturbation, de sexe oral, de sodomie ou encore, d'homosexualité, tous ces comportements sexuels, ces tendances vont devenir l'objet principal des études psychiatriques, celles-ci s'efforçant d'en comprendre la nature et accessoirement, de les soigner.

125. Le rayonnement de l'étude des perversions sexuelles ayant été considérable, d'autres matières se sont penchées sur l'examen de celles-ci. La psychanalyse, nouvelle discipline médicale apparue sous la plume de FREUD s'est peu à peu immiscée dans l'étude de ces perversions. Basée sur l'exploration de l'inconscient, la psychanalyse s'est ralliée à la psychiatrie dans l'intérêt d'expliquer et de comprendre les perversions sexuelles. Néanmoins, à l'inverse des travaux psychiatriques, les recherches de FREUD ont conduit à considérer les perversions sexuelles n'ont plus comme des maladies de l'esprit qui pouvaient être guéries mais comme des souffrances qui pouvaient être uniquement soulagées⁷⁵. Dans son analyse du comportement sexuel humain, FREUD considère ces « déviations » comme des aberrations sexuelles voire des égarements ; une thèse à laquelle nombre de psychanalystes ne se sont pourtant pas ralliés les poussant à entreprendre divers traitements allant de la lobotomie à la castration chimique⁷⁶. Il avance l'idée que nul

⁷³ Nombreux sont les psychiatres, tels que ELLIS, MOLL ou encore DESSOIRS, à s'être intéressés à l'instinct sexuel. Néanmoins, la thèse ne portant pas sur la question de la sexualité et de la psychiatrie, l'étude des diverses analyses psychiatriques sera limitée. Pour un approfondissement du sujet, voir J.-P. KAMIENIAK, « La construction d'un objet psychopathologique : la perversion sexuelle au XIXe siècle », *Revue française de psychanalyse*, volume 67, n° 1, 2003, pages 249 à 262.

⁷⁴ R. VON KRAFFT-EBING, *Psychopathia Sexualis. Avec recherches spéciales sur l'inversion sexuelle*, Traduit de la 8^e édition allemande par E. LAURENT et S. CSAPO, Paris, Ed. Georges Carré, 1895, 609 pages.

⁷⁵ S. FREUD, *Trois essais sur la théorie sexuelle*, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2018, 156 pages.

⁷⁶ S. TOUSSEUL, « Petite histoire conceptuelle de l'homosexualité », *Psychologie clinique et projective*, volume 22, n° 1, 2016, pages 47 à 68.

ne peut être guéri de telles aberrations mais néanmoins, d'aucuns pourront trouver dans la psychanalyse un moyen de soulager ces souffrances de l'âme.

126. Même si contrairement à la psychiatrie, la psychanalyse ne fait plus de ces comportements sexuels des maladies mentales à proprement parler, ceux-ci sont toujours catalogués comme une différence de l'esprit⁷⁷, les distinguant inévitablement de la sexualité dite « normale ».

127. **De la norme biologique à la norme sociale** – À l'instar de la morale chrétienne, la consécration de la psychiatrie comme discipline majeure de la sexualité a, elle aussi, perduré dans le temps. Au corpus des manuels du XIX^e siècle classifiant les comportements sexuels comme relevant d'une maladie mentale, est venu s'ajouter un nouveau dans le courant des années 1950 : le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux appelé plus communément le DSM⁷⁸.

128. La première édition du DSM est apparue en 1952. Au-delà des diverses maladies mentales ne relevant pas exclusivement du domaine sexuel, nombre d'entre elles sont venues conforter la doctrine psychiatrique du XIX^e siècle. Ainsi, sexe oral et masturbation étaient considérés, dès la première édition⁷⁹ – et ceci dans la continuité du discours psychiatrique du XIX^e siècle – comme des maladies de l'esprit engendrant un comportement sexuel déviant. Au même titre que ces pratiques, le comportement homosexuel était lui aussi classé dans les maladies mentales, traduisant inévitablement la volonté du DSM d'entériner la pensée psychiatrique persistante en la matière.

129. Les éditions⁸⁰ se succédant, bien des modifications ont été apportées au DSM. Tantôt pathologiques, tantôt non pathologiques, les comportements sexuels ont été sujets à de nombreuses remises en question. La fluctuation constante de l'approche

⁷⁷ FREUD n'utilise pas le terme de « dégénéré » mais de « névrosé », S. **FREUD**, *Trois essais sur la théorie sexuelle*, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2018, 156 pages.

⁷⁸ Le DSM est un manuel d'origine américaine mais son rayonnement dans le domaine de la psychiatrie dépasse largement le territoire des États-Unis.

⁷⁹ American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, Ed. American Psychiatric Association, 1^{ère} éd., Washington DC, 1952 ; P. **LANGIS** et B. **GERMAIN**, *La sexualité humaine*, Ed. ERPI, 2009, 596 pages, page 357.

⁸⁰ Depuis 1952, cinq éditions du DSM se sont succédé.

psychiatrique en la matière a permis de faire émerger une nouvelle vision de la pathologie sexuelle : si, fut un temps, la psychiatrie considérait comme perverse toute activité sexuelle non procréative, au gré des décennies, la classification comme maladie mentale d'un comportement sexuel ne s'est conçue essentiellement qu'au regard de la notion de consentement⁸¹, faisant basculer la doctrine psychiatrique de la norme biologique à la norme sociale. En abandonnant l'idée que certains comportements sexuels puissent être considérés comme pathologiques, la psychiatrie semble se détacher définitivement de toute morale dont la procréation était la pierre angulaire.

130. La désaffection de la psychiatrie à l'encontre de la morale s'est illustrée également au regard d'un autre point : si, dès les premiers travaux en la matière, les comportements sexuels étaient définis comme des « perversions sexuelles⁸² », ils ont progressivement été désignés comme « déviances sexuelles⁸³ », pour finalement être caractérisés de « paraphilies⁸⁴ » ou encore de « troubles paraphiliques⁸⁵ ». En adoptant le terme de « paraphilie », la psychiatrie est venue cristalliser sa doctrine et ainsi sa volonté de faire de ces comportements sexuels de véritables troubles mentaux, détachés de toute connotation morale.

⁸¹ A. **GIAMI**, « Des perversions sexuelles aux troubles paraphiliques : comment le consentement s'est imposé comme la valeur centrale dans les classifications médicales » in A. **GIAMI** et B. **PY**, *Droits de l'Homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Éditions des archives contemporaines, 2019, 281 pages.

⁸² Le terme de « perversion sexuelle » était utilisé par les psychiatres du XIXe siècle tels que KRAFFT EBING.

⁸³ Dans les deux premières éditions du DSM, le terme « déviance sexuelle » était utilisé pour classer la plupart des paraphilies, décrivant la paraphilie en tant que « *fantaisie, désir ou comportement sexuellement intense* », American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, Ed. American Psychiatric Association, 1^{ère} éd., Washington DC, 1952 et American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, Ed. American Psychiatric Association, 2^e éd., Washington DC, 1968.

⁸⁴ Ce terme a été adopté dans le DSM III publié en 1980. Le DSM IV-TR désignent les paraphilies comme « *un fantasme, une impulsion ou un comportement sexuel récidivant et sexuellement excitant, survenant depuis au moins six mois et provoquant un désarroi cliniquement significatif ou une altération du fonctionnement social, professionnel ou dans d'autres domaines importants. Il s'agit donc bien d'une sexualité pathologique, qui entraîne une gêne, une souffrance chez le sujet en compromettant son insertion sociale* », P. **BLACHERE**, « Les paraphilies » in F.X. **POUDAT** et P. **LOPES**, *Manuel de sexologie*, Ed. Elsevier – Masson, 2007, 451 pages, pages 254 à 264.

⁸⁵ Ce dernier terme a été adopté dans la dernière version du DSM, offrant une distinction entre « paraphilie » et « trouble paraphilique ». La distinction se présente ainsi : les paraphilies ne sont pas, par elles-mêmes, des troubles mentaux. Avoir une paraphilie est la condition nécessaire mais non suffisante pour présenter un « trouble paraphilique », F. **FERIK-ROMDHANE** et R. **RIDHA**, « Les troubles paraphiliques dans le DSM-5 : analyse critique et considérations médico-légales », *Annales médico-psychologiques*, 176 : 34-41, 2018.

131. Les perversions sexuelles sont devenues progressivement des paraphilies, la morale s'effaçant peu à peu au profit de la science. Néanmoins, une question essentielle se pose : de telles modifications permettent-elles de considérer que la classification des maladies mentales dans le domaine sexuel exposée par le DSM résulte véritablement d'une réalité scientifique ou s'agit-il simplement d'un certain reflet des convenances sexuelles voire, encore une fois, de principes moraux ? Certifier d'une vérité scientifique n'est pas chose aisée tant les avis divergent et les débats se font vifs quant à la valeur scientifique de ce manuel⁸⁶. Toutefois, sans prendre une quelconque position quant à sa vertu scientifique – le débat devant être laissé aux psychiatres –, il est tout de même possible de considérer que la construction des normes sociales dans le domaine de la sexualité se fait inévitablement au travers du processus de pathologisation ou de dépathologisation des comportements sexuels. De cette affirmation, une nouvelle interrogation émerge : si la pathologisation et les convenances sociales sont liées, laquelle influence l'autre ? La pathologie est-elle le reflet des convenances sociales ou, à l'inverse, ces dernières ne se caractérisent que parce que la science pathologise certains comportements sexuels ? Que la science soit en mesure d'apporter la preuve de la nature pathologique d'un comportement sexuel ou pas n'efface pas le processus qui revient à exposer ces dits comportements comme acceptables ou non par la société. L'exercice de pathologisation pousse inévitablement la société à percevoir tel ou tel comportement comme convenable ou pas. Il ne semble s'agir ici que d'un va et vient. La pathologisation rendant d'aucuns comportements comme asociaux et les convenances sociales poussant les psychiatres à s'interroger sur le caractère pathologique de certains comportements voire orientations sexuels. Néanmoins, même si nous pouvons penser que l'une influence l'autre, il est clair que la pathologisation est tirée de la normalisation des comportements sexuels. Nous ne saurions véritablement nous tromper en affirmant que les psychiatres s'intéressent et pathologisent uniquement les comportements réprimés par la société.

⁸⁶ F. CHAPIREAU, « Le DSM et comment s'en libérer », *Topique*, volume 123, n° 2, 2013, pages 71 à 84.

SECTION II – La libéralisation de la sexualité

132. Sexualité et morale, sexualité et psychiatrie. Ces binômes ont traversé les décennies, demeurant des thèmes perpétuellement actuels. La morale religieuse persiste à s'immiscer dans les replis les plus intimes des individus, tandis que la psychiatrie n'a de cesse d'explorer les méandres des comportements sexuels. Malgré l'acharnement avec lequel chacun de ces domaines a tenté d'imposer sa doctrine, cherchant à faire de la sexualité une abomination sous l'égide de la morale ou de la médecine, une réalité implacable demeure : la société est en perpétuelle métamorphose.

133. Les siècles écoulés en ont apporté la preuve, qu'il s'agisse des évolutions sociales, scientifiques, ou juridiques, aucune société n'échappe à ce processus de transformation. Le progrès médical (§ I) s'est révélé être l'une des forces motrices de ces changements, tout comme les revendications sociales et les avancées juridiques en faveur des femmes (§ II) et des homosexuels (§ III), lesquelles ont été les pierres angulaires de la libéralisation de la sexualité.

§ I – Rupture entre sexualité et procréation

134. ***La réhabilitation des pratiques sexuelles non procréatives*** – Autrefois, la longévité de la vie était une question qui préoccupait la société. Les maladies graves étant particulièrement répandues, nombre d'enfants n'atteignaient jamais l'âge adulte⁸⁷, ceci bouleversant considérablement la démographie. Pour y remédier, les couples engendraient systématiquement une progéniture nombreuse, de sorte qu'aux décès fréquents de certains de leurs enfants, d'autres subsistaient et assuraient la lignée, le renouvellement des générations. Au regard de ces préoccupations, il est aisé de comprendre l'engouement des populations pour la procréation, la préservation de l'espèce humaine étant menacée par les maladies. De surcroît, s'adonner à des pratiques non procréatrices était une menace évidente. Il fallait procréer pour assurer une descendance

⁸⁷ Pour plus d'informations, voir J.-C. SANGOÏ, « La mortalité infantile en Europe occidentale au XVIIIe siècle » in Collectif, *La petite enfance dans l'Europe médiévale et moderne*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, Coll. « Flaran », 1997, 235 pages, pages 191 à 210.

et, il était raisonnablement connu que sexe oral et masturbation n'offraient pas ces avantages, ceci expliquant naturellement leur rejet.

135. Même si les maladies ont bouleversé les générations durant longtemps, les progrès de la médecine ont insufflé un certain vent de liberté dans le domaine de l'intime. Le XIX^e siècle marque un tournant considérable ; un tournant qui a sans nul doute marqué les siècles qui suivirent. Les découvertes médicales majeures⁸⁸ et les bienfaits de celles-ci sur la prolongation de la vie vont offrir une nouvelle vision de la sexualité à la société en ne considérant plus la procréation comme le but ultime de toute relation intime. Le plaisir va gagner du terrain. La mortalité infantile connaissant une baisse substantielle, engendrer une grande progéniture n'avait plus d'intérêt puisque les enfants désormais survivraient.

136. La préservation de l'espèce étant assurée, il n'était dès lors plus temps de considérer les pratiques non procréatives comme des menaces. La masturbation et le sexe oral deviennent dès lors des pratiques qui ne présentent plus aucun danger pour la reproduction ; même si celles-ci sont toujours considérées comme des désordres mentaux⁸⁹. Les progrès de la science sont majeurs pour la libéralisation de la sexualité puisqu'ils offrent à la population la possibilité de s'adonner à une sexualité non plus uniquement basée sur un devoir de promouvoir la génération mais également sur une nouvelle forme : le plaisir⁹⁰.

137. La libéralisation de la sexualité par le progrès médical s'applique-t-elle néanmoins à toute forme de sexualité ? Alors que masturbation et sexe oral mettaient hors de danger

⁸⁸ Parmi ces découvertes, nous pouvons notamment citer l'invention du stéthoscope par LAËNNEC, la découverte des germes comme sources de maladies par KOCH, la pasteurisation par PASTEUR, la mise en lumière des bacilles de la tuberculose (KOCH, 1882), du choléra (KOCH, 1883), de la lèpre (HANSEN, 1873), de la fièvre puerpérale (PASTEUR, 1879), le tétanos (NICOLAÏER, 1884), la peste (YERSIN, 1894) ainsi que l'isolation des virus de la fièvre aphteuse (LÖFFLER et FROSCH, 1897), de la rage (REMLINGER, 1903), la fièvre jaune (STOKES, 1927), ainsi que ceux de la variole, la grippe, la varicelle, la rougeole.

⁸⁹ La masturbation et le sexe oral étaient qualifiés de maladies mentales dès la première édition du DSM parue en 1952 et ce jusqu'en 1973 ; S. A. **MARASHI**, « Review of removing homosexuality and masturbation from the list of sexual dysfunctions in DSM », *Clinical Schizophrenia & Related Psychoses*, volume 15 : S4, 2021 ; C. **CAUSSE**, *La sexualité féminine dans tous ses ébats*, Ed. Fayard, 2021, 388 pages.

⁹⁰ Nous évoquons le plaisir comme nouvelle finalité sexuelle mais il est important de ne pas omettre de rappeler que le plaisir n'est pas unanimement perçu comme un but favorable. L'excision des femmes, encore pratiquée dans certains pays, témoigne de la méfiance à l'égard du plaisir sexuel, un plaisir sexuel qui ne reviendrait qu'aux hommes, F. **COUCHARD**, *L'excision*, Ed. PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2003, 128 pages.

les générations, l'homosexualité, par son caractère infertile, était toujours une menace. En effet, même si certains s'adonnent, de temps à autre, au sexe oral et à la masturbation, ils peuvent également avoir le loisir de procréer, chose qui n'est pas concevable dans les rapports homosexuels. La naissance d'un enfant, à l'époque, n'étant que le fruit d'une relation sexuelle entre un homme et une femme, les pratiques homosexuelles contrevenaient toujours à la procréation. Au-delà de son caractère non procréateur, et malgré les progrès médicaux du XIX^e siècle, l'homosexualité va rester longtemps un comportement sexuel impropre à la nature. Avec l'homosexualité, il n'est pas question d'engendrer une progéniture et de promouvoir la génération et l'avancement médical, permettant de rallonger la vie des individus, ne pouvait rien y changer, les homosexuels n'étant pas voués à procréer. Ainsi, parce que les avancées médicales ne pouvaient remédier à l'infertilité des relations homosexuelles, la psychiatrie a choisi de s'octroyer son étude et de surcroît, de les qualifier de maladies mentales.

138. Source de libération sexuelle, l'essor médical du XIX^e siècle – qui va se prolonger tout au long du XX^e – va tout de même connaître un rayonnement limité en matière de sexualité. Alors même qu'il permet de percevoir la sexualité autrement qu'uniquement procréatrice, son action sera restreinte quant à une certaine orientation sexuelle qui, durant quelques décennies encore, restera signe d'anormalité, à la fois réprimée par la psychiatrie ainsi que par le Droit.

§ II – Émancipation de la sexualité

139. ***Le féminisme : mouvement de libéralisation de la sexualité*** – Le progrès scientifique n'est pas l'unique source de libéralisation de la sexualité. Certes, en permettant de ne plus réduire la sexualité à la simple procréation, celui-ci a engendré une nouvelle vision de la sphère intime. Néanmoins, il est d'autres mouvements en vigueur ouvrant encore davantage la place à une sexualité plus libérée. Les décennies passant, les mentalités commencent à changer et les idéaux sexuels avec elles. Si auparavant, la sexualité n'était concevable que dans le processus procréateur, elle devient dans les années 1960, une activité intime dénuée de toute connotation procréative. Comment cet élan de libéralisation est-il intervenu ? Sans aucun doute, il faut se tourner vers les mouvements féministes pour obtenir une réponse. Durant des siècles, une morale inégale

était imposée : les hommes pouvant se permettre tous les écarts de conduite en matière de sexualité – le recours aux prostituées en est un exemple flagrant – pendant que les femmes se devaient de rester vierges jusqu’au mariage et d’être fidèles envers leurs époux. L’inégalité et la domination subies par les femmes au XX^e siècle va insuffler un vent de révolte de la part de ces dernières, n’acceptant plus d’être l’objet d’une telle disparité voire d’une telle injustice.

140. Toutefois, ce vent de révolte ne trouve pas son origine dans les années 1960 puisque les prémices de ces revendications – appelées communément première vague féministe – apparaissent déjà dans les écrits des femmes du XVII^e et du XVIII^e siècles. Lassées de ne pas être estimées comme l’égal de l’homme, nombre de protestations vont intervenir tout au long de ces siècles. Exclues de l’accès à l’éducation⁹¹ et privées de tous droits civils et politiques⁹², en particulier le droit de voter et d’être élues, les femmes vont progressivement revendiquer une juste égalité. Nonobstant, malgré les efforts déployés pour permettre à la femme d’obtenir les mêmes droits que les hommes, les véritables changements n’interviendront que quelques siècles⁹³ plus tard et ceux-ci n’auront de cesse de s’amplifier.

141. ***Droit à l’avortement et à la contraception*** – Pourtant, obtenir des droits similaires à ceux des hommes n’allait cependant pas être le seul combat que les femmes auraient à mener. La lutte pour les droits civils et l’accès à l’éducation ayant été progressivement

⁹¹ M. DE GOURNAY, *Égalité des hommes et des femmes*, Ed. Gallimard, Coll. « Folio », 2018, 112 pages ; M. DE SCUDERY, *Les Femmes Illustres, ou les Harangues héroïques*, Paris, Ed. Courbé, 1642, 442 pages ; M. RIOT-SARCEY, *Histoire du féminisme*, Paris, Ed. La Découverte, Coll. « Repères », 2008, 120 pages, page 6.

⁹² Dès 1791, Olympe DE GOUGES rédige une Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne ; déclaration qui avait pour finalité de demander les mêmes droits civils et politiques que ceux octroyés aux hommes, O. DE GOUGES, « Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne » in E. MORIN-ROTUREAU et al., *Combats de femmes 1789-1799. La Révolution exclut les citoyennes*, Ed. Autrement, 2003, 248 pages, pages 223 à 226.

⁹³ Voici quelques dates significatives :

- 1836 : Ouverture de l’enseignement primaire aux femmes.
- 1880 : Ouverture de l’enseignement secondaire aux femmes.
- 1938 : Les femmes peuvent s’inscrire à l’université sans l’autorisation de leur mari.
- 1944 : Les femmes obtiennent le droit de vote.
- 1946 : Le préambule de la Constitution déclare l’égalité entre les hommes et les femmes.

suivis d'effet, les femmes des années 1960 – de France et d'ailleurs⁹⁴ – allaient axer leur combat sur une sphère plus privée : leur sexualité. En réclamant le droit de disposer de leur corps, les féministes allaient orienter leur lutte notamment vers deux objectifs primordiaux⁹⁵ : le droit à l'avortement⁹⁶ et l'accès à la contraception⁹⁷. Vouloir une sexualité libérée c'est vouloir une sexualité sans entrave. Or, engendrer une progéniture sans en avoir le souhait contrevient indubitablement à une telle liberté.

142. Dans le sillage des événements français de mai 1968, va se créer le Mouvement de Libération des Femmes⁹⁸ (MLF). Cette deuxième vague féministe, qui compte parmi ses membres les plus éminents Simone DE BEAUVOIR⁹⁹, Gisèle HALIMI¹⁰⁰ ou encore, Simone VEIL, va multiplier les mesures contestataires afin de faire valoir les droits des femmes dans le domaine de l'intime¹⁰¹. La première action révolutionnaire et fondatrice du mouvement féministe est, sans nul doute, la tentative de dépose d'une gerbe sur la tombe du soldat inconnu le 26 août 1970. Ce geste fort avait pour finalité, non pas de rendre hommage uniquement à ce soldat, mais aussi à la femme de celui-ci qui avait perdu son mari à la guerre. En s'adonnant à cet acte, les féministes souhaitaient rappeler avec force que la guerre n'a pas été uniquement source de malheur et de mort pour les hommes partis au combat mais tout autant, pour les femmes qui ont vu leur père, leur frère ou leur mari ne

⁹⁴ A.-F. **HIVERT**, « Suède la nouvelle guerre des sexes », 14 février 2011, *Libération* ; P. **ALAC**, *Bikini story*, Ed. Parkstone International, 2015, 444 pages ; C. **OTTOMEYER-HERVIEU**, « L'avortement en RFA », *Cahiers du CEDREF*, 1995, pages 103 à 109.

⁹⁵ La thèse portant sur la sexualité, les autres revendications émises par les féministes ne seront pas développées dans l'argumentation.

⁹⁶ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ N. **GARCIA GUADILLA**, « Chapitre II. La naissance du MLF » in *Libération des femmes* sous la direction de N. GARCIA GUADILLA, Ed. PUF, Coll. « Le sociologue », 1981, 152 pages, pages 26 à 35.

⁹⁹ S. **DE BEAUVOIR**, *Le deuxième sexe, Tome I : Les faits et les mythes*, Ed. Gallimard, Coll. « Folio essais », n° 37, 1986, 416 pages.

¹⁰⁰ Durant le célèbre procès de Bobigny, qui s'est tenu en octobre et novembre 1972, Maître HALIMI était l'avocate des prévenues, accusées d'avoir commis ou participé à un avortement. L'issue de ce procès a été majeure pour la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse, les juges prenant la décision de ne pas appliquer la loi de 1920 ; Collectif, *Le Procès de Bobigny. Choisir la cause des femmes*, Ed. Gallimard, Coll. « Hors-série Connaissance », 2006, 288 pages ; A. **BEILIN**, « L'affaire de Bobigny », *L'En-droit – DGEMC*, 6 mars 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2232>

¹⁰¹ Concernant le droit d'accès à la contraception, il a été acquis par les femmes avec la loi NEUWIRTH de 1967, cette loi ne s'adressant néanmoins qu'aux femmes majeures, Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique.

jamais revenir. L'égalité des souffrances, que vous soyez homme ou femme, tel était le message qu'elles ont voulu transmettre.

143. À ce premier acte manqué – mais néanmoins ayant connu un certain écho –, vont suivre des manifestations publiques durant lesquelles sont scandés des slogans aujourd'hui restés célèbres¹⁰². Toujours est-il que parmi ces maintes revendications, l'une d'elles va faire grand bruit. Ainsi, le 5 avril 1971 paraît dans le magazine *Le Nouvel Observateur* une remarquable pétition. Rédigé par Simone DE BEAUVOIR et signé par 343 françaises ayant eu recours à l'avortement, ce manifeste¹⁰³ revendique la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse en France en rappelant le danger que risque chaque femme qui, ne souhaitant enfanter, se livre à des avortements pratiqués dans la clandestinité. Si de nos jours, une telle pétition ne connaîtrait pas une telle portée, en 1971, les femmes qui avaient signé cette pétition risquaient l'emprisonnement, l'avortement étant considéré comme une infraction pénale. En exposant leur transgression, ces 343 françaises imposent une vision de la sexualité autre que celle autorisée par la loi. Elles revendiquent le droit à une sexualité dénuée de tout but procréatif et la possibilité de choisir le moment où elles décideront, d'elles-mêmes, d'embrasser le vœu de la maternité. La notion de plaisir commence à s'implanter dans la sexualité des femmes et refuser à celles-ci le droit de se faire avorter contrevenait indubitablement à leur droit de disposer de leur corps et plus largement, à leur droit à la vie privée.

144. Les revendications et les combats menés ne vont pas rester longtemps sans conséquence. Le 17 janvier 1975, est promulguée la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse aussi dénommée loi VEIL¹⁰⁴ qui encadre la procédure de dépenalisation de

¹⁰² Nous pouvons notamment citer le slogan : « *Un homme sur deux est une femme* ».

¹⁰³ En voici les premières lignes : « *Un million de femmes se font avorter chaque année en France. Elles le font dans des conditions dangereuses en raison de la clandestinité à laquelle elles sont condamnées, alors que cette opération, pratiquée sous contrôle médical, est des plus simples. On fait le silence sur ces millions de femmes. Je déclare que je suis l'une d'elles. Je déclare avoir avorté. De même que nous réclamons le libre accès aux moyens anticonceptionnels, nous réclamons l'avortement libre* », « Manifeste des 343 », *Nouvel Observateur*, 5 avril 1971, n° 334.

¹⁰⁴ Alors ministre de la Santé, Simone VEIL propose un projet de loi tendant à dépenaliser l'avortement. Voici un extrait de son discours tenu le 26 novembre 1974 devant l'Assemblée nationale : « *Je le dis avec toute ma conviction : l'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue. Mais comment le tolérer sans qu'il perde ce caractère d'exception, sans que la société paraisse l'encourager ? Je voudrais tout*

l'avortement en France¹⁰⁵. Alors que l'application de la loi était d'une durée limitée de cinq ans, elle a été reconduite sans limite de temps par une loi du 31 décembre 1979 ; le délai initial laissant croire que la « folie » de recourir à l'avortement passerait avec le temps et que les femmes, d'ici cinq ans, reviendraient peut-être à la raison.

145. Bientôt cinquante ans plus tard, le droit à l'interruption volontaire de grossesse n'a eu de cesse d'évoluer, de l'allongement du délai légal¹⁰⁶ à la création de l'infraction du délit d'entrave¹⁰⁷, le Droit continue d'offrir davantage aux femmes désireuses de ne pas enfanter la possibilité légale et sécurisée d'y remédier.

146. Néanmoins, les femmes n'étaient pas les seules à subir la vision étroite de la sexualité imposée par le Droit, d'autres mouvements vont peu à peu s'imposer.

§ III - Dépénalisation et dépathologisation de l'homosexualité

147. ***Dépénalisation législative ambiguë et répression policière de l'homosexualité*** – Si les femmes furent longtemps considérées comme inférieures aux hommes, les homosexuels ont, eux aussi durant des siècles, été tantôt perçus comme des immoraux, tantôt comme des dégénérés mentaux.

d'abord vous faire partager une conviction de femme — je m'excuse de le faire devant cette Assemblée presque exclusivement composée d'hommes : aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l'avortement. Il suffit d'écouter les femmes. C'est toujours un drame et cela restera toujours un drame. C'est pourquoi, si le projet qui vous est présenté tient compte de la situation de fait existante, s'il admet la possibilité d'une interruption de grossesse, c'est pour la contrôler et, autant que possible, en dissuader la femme ».

¹⁰⁵ La loi VEIL vient également compléter une seconde loi initiée par Simone VEIL, la loi du 4 décembre 1974, qui autorise les centres de planning familial à délivrer aux mineures de manière gratuite et anonyme des contraceptifs sur prescription médicale et ceci sans limite d'âge. La loi venant pallier les manquements de la loi NEUWIRTH qui n'était destinée qu'aux femmes majeures.

¹⁰⁶ Le délai légal a été allongé, d'abord, par l'article 1^{er} de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, puis, très récemment, par la loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.

¹⁰⁷ Initialement contenu dans le Code de la santé publique à l'article L162-15, le délit d'entrave trouve désormais sa base légale au sein du Code pénal en son article L2223-2 qui dispose que : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher de pratiquer ou de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou les actes préalables prévus par les articles L2212-3 à 2212-8 par tout moyen, y compris par voie électronique ou en ligne, notamment par la diffusion ou la transmission d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse (...)* ».

148. Parallèlement à l'intérêt porté par la psychiatrie quant à la condition homosexuelle – rappelons la première classification de KRAFFT EBING jusqu'à celle du DSM –, il est une autre matière qui lui accorde un intérêt particulier : le Droit. Si auparavant, les actes homosexuels¹⁰⁸ relevaient du bûcher¹⁰⁹, avec l'adoption en 1791 du Code pénal par l'Assemblée constituante, le sort légal des homosexuels va muter. Inspirés des écrits de BECCARIA et autres¹¹⁰, et alors même que le crime de sodomie¹¹¹ avait cours sous l'Ancien

¹⁰⁸ Les peines appliquées aux homosexuels ne concernaient que les homosexuels masculins ; le terme de sodomie signifiant un acte de pénétration, T. **PASTORELLO**, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, 112-113, 2010, pages 197 à 208.

¹⁰⁹ La peine du feu fut néanmoins rarement appliquée même si nous pouvons en dénombrer au moins cinq ; la dernière sentence de mort pour crime de sodomie étant celle appliquée en 1750 à l'encontre de Bruno LENOIR et Jean DIOT, M. **SIBALIS**, « L'homosexualité masculine à l'époque des Lumières et des révolutions, 1680-1850 » in R. ALDRICH (dir.), *Une histoire de l'homosexualité*, Paris, Ed. Le Seuil, 2006, 383 pages, page 113.

¹¹⁰ « Cet autre délit que nos lois punissent si sévèrement, et dont le seul soupçon a livré à la torture tant d'innocentes et trop faibles victimes, la pédérastie a moins sa source dans les besoins de l'homme isolé et libre, que dans les passions de l'homme social et esclave. Elle est moins souvent l'effet de la satiété des plaisirs, que celui de cette éducation vicieuse, qui pour rendre les hommes utiles aux autres, commence par les rendre inutiles à eux-mêmes », C. **BECCARIA**, *Des délits et des peines* (1764), Paris, Ed. Dialibon, 1821, 383 pages, page 151 ; J. **BENTHAM**, *Essai sur le pédérastie* (1785), Ed. Gai Kitsch Camp, 2003, 240 pages ; « La sodomie, lorsqu'il n'y a point de violence, ne peut être du ressort des lois criminelles. Elle ne viole le droit d'aucun homme », Note de CONDORCET in **VOLTAIRE**, *Œuvres complètes, Tome V*, « Prix de la justice et de l'humanité », article XIX, « De la sodomie », Ed. A. Houssiaux, 1853, 818 pages, page 437.

¹¹¹ Le crime de sodomie recouvrait plusieurs comportements sexuels, de la bestialité au travestissement, F. **FLEURET** et L. **PERCEAU**, *Les procès de sodomie aux XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles : Publiés d'après les documents judiciaires conservés à la Bibliothèque nationale*, Paris, Bibliothèque des curieux, 1920, 191 pages. Toutefois, l'homosexualité masculine restait l'un des comportements majeurs réprimés par cette infraction et le terme « sodomite » fut, d'ailleurs, attribué essentiellement aux homosexuels masculins vers la fin du XVIIIe siècle, T. **PASTORELLO**, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, 112-113, 2010, pages 197 à 208.

régime, le premier Code pénal va omettre¹¹² d'y faire allusion¹¹³ ; permettant, à juste titre, de penser que l'homosexualité n'était plus une orientation sexuelle contraire aux mœurs et à la loi. L'omission du crime de sodomie va être confirmée dans les législations qui suivront. Le Code pénal napoléonien de 1810¹¹⁴ va, à son tour, abandonner l'infraction de crime de sodomie, laissant penser, une nouvelle fois, que les relations homosexuelles ne sont passibles d'aucune poursuite voire d'aucune condamnation.

149. Toutefois, les législations en faveur de l'abolition du crime de sodomie ne vont pas améliorer la condition des homosexuels. Ainsi, en parallèle, une seconde répression¹¹⁵, qui avait déjà cours tout au long du XVIII^e siècle, va perdurer et même se renforcer : celle des forces de police. Ayant le souhait de prévenir le désordre social et la protection de la jeunesse et de la famille, les forces de l'ordre vont recourir à d'autres infractions pour poursuivre les homosexuels pour leurs actes. « Attentat à la pudeur¹¹⁶ », « excitation de mineurs à la débauche¹¹⁷ » ou encore, « outrage public à la pudeur¹¹⁸ » vont devenir les

¹¹² Si d'aucuns évoquent une véritable dépénalisation, certains rappellent qu'il ne s'agit que d'une omission ne rendant pas explicite la légalisation des comportements homosexuels. D'ailleurs, la période qui s'en suivra démontre bien que les conduites homosexuelles ne seront pas encore acceptées. L'omission n'avait pas pour but de permettre aux homosexuels de vivre pleinement leur sexualité mais de rompre tout lien avec l'Ancien régime, J. JACKSON, « 1. L'homosexualité en France, de la Révolution à Vichy », *Arcadie. La vie homosexuelle en France, de l'après-guerre à la dépénalisation*, sous la direction de Julian JACKSON, Ed. Autrement, Coll. « Mutations/sexe en tout genre », 2009, 363 pages, pages 26 à 42. Pour comprendre l'intention de l'Assemblée constituante de 1791, nous pouvons nous en référer aux propos tenus par le rapporteur de la loi, Louis Michel LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, qui a affirmé que le Code pénal n'a mis hors la loi que les « vrais crimes » et non pas les « délits factices, créés par la superstition, la féodalité, la fiscalité et le despotisme », R. REVENIN, *Homosexualité et prostitution masculine à Paris : 1870-1918*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2005, 225 pages.

¹¹³ Pour plus d'informations, voir T. PASTORELLO, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, 112-113, 2010, pages 197 à 208.

¹¹⁴ G. HOUBRE, *Une histoire des sexualités*, sous la direction de S. STEINBERG avec la collaboration de C. BARD, S. BOEHRINGER, G. HOUBRE et al., Paris, Ed. PUF, 2018, 517 pages, page 322.

¹¹⁵ M. REY, « Police et sodomie à Paris au XVIII^e siècle : du pêché au désordre », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, Tome 29, n° 1, Janvier-mars 1982, Paris et les parisiens, XVI^e-XIX^e siècles, pages 113 à 124.

¹¹⁶ Article 331, Code pénal de 1810. Au-delà des comportements homosexuels et bien que le terme de pudeur soit désormais banni du Code pénal, la mise en place de règlements au sein des établissements scolaires invoquant l'obligation pour les élèves de porter une tenue correcte relance le débat sur la référence juridique à la pudeur et la préservation et le respect de celle-ci, A. BEILIN, « #lundi14septembre vs « tenue correcte exigée » », *L'En-droit – DGEMC*, 18 septembre 2020, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article445>

¹¹⁷ Article 334, Code pénal de 1810.

¹¹⁸ Article 330, Code pénal de 1810.

nouvelles armes législatives pour empêcher les comportements homosexuels. Désormais, afin de permettre la perpétuation de la condamnation de l'homosexualité, les homosexuels ne vont plus être présentés comme des pêcheurs, dépourvus de toute morale, mais comme des agitateurs qui poussent la jeunesse à la dépravation et au désordre social. Comment les forces de l'ordre procédaient-elles pour contrevenir à l'abolition du crime de sodomie ? Au XVIII^e siècle, Paris regorgeait de subcultures¹¹⁹ sodomites. Afin d'instaurer un ordre social, la police contrôlait et limitait sur le plan de la visibilité leurs rassemblements, considérant ceux-ci comme des actes de prosélytisme pouvant pervertir la jeunesse parisienne. En utilisant d'autres infractions du Code pénal, les forces de police pouvaient poursuivre les homosexuels et ainsi, éviter une possible propagation de leurs revendications, de leurs orientations sexuelles¹²⁰, et plus précisément du vice-sodomite. L'ordre moral a laissé place à l'ordre social, reléguant les homosexuels du statut d'immoraux à celui d'antisociaux.

150. Au-delà de la répression policière qui perdurera durant le XIX^e siècle, les homosexuels vont devenir, au même moment, l'objet principal des études psychiatriques¹²¹ ; ceci leur conférant un double statut : celui d'être à la fois des êtres antisociaux et des dégénérés mentaux.

151. Le début du XX^e siècle ne sera pas, non plus, une période des plus prospères pour les homosexuels. Si une certaine avancée législative avait eu cours durant le XVIII^e siècle, les homosexuels vont à nouveau devenir l'objet d'une répression légale. Au-delà du fait de subir, encore et toujours, la répression policière¹²² et d'être considérés comme des malades mentaux relevant d'un enfermement psychiatrique¹²³, les homosexuels vont être confrontés à une nouvelle forme de pénalisation basée sur la notion de discrimination.

¹¹⁹ Londres ainsi qu'Amsterdam étaient aussi des villes où les subcultures sodomites étaient présentes, M. SIBALIS, « L'homosexualité masculine à l'époque des Lumières et des révolutions, 1680-1850 », in R. ALDRICH (dir.), *Une histoire de l'homosexualité*, Paris, Ed. Le Seuil, 2006, 383 pages, page 106.

¹²⁰ T. PASTORELLO, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, 112-113, 2010, pages 197 à 208.

¹²¹ Pour plus d'informations, voir le chapitre intitulé « La sexualité sous le joug de la médecine ».

¹²² L. ZIMMER, *Un septennat policier. Dessous et secrets de la police républicaine*, Paris, Ed. Fayard, 1967, 240 pages, pages 112 à 118.

¹²³ P. POGNANT, « Les interdits hors la loi : la répression institutionnelle et médicale de la sexualité (1850-1930) », *Droit et cultures*, volume 57, 2009, pages 129 à 142.

Sous le Régime de Vichy, le 6 août 1942, une nouvelle loi¹²⁴ va être adoptée¹²⁵, remplaçant une nouvelle fois l'homosexuel au rang de pervers, incitant la jeunesse à la dépravation. L'alinéa 1^{er} de l'article 334 du Code pénal va être modifié et rédigé comme tel : « *Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 2 000 francs à 6 000 francs quiconque aura soit pour satisfaire les passions d'autrui, excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans, soit pour satisfaire ses propres passions, commis un ou plusieurs actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de vingt et un ans* ». De nouveau, la jeunesse va être la pierre angulaire de la lutte contre les comportements homosexuels et la notion d'acte contre nature, exposée notamment dans la doctrine religieuse, réhabilitée. La libération et la volonté de se détacher pleinement des idées du Régime de Vichy aurait pu laisser penser que l'article 334 allait connaître une abrogation. Ce ne fut pas le cas. Argumentant, une fois de plus, de la possible corruption des mineurs par les comportements homosexuels, le gouvernement provisoire de Charles DE GAULLE va confirmer la législation de Vichy¹²⁶ par une ordonnance¹²⁷ du 8 février 1945, transférant au passage l'infraction de l'article 334 relatif au proxénétisme à l'article 331 relevant de l'attentat à la pudeur. La modification législative, en intégrant ces actes à l'article relatif à la pudeur, semble faire un bond dans le temps en ramenant les comportements homosexuels à des actes impudiques et plus précisément, à des actes affectant la morale et la pudeur d'autrui. Par ailleurs, requérir une nouvelle fois à la notion de pudeur permettait aux forces de l'ordre de traquer les comportements homosexuels qu'elles jugeaient comme indécents en public¹²⁸. Si en 1791, l'Assemblée constituante avait fait le choix de ne pas incriminer les crimes de sodomie et de ce fait, légalement, les

¹²⁴ Loi n° 744 du 6 août 1942.

¹²⁵ M. **SIBALIS**, « Homophobia, France Vichy and the « Crime of Homosexuality »: The Origins of the Ordinance of 6 August 1942 », *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, Duke University Press, volume 8, n° 3, 2002, pages 301 à 308.

¹²⁶ M. **SIBALIS**, « Homophobia, France Vichy and the « Crime of Homosexuality »: The Origins of the Ordinance of 6 August 1942 », *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, Duke University Press, volume 8, n° 3, 2002, pages 301 à 308.

¹²⁷ Ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945 complète l'article 331 du Code pénal par un alinéa 3 concernant la corruption des mineurs de moins de 21 ans punie d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans d'une amende de 200 à 50.000 francs.

¹²⁸ M. **SIBALIS**, « L'arrivée de la libération gay en France. Le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) », *Genre, sexualité et société*, volume 3, printemps 2010.

comportements homosexuels, le Parlement de juillet 1960, non sans rétablir une quelconque infraction pour ces comportements, va consolider l'idée que la menace de la société provient de l'homosexualité¹²⁹, élevant celle-ci au rang de fléau social et doublant les peines applicables dans le cadre de l'article 330 du Code pénal¹³⁰.

152. Le Droit ne va pas être la seule matière qui va faire des homosexuels des personnes hors normes. Alors que la psychiatrie étudiait leur cas depuis déjà un siècle, et qu'ils étaient déjà classés comme malades mentaux par le DSM depuis 1952, l'Organisation Mondiale de la Santé va, en 1968, confirmer le caractère déviant de cette orientation¹³¹, étendant dès lors la classification de l'homosexualité comme maladie mentale au niveau international.

153. **Mouvements de révolte en faveur d'une dépathologisation et d'une reconnaissance législative** – Durant le XX^e siècle, les homosexuels vont rester longtemps des sujets de droit à part, ne partageant pas les mêmes droits que les hétérosexuels. La discrimination subie par les homosexuels ainsi que leur statut de dégénérés mentaux vont les conduire à se révolter. Dans le courant des années 1970, les homosexuels vont commencer à s'organiser. Manifestations et revendications politiques vont émerger. Dès 1971, le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) va voir le jour. Multipliant les actions telles que l'arrêt de l'émission de radio RTL consacrée à « L'homosexualité, ce douloureux problème¹³² », les homosexuels vont également se soulever dans la rue. En opposition avec la loi de 1942, ceux-ci scandent : « *les mineurs ont envie de se faire*

¹²⁹ Amendement MIRGUET, 18 juillet 1960. L'amendement élève l'homosexualité au rang de fléau social à l'instar de l'alcoolisme ou de la tuberculose permettant au gouvernement de légiférer par décret pour l'éradiquer. J. GAUTHIER et R. SCHLAGDENHAUFFEN, « Les sexualités « contre-nature » face à la justice pénale. Une analyse des condamnations pour « homosexualité » en France (1945-1982) », *Déviance et Société*, volume 43, n° 3, 2019, pages 421 à 459 ; J. BERARD, « Chapitre 4. Les mouvements homosexuels et la subversion des lois du genre » in *La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983)* sous la direction de J. BERARD, Presses de Sciences Po, 2013, 203 pages, pages 123 à 141 ; <https://archives.assemblee-nationale.fr/1/cri/1959-1960-ordinaire2/060.pdf>

¹³⁰ Au-delà de l'attribution du caractère de fléau social, l'ordonnance du 25 novembre 1960 (Ordonnance n° 60-1245 du 25 novembre 1960 relative à la lutte contre le proxénétisme) va venir doubler les peines minimales encourues pour outrage public à la pudeur lorsque les actes sont commis par des homosexuels (article 330, alinéa 2, CP).

¹³¹ C. BARD, *Une histoire des sexualités*, sous la direction de S. STEINBERG avec la collaboration de C. BARD, S. BOEHRINGER, G. HOUBRE et al., Paris, Ed. PUF, 2018, 517 pages, page 412.

¹³² M. SIBALIS, « L'arrivée de la libération gay en France. Le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) », *Genre, sexualité et société*, volume 3, printemps 2010.

baiser »¹³³ démontrant parfaitement leur volonté de rétablir un juste équilibre législatif entre homosexuels et hétérosexuels.

154. Force est de constater que la lutte menée par les mouvements homosexuels va porter ses fruits. Si, durant des siècles, les homosexuels ont été victimes de répression, la tendance va venir s'inverser. Dès 1981¹³⁴, et avec l'accès à la présidence de François MITTERAND, le statut juridique des homosexuels va radicalement changer. En désaccord avec les mesures discriminatoires qui leur étaient appliquées, le gouvernement de MITTERAND va prendre les mesures nécessaires pour remédier à de telles injustices. Alors que la répression policière fut longtemps une menace pour les homosexuels, le 11 juin 1981, le groupe de contrôle des homosexuels de la Préfecture de Paris fut dissout et dès le lendemain, une circulaire dite DEFFERRE¹³⁵, du nom du ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation en exercice, visant à limiter le fichage des homosexuels, fut diffusée. Par la suite, d'autres mesures vont être adoptées. Ainsi, le 22 juin 1981, le Parlement a approuvé l'adoption de la loi QUILLIOT qui, en matière de logement, vient substituer à l'obligation de jouir des locaux « en bon père de famille » celle d'en jouir paisiblement. Toujours dans l'esprit de se détacher de la morale, le 13 juillet 1983, une nouvelle loi¹³⁶ vient abroger l'article 40 du Code de la Fonction publique qui déclarait que les fonctionnaires devaient être de « bonne moralité ». En supprimant la mention de « bon père de famille » et celle de « bonne moralité », la loi s'exonère de toute référence à la notion de morale, replaçant le Droit dans sa juste position à savoir établir des règles pour tous dans le respect de l'égalité sans se fonder sur une quelconque forme de moralité. La référence à la moralité ne sera pas la seule chose que le Droit va abandonner. La discrimination subie par les homosexuels dans le champ de leurs relations sexuelles instaurée sous le Régime de Vichy va également prendre fin. À la suite d'une proposition

¹³³ J. BERARD et N. SALLEE, « Les âges du consentement. Militantisme gai et sexualité des mineurs en France et au Québec (1970-1980) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 42, 1^{er} décembre 2015, pages 99 à 124.

¹³⁴ En 1980, un vent de changement juridique commençait déjà à souffler. À la suite d'une proposition du gouvernement BARRE, la loi du 23 décembre 1980 (Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs) est venue supprimer l'aggravation de la peine applicable à l'alinéa 2 de l'article 330 du Code pénal.

¹³⁵ Circulaire DEFFERRE du 12 juin 1981, note n° 0011.

¹³⁶ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dite loi LE PORS.

de loi¹³⁷ de Robert BADINTER, alors Garde des Sceaux, la loi votée sous le Régime de Vichy va être abrogée¹³⁸ ; la majorité sexuelle s'appliquant désormais sans distinction d'orientation sexuelle soit à l'âge de 15 ans.

155. Les modifications conséquentes du statut des homosexuels ne vont pas uniquement s'effectuer dans le domaine juridique. Reléguée au rang de maladie mentale, d'une part par les psychiatres puis, d'autre part, de manière plus diffuse par l'OMS, l'homosexualité va voir sa condition réhabilitée. Si une avancée avait été déjà amorcée aux États-Unis, les mouvements homosexuels, à la suite d'une pression constante, ayant permis la suppression de l'homosexualité¹³⁹ comme maladie mentale au sein du DSM, il a fallu attendre, en France, 1981, pour que le ministre de la Santé Edmond HERVE annonce que la France rejetait désormais le classement par l'OMS de l'homosexualité comme maladie mentale ; et même si malgré cette position, l'OMS a gardé dans sa classification l'homosexualité jusqu'en 1992. En dépathologisant l'homosexualité, celle-ci devient une forme de sexualité comme les autres ; à ceci près qu'elle nécessite, par son caractère que certains qualifient encore de « hors norme », une plus grande protection de la part des autorités étatiques.

156. La plus grande reconnaissance accordée par le Droit et la réhabilitation de l'homosexualité dans le domaine psychiatrique n'ont, malgré tout, pas pu empêcher les atteintes – physiques, morales, publiques, non publiques – à l'encontre de ceux qui se revendiquent comme tels, celles-ci restant relativement omniprésentes. Afin de pallier de tels comportements, le Droit s'est érigé en protecteur. Outre pléthore de dispositions qui condamnent les discriminations envers les homosexuels¹⁴⁰, il a été aussi intégré dans le

¹³⁷ Loi n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal.

¹³⁸ M. D. **TAPET**, « Les atteintes à l'intégrité physique et psychique ainsi qu'à la dignité de la personne » in J. PINI, L. LEVENEUR et al., *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages, pages 122 à 123.

¹³⁹ En 1973, l'homosexualité a été retirée de la liste des maladies mentales érigée par le DSM à la suite de trois années de pression exercées par les associations homosexuelles, S. **TOUSSEUL**, « Petite histoire conceptuelle de l'homosexualité », *Psychologie clinique et projective*, volume 22, n° 1, 2016, pages 47 à 68.

¹⁴⁰ Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social ; Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations ; Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ; Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ; Circulaire du 4 avril 2019 relative à la lutte contre les discriminations, les propos et les comportements haineux.

droit pénal des dispositions permettant soit de condamner un individu pour ses actes envers une personne homosexuelle¹⁴¹, soit d'aggraver les peines des infractions en raison de l'orientation sexuelle¹⁴². Dans le domaine du droit civil, des avancées majeures ont aussi eu lieu. Si auparavant, les homosexuels n'étaient même pas reconnus comme des concubins par la jurisprudence¹⁴³, dès 1999, la tendance à leur égard va s'inverser. La loi¹⁴⁴ du 15 novembre 1999 offre la possibilité aux homosexuels de contracter un Pacte Civil de Solidarité (PACS) et de pouvoir, de ce fait, bénéficier des avantages de la reconnaissance légale de leur union. Néanmoins, le PACS, même s'il représente la première consécration légale des relations homosexuelles, n'était pas suffisant, les droits et obligations affiliés au mariage offrant davantage de garanties juridiques. Pour pouvoir remédier à une telle disparité, et à la suite de maintes revendications¹⁴⁵ et débats politiques, la loi¹⁴⁶ de 2013 va reconnaître le mariage pour tous permettant désormais aux couples homosexuels de pouvoir s'unir légalement au même titre que les couples hétérosexuels. Lorsqu'il est question de mariage, il est également régulièrement question de progéniture, naturelle ou adoptive. En reconnaissant le mariage homosexuel, le législateur allait devoir très vite se pencher sur une nouvelle problématique : la parentalité au sein des couples de même sexe. Si la loi de 2013 donne le droit à l'un des parents d'adopter l'enfant de son conjoint et ouvre le droit à l'adoption conjointe, la procréation médicalement assistée (PMA) restait exclusivement réservée aux couples formés d'un homme et d'une femme et ceci pour des raisons strictement médicales. Huit années après l'adoption de la loi, l'écart entre couples hétérosexuels et homosexuels se réduit de plus en plus nettement. En effet, la loi¹⁴⁷ du 2

¹⁴¹ Loi n° 2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.

¹⁴² Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

¹⁴³ Cour de cassation, Chambre sociale, 11 juillet 1989, pourvoi n° 85-46.008 ; Cour de cassation, Troisième chambre civile, 17 décembre 1997, pourvoi n° 95-20.779.

¹⁴⁴ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹⁴⁵ Nombre de manifestations ont eu lieu à Paris pour revendiquer le mariage homosexuel. Toutefois, dans le sillage de ces manifestations en faveur de l'adoption de la loi, se trouvaient également d'autres revendications, telles que celle du collectif « La Manif pour tous » qui s'opposait totalement à l'adoption d'une telle loi, https://www.liberation.fr/france/2013/04/22/manifestations-des-pro-et-des-anti-mariage-homo-mardi-jour-du-vote-de-la-loi_898006/

¹⁴⁶ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. L'article 143 du Code civil prévoit que « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

¹⁴⁷ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Désormais, l'article L2141-2 du Code de la Santé Publique est ainsi rédigé : « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet*

août 2021 ne réserve désormais plus uniquement la PMA aux couples de sexes différents mais aussi aux femmes de même sexe.

157. Si l'hétérosexualité a longtemps été le vecteur du Droit, la diversité sexuelle a su s'imposer au fil des siècles ; ne réduisant plus les relations intimes à la seule procréation et offrant droits et protection à tous ceux qui ne se retrouvent pas dans le schéma dit « classique » de la sexualité. Société et Droit se sont progressivement adaptés à l'évolution des mœurs, mettant progressivement la notion de « normalité » en dehors du champ de la construction juridique et sociale. Néanmoins, se conformer à une certaine norme fut longtemps la seule manière pour certains de ne pas se retrouver ni hors-la-loi, ni antisociaux.

CHAPITRE II – Étude de la norme sexuelle

158. La sexualité, ce tumultueux flux d'émotions et de désirs qui traverse l'existence humaine, a de tout temps été scrutée, jugée, et condamnée.

159. Tout d'abord, la norme. Une notion en perpétuelle métamorphose qui échappe à toute définition figée. Comment la définir, la cerner, alors qu'elle prend des formes si variées ? Comment peut-elle être appréciée uniformément au regard de la diversité foisonnante de la nature humaine ?

160. Ensuite, la déviance, cette ombre qui plane sur la norme. Une brèche dans l'édifice bien construit de la société, une rébellion contre l'ordre établi. Norme et déviance nécessitent une distinction subtile notamment entre les normes sociales et les normes légales, où se dessine le contour de la déviance sexuelle (Section I).

161. De la moralité à la rigueur des lois. La morale, un code intime forgé par des siècles de croyances et de traditions dans lequel s'immiscent le péché et la vertu, le normal et le pathologique.

parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation (...) ».

162. La loi, quant à elle, ne saurait rester à l'écart de ce tumulte émotionnel. Elle érige des frontières, édicte des règles, distingue le licite de l'illicite, entre liberté et condamnation (Section II).

SECTION I – Sexualité normale ou sexualité normée ?

163. ***Qu'est-ce que la norme ?*** Comment a-t-elle été construite et comment évolue-t-elle ? La norme n'est pas une constante figée, mais une entité fluide qui se métamorphose au fil du temps et des cultures. Elle oscille entre le naturel et le façonné, entre l'inné et l'acquis (§ I). Pourtant, la norme se doit d'être inévitablement associée à la déviance. Qu'il s'agisse de règles sociales ou de lois juridiques, la transgression de la norme est un acte qui questionne notre société. Que se passe-t-il lorsque les frontières de la norme sont franchies ? Quelles sont les conséquences de cette rupture ? (§ II).

§ I – Analyse de la norme

164. ***La définition de la norme*** – Étymologiquement, le terme de « norme » vient du latin *norma* qui signifie « équerre, règle ». Dans sa définition sociale, la norme se définit comme les « *règles, prescriptions, principes de conduite, de pensée, imposés par la société, la morale, qui constituent l'idéal sur lequel on doit régler son existence sous peine de sanctions plus ou moins diffuses*¹⁴⁸ ». Afin de mieux cerner la notion, il faut en décortiquer la définition. La norme c'est avant tout les règles applicables dans une société. Qu'importe l'origine de ces règles – implicites ou explicites –, celles-ci sont imposées pour offrir une certaine harmonie sociale, un certain idéal¹⁴⁹. Respecter la règle c'est se mettre en conformité avec l'idéal d'une société, c'est-à-dire les comportements à adopter et ceux qui doivent être évités. La norme est inévitablement liée à la manière dont les individus doivent se comporter. Se conformer à la norme c'est adopter un comportement en corrélation avec les principes, les valeurs d'une société, d'une morale. La norme est une optimisation de la

¹⁴⁸ <https://cnrtl.fr/definition/norme> consulté le 25 octobre 2021.

¹⁴⁹ Pour plus d'informations sur la notion même d'idéal, il faut s'en référer à la pensée de DURKHEIM, H.-P. MÜLLER, « Société, morale et individualisme. La théorie morale d'Émile Durkheim », *Trivium*, n° 13, 2013.

société ; celle-ci indiquant clairement le chemin à suivre afin d'être perçu comme un membre approuvé par la société.

165. Le terme de « norme » renvoie à une seconde définition. La norme ce n'est pas seulement la règle qui doit être respectée mais également ce qui se rapporte à la normalité. La norme ce sont tous les comportements qui sont désignés comme normaux soit en accord avec la norme. Dès lors qu'un comportement diverge de la norme établie, celui est inévitablement catalogué, désigné comme anormal, c'est-à-dire en dehors de la norme, en marge de la société. Ne pas se soumettre à la norme c'est prendre le risque de se retrouver ostraciser voire persécuter. En outre, l'affirmation selon laquelle la norme se comprend aussi au sens de normalité peut être confirmée par la matière juridique. Si le Droit utilise le terme de « norme » pour qualifier les règles qu'il établit, cette même notion de norme, pour le Droit, renvoie également à la notion de normalité. Les règles juridiques se conforment, dans la majorité des cas, aux normes sociales et le Droit prohibe les comportements désignés comme anormaux. Au-delà de la matière juridique, dans le langage courant, il est d'ailleurs fréquent, pour qualifier un comportement adopté par la majorité, de le qualifier de normal. Si la nuance paraît dérisoire entre la règle et la normalité, une telle nuance existe bien¹⁵⁰ et nous nous devions de l'aborder brièvement.

166. La notion de « normal » est associée à la notion de « bon ». Le bon c'est ce qui est acceptable, souhaitable et approuvé socialement. À l'inverse, la notion d'« anormal » renvoie à l'idée d'un comportement inadapté, inacceptable et contraire aux valeurs véhiculées par la société.

167. Au-delà du fait que l'anormal renvoie à la conception d'inacceptable, cette même notion suppose le rejet de la différence. En établissant un comportement comme anormal, la société lui donne un goût d'indécence, d'inadéquation et le place inévitablement en dehors des convenances communes.

168. Malgré le rejet par la société des comportements anormaux, il faut relever une particularité : la norme est fondamentalement liée à l'exception. Il n'y a pas de norme s'il

¹⁵⁰ Pour plus d'informations sur ce point, voir L. **MARY**, « Le normal ou le mirage de l'a-norme », *Essaim*, volume 31, n° 2, 2013, pages 49 à 70.

n'y a pas d'exception. La norme ne peut exister sans l'exception comme le normal ne peut exister sans l'anormal. De même qu'il n'y a pas de bien sans mal, il n'y pas de normalité sans anormalité. Ce qui est normal est forcément ce qui s'oppose à l'anormal. Accepter l'anormalité c'est accepter la réalité de la société dans laquelle nous vivons. Il n'est aucune société parfaitement constituée dans laquelle chaque individu adopte le même comportement, considéré lui-même comme le plus acceptable d'entre tous. Le rêve utopique d'une société composée d'êtres humains parfaitement identiques et moralement parfaits n'existe pas. Il n'est aucune société qui ne connaisse pas de divergences dans les comportements sociaux de ses individus. Il n'est nulle société qui peut affirmer qu'il n'existe pas dans ses rangs des individus qui ne suivent pas le schéma imposé par la norme, que celle-ci soit de l'ordre de la morale, du social ou du juridique. Il est du propre de l'être humain d'être imparfait et cette imperfection se retrouve inévitablement dans ses comportements sociaux. Lorsque nous évoquons l'imperfection, ceci renvoie également à la normalité. Dire qu'il existe des comportements imparfaits reflète encore la volonté de démontrer qu'il existe des comportements corrects et d'autres qui ne le sont pas. Néanmoins, la perfection n'existe pas et il y aura toujours des comportements qui divergeront des principes établis par la société, par la morale ou encore par le Droit.

169. Au-delà des notions rattachées à la normalité, la norme est également un comportement, certes, qui se doit d'être respecté par tous, mais surtout un comportement, une pensée qui émane de tous. La norme est un comportement socialement partagé, fondé sur des valeurs communes. La norme n'est que le reflet des croyances de la société. Par la pensée majoritaire, la société fonde le convenable, l'acceptable et à l'inverse, ce qui doit être réprouvé ; telle est la manière dont se construit la norme sociale.

170. **La construction de la norme** – Toute société connaît sa propre norme. *Quid* de la construction de celle-ci ? Selon BECKER, éminent sociologue du XXe siècle, la norme n'est qu'un système de valeurs sujet à interprétation par les individus. À la base de la norme et de l'interprétation de celle-ci, BECKER met en lumière le rôle principal des entrepreneurs de morale. Généralement convaincus par la légitimité des principes qu'ils imposent, ces entrepreneurs de morale ne servent finalement, pour BECKER, que leurs propres intérêts. Occupant fréquemment une place dominante dans la société, ceux-ci vont vouloir que leurs

principes deviennent la règle¹⁵¹. Ainsi, la norme n'est que la vérité d'un groupe d'individus ; une vérité qui va être progressivement imposée aux autres comme une valeur sûre, légitime.

171. Si la norme n'est que la construction d'un groupe limité d'individus, comment réussit-elle à se diffuser au sein d'une société ? La diffusion de la norme tient au fait qu'elle est présentée comme le comportement le plus acceptable qui puisse être adopté et de ce fait, elle est peu à peu véhiculée de foyer en foyer pour enfin parvenir à s'imposer à la majorité. Que celle-ci émane d'une religion, d'une politique ou de groupements sociaux, elle se diffuse parce qu'elle relève de l'esprit collectif. Ce collectif l'emporte inévitablement sur l'individuel. C'est la force même de la majorité. Si la majorité considère que la norme dans telle matière est celle-ci, elle exigera que les individus s'y plient. La norme devient la norme dès que la majorité de la population la considère comme telle et l'applique. La norme c'est la raison du plus grand nombre. Il ne peut y avoir de norme si elle est supplantée par une autre idée. Pour les citoyens, la norme semble être considérée comme la meilleure manière de procéder, la meilleure façon de faire, de se comporter. Qui suit la norme sera considéré comme respectant les principes de la société. La norme ne possède pas un caractère de vérité. Ni vraie, ni fausse, elle n'est pas la réalité, seulement celle de la majorité et la normalité n'existe qu'au travers de la pensée majoritaire.

172. En résumé, la norme ne provient que d'un groupe d'individus convaincus par leurs principes qui réussissent à la diffuser au plus grand nombre en l'élevant au rang de vérité. À titre d'exemple, nous pouvons citer la doctrine de l'Église qui, durant des siècles, a réussi à imposer ses valeurs à la société en affirmant que la seule conduite acceptable était celle établie par les textes saints.

173. **Variabilité de la norme** – Si des normes sont établies depuis des siècles, elles ne revêtent pas pour autant un caractère fixe. Au gré des époques et des contrées, celles-ci peuvent s'étendre ou se restreindre. Elles ne s'analysent qu'en fonction de l'espace et du temps. Si autrefois, certains comportements étaient réprimés, ils sont aujourd'hui

¹⁵¹ H. BECKER, *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, Paris, Ed. Métailié, 2020, 308 pages, pages 171 à 172 ; A. PAVIE et A. MASSON, « Comment les normes sociales se construisent. Sociologie des « entrepreneurs de morale » », *Regards croisés sur l'économie*, volume 14, n° 1, 2014, pages 213 à 215.

autorisés. Ceci est la variabilité de la norme. La norme est norme dans le contexte dans lequel nous nous situons. Un principe va être la norme dans un pays donné alors même qu'il ne le sera pas dans un autre. De même, une valeur sera la norme en vigueur durant une époque et pourra ne plus l'être les siècles suivants. Aucune norme n'est invariable. Elle mute au gré des évolutions de la société. Ainsi, en fonction du groupe dans lequel nous nous plaçons, de la société ou de l'époque étudiées, la norme ne sera pas la même. À titre d'exemple, les règles en matière de politesse varient d'une société à l'autre, d'une époque à l'autre. Chaque société édicte ses propres règles de courtoisie et celles-ci ne sont pas uniformes. Au-delà du champ de la société, la variabilité de la norme tient également au fait que les êtres qui les édictent sont des êtres vivants. Selon Georges CANGUILHEM, philosophe français, ce qui fait varier la norme c'est avant tout le vivant. Alain BROSSAT résume sa pensée ainsi : « *le vivant, quelle qu'en soit la forme, manifeste des capacités d'accommodement, d'adaptation, d'appropriation qui établissent le motif de la variabilité et de la plasticité des normes (vitales) au cœur même des processus et des dynamiques de la vie. L'instabilité, l'irrégularité même des phénomènes vitaux supposent cette possibilité infinie de varier*¹⁵² ». L'humain est un être profondément inconstant dont la pensée varie au gré de son existence ; une variabilité qui conduit inévitablement à une modification de la norme.

174. Au-delà de la variabilité de la norme, celle-ci connaît-elle un caractère absolu ? Si la relativité de la norme a, il y a fort longtemps, fait débat¹⁵³, nous pouvons dès à présent affirmer que la norme revêt un caractère relatif. La relativité de la norme est matérialisée en fonction du point de vue de celui qui la conçoit. Même si les normes revêtent un caractère de généralité, de majorité, elles ne sont pas pour autant universellement reconnues comme telles. Si d'aucuns estiment un comportement comme acceptable, d'autres le présenteront comme inadapté. À l'évidence, il nous faut nous placer dans la situation de l'individu qui accueille la norme pour savoir si celui-ci l'admet ou la rejette ; le

¹⁵² A. BROSSAT, « Sur la variabilité des normes », *Appareil* (en ligne), Articles, mis en ligne le 26 septembre 2008, consulté le 24 janvier 2022.

¹⁵³ La relativité de la norme faisait déjà débat à l'époque de l'Antiquité notamment entre PLATON et PROTAGORAS, « *le premier soutenant qu'il existe une essence immuable du Bien, le second rétorquant que la diversité des codes moraux décourage une telle ambition universaliste et essentialiste* », J.-C. BILLIER, « Les valeurs morales : la neutralité libérale par-delà le relativisme. Approche par la philosophie morale », *Informations sociales*, volume 136, n° 8, 2006, pages 16 à 24.

rejet de celle-ci pouvant intervenir en raison de ses expériences de vie, de son éducation. La norme ne revêt pas un caractère absolu parce qu'elle connaît une limite : elle émane de la pensée humaine. En tout état de cause, elle ne peut être absolue puisque chaque être humain est unique et dispose de sa pensée propre.

175. De la même manière, si les normes sont basées sur la morale, cette notion ne s'applique pas de manière générale. Ainsi, il y a la morale commune transmise par les institutions religieuses ou par le système éducatif et il y a la morale propre à chaque individu. Certains préféreront suivre leur propre morale qu'ils estiment supérieure à la morale commune et ceci même si elle viole les principes de la morale générale.

176. Comment se matérialise le passage de la norme à la déviance ? Ce sont les fluctuations de la société qui définissent la déviance et la norme. Dans un monde parallèle, il doit exister des sociétés où la normalité est la déviance et la déviance est la normalité. Le normal n'a aucune véritable valeur puisqu'il est défini par une société précise à un moment précis du temps. Le terme de « norme » ne revêt pas un caractère objectif. Il ne peut être défini de manière générale parce que tout n'est pas normal selon dans quel contexte nous nous plaçons. Comment appliquer une norme alors même que nous ne pouvons définir précisément, de manière générale et fondamentale, sans contradiction, ce qu'est la norme ? La norme provient-elle de la nature même des hommes ? Est-ce que la norme est établie parce que, dans leur nature profonde, les humains pensent, agissent comme cela, soit une nature humaine qui est présente chez la majorité des êtres humains ? Est-ce que c'est normal parce que c'est naturel ?

177. **Norme et nature** – Depuis des siècles, et précisément dans le domaine de l'intime, il est une pensée qui veut que la norme soit en lien profond avec la nature. Que devons-nous entendre précisément par le terme de « nature » ? La nature c'est ce qui est naturel et de ce fait, ce qui s'impose naturellement. Parce le lien entre norme et nature a fait l'objet de nombreuses thèses, il n'est pas question ici de tenter d'apporter une réponse précise à un tel questionnement mais uniquement d'entreprendre de cerner le lien que peuvent entretenir nature et norme.

178. Afin d'obtenir un début de réponse quant aux relations entretenues entre ces deux notions, il est inévitable de se pencher vers la religion chrétienne. Considérée comme l'une

des sources majeures du « bon » comportement sexuel, celle-ci a mis en lumière le rôle primordial de la nature dans les relations humaines. Tout acte qui contrevient à la procréation, nature même de l'être humain, est un acte dit « contre nature ». Les préceptes de l'Église sont fermes : il n'est aucun comportement sexuel acceptable s'il n'est entrepris pour permettre la reproduction. Le lien entre norme et nature est profondément limpide. La norme sexuelle est la procréation et la procréation est la norme parce qu'elle est naturelle ; permettant la prolifération de l'espèce, et plus généralement, de la vie. Dans ce contexte, il n'est qu'une règle qui se doit d'être respectée : la règle naturelle. En établissant que la nature même de l'homme est vouée à la procréation, la Sainte Église érige au rang de valeur le respect de la nature humaine comme signe de normalité faisant de tout acte contrevenant à la procréation un acte anormal. D'ailleurs, la sexualité n'est pas le seul domaine régit par la nature. Suicide et avortement sont également proscrits par l'Église au regard de l'atteinte qu'ils portent à la vie. La règle naturelle est la vie et chaque comportement qui viole cette règle doit être sanctionné.

179. Si la nature a été présentée, ci-devant, comme ce qui relève d'un certain ordre naturel, la notion même de nature peut revêtir un autre aspect. La nature peut également faire référence à la nature humaine soit l'« *ensemble des caractères qui définissent l'homme, considérés comme innés, comme indépendants à la fois des déterminations biologiques et des déterminations sociales, historiques, culturelles*¹⁵⁴ ». En se basant sur cette définition de la nature, nous pouvons établir le constat suivant : si la nature humaine était la norme, chaque homme agirait au gré de ses envies. La religion se fonde sur la nature pour imposer ses règles, toutefois, si les êtres humains se basaient uniquement sur leur nature pour savoir ce qui est acceptable ou non, ils ne suivraient pas les préceptes de l'Église. Lorsque l'Église évoque la nature à l'appui de ses convictions ce n'est pas la nature humaine mais ce qui relève de l'ordre naturel. A partir de ce constat, nous nous rendons compte que la norme ne provient pas de la nature même des hommes mais bien des normes établis par certains. La norme n'est pas une construction naturelle mais une construction de l'homme, non dans sa nature, mais dans sa pensée. Si pour l'Église la nature est le fondement même de la norme, il est en revanche clair de considérer que ce

¹⁵⁴ <https://www.cnrtl.fr/definition/nature>

n'est pas la nature humaine qui pousse les individus à se conduire comme tel mais bien des règles édictées par des hommes.

180. Aujourd'hui encore, et malgré le recul de la religion dans les mentalités, d'aucuns considèrent que l'homosexualité, de même que le transsexualisme sont des actes contre nature, qui transgressent l'ordre naturel. La prolifération de l'espèce intervenant par le biais d'un acte procréateur reste l'une des justifications majeures du rejet de certains comportements et orientations sexuels. Ainsi, tout comportement contrevenant à la procréation est considéré, pour certains, comme contre nature, et de ce fait, inacceptable.

181. Au-delà de l'ordre naturel et de la nature humaine, la notion de « nature » peut être mise en corrélation avec la notion de « sexe ». Lors de la naissance d'un être humain, la nature lui attribue un sexe, généralement, féminin ou masculin. Toutefois, il est des cas où les individus ne naissent pas avec un sexe spécifique, les plaçant dans la catégorie des intersexuels. Face à cette situation incertaine, certains considèrent ceci comme contraire à la nature ; un enfant, à la naissance, ne pouvant être doté que d'un sexe masculin, ou d'un sexe féminin. Et pourtant, même si ces naissances peuvent revêtir un caractère non naturel elles proviennent bien de la nature elle-même. Aucune manipulation n'est intervenue pour « créer » des intersexuels si ce n'est la nature elle-même. Comment peuvent-ils parler de situation contre nature lorsque seule la nature est à l'origine de cette situation ? Face à ces états de fait, il n'est qu'une idée qui doit être retenue : la binarité des sexes n'est pas la règle qu'impose la nature mais seulement la règle exigée par les êtres humains. Ainsi, user de la nature pour légitimer une norme acceptable c'est mettre un voile sur la réalité qui veut que la nature soit bien plus diverse et variée que ce que la norme le prétend et qu'elle ne peut se réduire à la binarité des sexes, ni à l'hétérosexualité des relations sexuelles.

182. Des siècles durant, la notion de « nature » s'est imposée comme règle morale, éthique impulsant progressivement une justification aux principes établis par le Droit. Si les conceptions de la sexualité et de la nature ne relevèrent très longtemps que d'une construction sociale voire religieuse, elles se sont peu à peu imposées à la matière juridique, la norme sociale étant intimement liée à la norme juridique.

§ II – La norme et la déviance

183. **Norme sociale et norme juridique** – S’il est inévitable de s’intéresser aux liens profonds entre norme sociale et norme juridique, il n’est pas question ici de remettre en cause les principes établis par les écoles de pensée et les théoriciens du droit quant à la construction normative mais simplement de dresser le constat qu’il existe une relation étroite entre norme sociale et norme juridique.

184. Le bon fonctionnement d’une société passe par l’établissement de règles. En l’absence de règles, la société peut être en proie à une certaine anarchie. Qu’importe l’origine des règles établies, que celles-ci soient implicites ou explicites, elles sont nécessaires afin d’assurer une harmonie sociale. Lorsque nous évoquons les règles implicites, nous faisons inévitablement référence aux règles sociales qui trouvent leur source majoritairement dans la morale, les traditions. Ces règles n’ont aucun caractère obligatoire mais sont établies pour imposer aux êtres humains un certain ordre de conduite. À l’inverse, les règles explicites sont celles qui sont officiellement reconnues et inscrites dans les textes de loi. Elles assurent une conformité juridique imposable à tous.

185. Si les règles sociales divergent des normes juridiques, notamment quant à leur caractère obligatoire, ces normes semblent malgré cela intimement liées. Les normes juridiques sont-elles le reflet des normes sociales ? La législation dans le domaine de la sexualité est-elle en corrélation avec les normes sociales établies dans cette même matière ? Si nous remontons le temps jusqu’à l’Antiquité, nous pouvons affirmer que dans le domaine de l’intime les législations anciennes se sont basées sur les normes socialement établies pour définir les comportements acceptables. Ainsi, la *Lex Scantinia* prévoyait l’interdiction de certains comportements sexuels et ceci en raison du fait qu’ils étaient perçus défavorablement par la société romaine. De même, la *Lex Iulia*¹⁵⁵, datant d’environ 737 avant Jésus Christ, établissait des règles à respecter afin de favoriser l’engagement matrimonial et la prolifération de la lignée romaine. La loi romaine n’a eu pour vocation que d’entériner des us et coutumes et d’ériger un certain système de valeurs au rang de loi. La judiciarisation des normes sociales se perpétua au sein des législations qui se

¹⁵⁵ H. ANHUM, « *La captiva adultera. Problèmes concernant l’*accusatio adulterii* en droit romain* », *RIDA*, 32, 1985, pages 153 à 205.

succédèrent. Ainsi, au Moyen-Âge, et sous l'influence de la religion chrétienne et des mœurs de celle-ci, le Droit va s'emparer de toutes les normes sexuelles, les élevant soit au rang de bonne conduite légale, soit au rang d'actes contre nature nécessitant réprobation et sanction. Dès lors, pléthore d'édits impériaux vont être promulgués¹⁵⁶ ; traduisant la volonté des autorités d'ériger les règles sociales en règles juridiques applicables à tous. Si les mœurs ont évolué avec les siècles, le Droit s'est toujours attaché à suivre le mouvement de celles-ci. Ainsi, dès lors qu'un comportement qui, autrefois, pouvait être réprimé commençait à être accepté, le Droit s'en emparait et faisait de celui-ci un comportement légalement admis. De même, tout comportement inacceptable faisait l'objet d'une interdiction légale. Durant des siècles, le Droit ne légiféra essentiellement qu'en se fondant sur les préceptes de l'Église, religion d'État.

186. Avec le recul de la religion chrétienne et la séparation des Églises et de l'État en 1905, le Droit s'est peu à peu détaché de la doctrine religieuse pour élever des comportements au rang de droits ou d'interdictions. Désormais, le Droit ne se fonde plus sur les préceptes religieux pour édicter des comportements mais sur des droits fondamentaux que sont l'autonomie de la personne, le droit à la vie privée, la libre disposition de son corps. Toutefois, si désormais le Droit fonde sa législation sur des principes détachés de la religion, cela n'entache en rien le fait que les législations édictées dans le domaine de l'intime se basent sur des réalités sociales. Le Droit ne tire ses principes que des normes sociales. Il ne dispose pas d'un caractère véritablement visionnaire mais se borne à régler les comportements en fonction de la perception de ceux-ci par la société. Ainsi, la prostitution n'est pas légalement admise, bien que tolérée, parce qu'il s'agit d'un comportement qui n'est pas accepté par la société. Si les principes juridiques ne sont plus tirés des préceptes religieux, ils restent malgré tout assujettis aux principes sociaux.

¹⁵⁶ Code Théodosien, 9.7.3 ; Édit de Justinien réprimant les crimes contre nature et les blasphèmes en Dieu, Nouvelle de Justinien, LXXVII, Chapitre 1, 538 après J.C., M. **BERENGER**, *Les Novelles de l'Empereur Justinien*, in-8, V, Metz, 1807, pages 129 à 135 ; **Charles QUINT**, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline : contenant les loix qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire ; et à l'usage des conseils de guerre des troupes suisses*, édité par A. MAESTRICHT chez Jean-Edme DUFOUR et Phil. ROUX, imprimeurs-libraires associés, 1779, volume in-4, XXIV-340 pages.

187. Afin de préciser cette pensée, nous pouvons mettre en avant la doctrine de certains auteurs qui démontrent que les normes juridiques sont le reflet des normes sociales. Nombre d'éminents sociologues se sont intéressés au lien entre norme sociale et norme juridique. Ainsi, dans la pensée de DURKHEIM, parce qu'il y a sanction face à un comportement, il y a inévitablement une règle à l'origine de cette sanction. Pour l'auteur, il n'y a pas de véritable différence entre norme sociale et norme juridique si ce n'est que les sanctions applicables par la force publique ont un caractère contraignant alors que les sanctions émises par l'opinion publique varient et ne sont pas automatiques. Dans le même courant de pensée, WEBER assimile également norme sociale et norme juridique mais considère cette dernière comme plus rationnelle du fait que la sanction qui en découle est connue à l'avance. La rationalité de la norme juridique tient au fait qu'à un comportement déterminé sera appliqué une sanction déterminée. Par leur analyse des normes, DURKHEIM et WEBER cristallisent la relation entre norme juridique et norme sociale, faisant de celles-ci des notions quasi jumelles qui ne se différencient véritablement que par la sanction appliquée.

188. À l'inverse, dans un courant de pensée complètement opposé, KELSEN estime que le Droit trouve en lui-même son propre fondement. Dans son œuvre datant de 1934, approfondie en 1960, *Théorie pure du droit*¹⁵⁷, KELSEN met en avant l'idée d'une science juridique qui serait libre de toute idéologie, que celle-ci soit politique, ou en lien avec les sciences de la nature. La volonté de KELSEN était d'atteindre, en Droit, un idéal d'objectivité et d'exactitude. Dans sa réflexion, KELSEN déclare que le Droit ne doit être assujéti à aucune idéologie politique, voire extérieure, ni ne doit faire référence à des valeurs supérieures au droit positif. Le droit positif devient une réalité déterminée dans son contexte historique et social ; et même si le Droit est un phénomène social, il se détache des actes sociaux eux-mêmes¹⁵⁸. Dans l'idéologie de KELSEN, le Droit se détache de toute doctrine extérieure pour ne se fonder que sur ses propres principes.

¹⁵⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Ed. LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 1999, 376 pages.

¹⁵⁸ A. ROSS, « Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit », *Revus*, n° 24, 2014, pages 9 à 33.

189. En tout état de cause, et ceci sans volonté de remettre en cause les idéologies de l'école positiviste, nous pouvons semble-t-il établir un constat : dans le domaine de la sexualité, les normes juridiques ne sont que la transcription des normes sociales. Le Droit ne dispose pas véritablement d'un caractère visionnaire. D'une réalité sociale se crée une réalité juridique. Le Droit puise ses fondements, ses principes dans les normes établies par la société. Lorsque la réalité sociale évolue, le Droit évolue avec elle et ceci même s'il est des situations dans lesquelles le Droit a outrepassé la vision sociale. Ainsi, en France, l'abolition de la peine de mort ainsi que l'adoption de la loi IVG démontrent assurément que le Droit peut être en avance sur les convictions sociales ; ces mesures ayant été prises alors même que la majorité de la société les désapprouvait.

190. Durant des siècles, le Droit va peu à peu s'ériger en garant des bonnes conduites sexuelles, modifiant sa législation au gré des convenances sociales, jusqu'à devenir la référence dans le domaine de l'intime, établissant la norme sexuelle et les déviances attachées à celle-ci.

191. **La transgression de la norme : la déviance** – « *Les groupes sociaux créent la déviance en instituant des normes dont la transgression constitue la déviance, en appliquant ces normes à certains individus et en les étiquetant comme des déviants*¹⁵⁹ ». Dès l'instant où les normes ne sont pas appliquées par les individus, nous assimilons leurs comportements à des comportements déviants. De manière générale, la déviance désigne les comportements non conformes aux normes établies, normes qui peuvent être établies par la morale, la société ou le Droit. Comme le démontre parfaitement BECKER dans son ouvrage *Outsiders*¹⁶⁰, le déviant est l'étranger. Il devient un étranger pour les individus qui se rattachent à la norme, étranger de la norme établie et des principes et valeurs communes. Il ne peut être rattaché au lien social existant entre les individus puisque étranger, par sa transgression, à la norme sociale. La déviance est une construction sociale. Elle n'a de sens qu'au regard d'une norme établie. Elle n'existe que parce que la norme existe.

¹⁵⁹ H. BECKER, *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, Paris, Ed. Métailié, 2020, 308 pages, pages 32 à 33.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

192. Au-delà de la considération de la déviance comme forme d'anormalité, celle-ci peut également être considérée comme un défaut d'obéissance. Le déviant se détache de la norme et de l'obligation de s'y conformer. En refusant de s'y soumettre, le déviant désobéit à la règle commune et aux principes qui en découlent.

193. La transgression peut être punie soit par une réprobation sociale (honte, persécution, ostracisme), soit par une punition judiciaire (amende, prison). La volonté de ne pas transgresser peut aussi s'expliquer par la volonté de ne pas être considéré comme en marge de la société et de ne pas potentiellement être soumis à la désapprobation générale.

194. La transgression vient de l'autodétermination des individus qui n'ont pas le souhait de se conformer aux exigences de la société. Ils font le libre choix de ne pas considérer que la norme est pour eux, la meilleure façon de se comporter. Les individus choisissent de servir leurs propres intérêts, leurs propres envies, avant les valeurs communes.

195. Si la norme connaît un caractère variable, la déviance, profondément attachée à la notion de « norme », connaît également ce même caractère¹⁶¹. En effet, les comportements désignés comme déviants ont pu, fut un temps, ne pas être considérés comme tels. L'homosexualité était perçue comme une perversion abominable et comme une pratique méritant de sévères châtiments. Si désormais, en droit positif français, celle-ci est devenue une orientation sexuelle des plus acceptables, il est des systèmes juridiques qui la sanctionnent encore, allant même jusqu'à condamner les homosexuels à la peine de mort¹⁶².

196. Pour qu'un comportement soit reconnu comme déviant, il faut qu'existe un processus de stigmatisation de la transgression¹⁶³. Le groupe de référence réproouve le

¹⁶¹ L. **MUCCHIELLI**, « La déviance : normes, transgression et stigmatisation », *Sciences Humaines*, 1999, n° 99, pages 20 à 25.

¹⁶² L'Iran, le Pakistan, l'Afghanistan ou encore douze États du Nord du Nigéria condamnent, encore aujourd'hui, les relations homosexuelles masculines à la peine de mort, <https://www.ecpm.org/wp-content/uploads/cartelgbtecpm-1.png>

¹⁶³ L. **MUCCHIELLI**, « La déviance : normes, transgression et stigmatisation », *Sciences Humaines*, 1999, n° 99, pages 20 à 25.

comportement déviant en marquant sa désapprobation par rapport à l'acte commis ou au comportement adopté, un processus pouvant conduire le groupe à exclure l'individu.

SECTION II – De la sexualité morale à la sexualité légale

197. Durant des siècles, la sexualité ne semblait pouvoir se dissocier de la morale. Véritable source de péché, la morale religieuse s'imposa comme la référence en matière de bonne conduite sexuelle ; une morale religieuse qui s'accompagna progressivement d'une nouvelle forme de catégorisation de la sexualité : le pathologique (§ I).

198. Outre la religion et la psychiatrie, le Droit va accorder un intérêt particulier à la sexualité en imposant un cadre légal à l'activité sexuelle, désormais non plus fondé sur les préceptes moraux, mais sur la distinction entre licite et illicite (§ II).

§ I – La norme morale

199. **La notion de morale** – Science du moral et de l'immoral, de l'acceptable et de l'inacceptable. La morale est au cœur des civilisations. De la période antique à l'époque contemporaine, la morale affecte toutes les couches de la société, de la plus modeste des classes à la plus aisée, la morale s'immisce en chaque personne, en chaque foyer, en chaque communauté. La morale régit la conscience des peuples, et leur impose préceptes et principes à respecter. Qu'importe la morale qu'il décide de respecter, chaque individu conduit son existence en fonction de principes établis. Toutefois, si le concept de morale est connu de tous, la notion même recouvre un caractère relatif.

200. Comment une notion si commune peut-elle être dénuée de caractère absolu ? Lorsqu'une notion revêt un caractère absolu cela signifie qu'elle est sans nuances, n'admettant aucune restriction, aucune exception. Dans tous ses états, la notion sera la même qu'importe celui qui l'invoque, ou celui qui l'applique. Ceci n'est pas le cas de la notion de « morale ». Si d'aucuns considèrent qu'une morale générale prédomine, il est évident que chaque individu connaît sa propre morale. Que celle-ci soit fondée sur des principes communs, ou sur ses propres convictions, chaque individu aura son propre sens de la morale, sa propre image de la moralité. Identiquement à la notion de « norme », la morale ne peut connaître qu'une seule application. La morale se construit au sein de la

société, au sein même d'un environnement familial, pour s'implanter dans chaque individu, au risque que celle-ci puisse se voir bafouée. La relativité de la notion de « morale » explique qu'elle ne peut s'implanter de manière identique pour chaque personne qui la reçoit.

201. S'il est certain que la morale est une notion relative, il est aussi sûr qu'évoquer la morale sans évoquer la religion n'est pas chose possible. Intrinsèquement liées, l'une ne va pas sans l'autre. D'ailleurs, comme l'écrivait très justement CHATEAUBRIAND, « *ce n'est pas la religion qui découle de la morale, c'est la morale qui naît de la religion*¹⁶⁴ ». La morale n'est que le fruit de la religion. Elle en est l'essence même. S'imposant durant des siècles, la morale religieuse est au fondement de pléthore de comportements sociaux de la majorité des individus d'autrefois et d'aujourd'hui encore et elle fut, maintes fois, l'objet d'interrogations, de contestations. En exigeant des individus de respecter une morale fondée sur la procréation, la religion chrétienne a conditionné les relations sexuelles des individus faisant de la sexualité une activité empreinte de morale ne laissant aucune place au libre arbitre.

202. ***La morale, le péché et la sexualité*** – « *La religion est l'opium du peuple*¹⁶⁵ ». Quiconque s'est intéressé, un tant soit peu, aux écrits de MARX n'a pu omettre l'une de ses citations les plus éminentes. Par une telle désignation de la religion, MARX avait pour ambition d'inciter les fidèles à se détacher de telles pensées, de telles croyances qui ne sont qu'illusion et de les inviter à user uniquement de leur esprit pour s'élever, leur démontrant que la religion n'est qu'un idéal qu'ils ne peuvent véritablement atteindre. Si dans ses écrits, MARX faisait référence au matérialisme, sa pensée est parfaitement transposable au domaine de l'intime. La religion impose un idéal, son idéal, basé sur la génération, le renouvellement de celle-ci et l'exclusion de toute autre forme de relations intimes. L'idéal de la religion se diffuse par sa morale ; une morale puritaine qui se limite à la seule procréation et qui assure, à tous ceux qui s'y plieront, la grâce de Dieu. Dans le

¹⁶⁴ F.-A. CHATEAUBRIAND, *Génie du christianisme ou Beautés de la religion chrétienne*, Paris, Ed. Migneret, Tome I, 1802, 396 pages.

¹⁶⁵ Même si cette formule est celle qui a été conservée, elle n'est pas celle utilisée par Karl MARX dans ses écrits. En voici les termes précis : « (...) *La religion est le soupir de la créature accablée par le malheur, l'âme d'un monde sans cœur, de même qu'elle est l'esprit d'une époque sans esprit. C'est l'opium du peuple* », K. MARX, *Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel* (1843), Ed. Sociales, 2018, 250 pages.

prolongement de la pensée de MARX, la morale est l'instrument offert aux fidèles pour jouir convenablement de l'opium et par le respect de celle-ci, les fidèles aspirent à atteindre l'idéal voulu par l'Église. En instaurant un tel idéal de chasteté et de pureté, le désir de l'Église était de promouvoir un modèle de vie. Si auparavant, les civilisations anciennes connaissaient des comportements sexuels interdits, la prohibition de ceux-ci n'étaient pas véritablement liée à une quelconque moralité mais nettement plus à la notion d'« honneur », la moralisation de la sexualité n'ayant reçu son incontestable impulsion que du Christianisme.

203. Imposant sa propre vision limitée de la sexualité en ne la réduisant qu'au mariage, la religion chrétienne s'est efforcée de culpabiliser tous ceux qui ne suivraient pas les principes. « *Hanté par l'idée du salut, tourmenté par la crainte de la damnation éternelle, le parfait chrétien porte ses regards vers l'au-delà, vers son Créateur, source de tout vrai bien et de toute lumière ; il refuse le séduisant mirage des biens terrestres, il repousse avec horreur les tentations du Prince des Ténèbres*¹⁶⁶ ». La morale religieuse est incontestablement à l'origine d'une crainte latente. La peur de ne pas accéder au paradis et de finir dans les méandres de l'Enfer. La religion, par l'instauration de cette morale, veut tenir les hommes dans un certain ordre, leur laissant penser que ceux qui ne s'y plieront pas seront voués à errer dans les abîmes ou périront par le feu éternel. La morale n'est qu'une forme de code qui régit l'existence humaine.

204. Ainsi, par sa colossale expansion et l'instauration de sa propre morale, la religion a profondément transformé la vision de la sexualité, n'imposant désormais plus qu'une conduite acceptable : des relations intimes menant à une saine¹⁶⁷ procréation. Les hommes ne pouvaient plus laisser libre cours à leurs envies, à leurs pulsions. Au-delà de la notion de bien et de mal, la religion a élevé la notion de « morale » au rang de dogme, le droit canon faisant office de *soft law*, en classifiant les comportements sexuels voués à la procréation

¹⁶⁶ T. **TARCZYLO**, *Sexe et liberté au siècle des Lumières*, Ed. Presses de la Renaissance, Coll. « Histoire des Hommes », 1983, 312 pages, page 29.

¹⁶⁷ Au-delà de limiter la sexualité des hommes à la simple procréation, celle-ci doit être saine c'est-à-dire totalement dépourvue de toute relation incestueuse pour engendrer une génération impure, Lévitique, 18 : 6-16.

comme moraux et tous ceux entrepris pour satisfaire des plaisirs non procréateurs comme immoraux.

205. Il n'est plus ici question de se comporter en bonne ou mauvaise personne – au sens premier des termes – mais d'avoir un comportement qui se plie à la morale. Il ne convient pas, en premier lieu, de réprimer les comportements sexuels pouvant causer des torts à autrui mais essentiellement de mettre à mal tout comportement sexuel contraire à la procréation. Il est aisé de comprendre qu'un acte sexuel puisse être prohibé en raison de son caractère néfaste lorsqu'il est commis sur ses semblables. Néanmoins, telle n'est pas la volonté première de la religion : ce n'est pas uniquement le mal que peut engendrer le comportement sexuel envers les autres individus qui va être réprimé mais la violation pure et simple d'une certaine morale imposée qui refuse la pollution de soi. La morale religieuse dans le domaine de l'intime n'a pas pour vocation de prévenir les éventuels désordres sexuels causés entre individus mais d'empêcher les fidèles de souiller leur corps et leur âme, souillure les éloignant inévitablement de Dieu. Même si l'Église reconnaît que les relations sexuelles sont nécessaires, elle rejette la dimension biologique de la chose. La sexualité n'existe que dans sa dimension sociale et spirituelle. S'adonner à des actes qui peuvent être qualifiés soit de bestiaux, de contre nature, d'actes de sodomie ou d'actes impurs¹⁶⁸ éloignent fatalement les fidèles du Seigneur, ceux-ci se devant de rattacher leur vie sexuelle à leur vie spirituelle.

206. Dès lors qu'une norme est imposée, et ceci quelle qu'en soit son origine, tout comportement ne respectant pas celle-ci est qualifié de déviant. La religion utilisant la notion de « morale » pour règlementer les comportements sexuels, tout acte contraire à

¹⁶⁸ « Il y a une espèce déterminée de luxure là où se rencontre une raison spéciale de difformité rendant l'acte sexuel indécent. (...) d'une autre façon, parce que, en outre, cela contredit en lui-même l'ordre naturel de l'acte sexuel qui convient à l'espèce humaine ; c'est là ce qu'on appelle « vice contre nature ». Il peut se produire de plusieurs manières. D'une première manière, lorsqu'en l'absence de toute union charnelle, pour se procurer le plaisir vénérien, on provoque la pollution : ce qui appartient au péché d'impureté que certains appellent masturbation. - D'une autre manière, lorsque l'on accomplit l'union charnelle avec un être qui n'est pas de l'espèce humaine : ce qui s'appelle bestialité. - D'une troisième manière, lorsqu'on a des rapports sexuels avec une personne qui n'est pas du sexe complémentaire, par exemple homme avec homme ou femme avec femme : ce qui se nomme vice de Sodome. - D'une quatrième manière, lorsqu'on n'observe pas le mode naturel de l'accouplement, soit en n'utilisant pas l'organe voulu soit en employant des pratiques monstrueuses et bestiales pour s'accoupler », **SAINT THOMAS D'AQUIN**, *Somme théologique*, 1271-1272, « La morale détaillée », Il a II ae, Question 154, article 11, 1170 pages.

ses préceptes est inévitablement qualifié d'immoral, une immoralité conduisant à une sanction morale : le péché de luxure¹⁶⁹. Qu'il soit véniel ou mortel¹⁷⁰ – la frontière qualificative entre les deux ne tenant principalement qu'à la volonté, à la pleine conscience de l'acte¹⁷¹ –, le péché de luxure est la peine applicable à toute transgression des normes sexuelles et le seul moyen d'y échapper est de respecter scrupuleusement les préceptes émis par la religion. En cas de transgression, les laïcs seront susceptibles, sans une rédemption¹⁷² volontaire, de subir les flammes de l'Enfer lorsqu'ils trépasseront¹⁷³ et s'adonner aux péchés ne peut conduire qu'à abréger la vie de celui qui s'y soumet. « *Le luxurieux ne se détourne pas seulement de Dieu, il détruit l'ouvrage du Créateur : « il pêche contre son corps et sa santé, abrégeant ses jours, et ainsi il est homicide de soi-même*¹⁷⁴ »¹⁷⁵. Et si d'aventure les laïcs sont tentés de s'engager dans la voie de la pollution de soi, il n'existe qu'un seul remède pouvant les soigner : le mariage¹⁷⁶. Un mariage fondé sur trois principes : *proles, fides* et *sacramentum* soit la reproduction et l'éducation des enfants, la fidélité et la sacralité¹⁷⁷. Respecter la morale religieuse c'est

¹⁶⁹ Le péché se caractérise comme « *une parole, un acte ou un désir contraires à la loi éternelle* », **SAINT THOMAS D'AQUIN**, *Somme théologique*, 1269-1270, « La morale générale », I a II ae, Question 71, article 6, 860 pages. Plus précisément, « *le péché est une faute contre la raison, la vérité, la conscience droite ; il est un manquement à l'amour véritable, envers Dieu et envers le prochain, à cause d'un attachement pervers à certains biens. Il blesse la nature de l'homme et porte atteinte à la solidarité humaine* », *Catéchisme de l'Église catholique*, Ed. Desclée-Mame, Coll. « Textes du Magistère », 1997, 844 pages, paragraphe 1849.

¹⁷⁰ « *En 1827, Mgr BOUVIER, évêque de Mans de 1833 à 1855, précise la frontière essentielle entre le péché véniel et le péché mortel. Les plus graves sont les péchés mortels : l'éjaculation hors du vagin, la sodomie, la fellation, la masturbation* », T. **LEGUAY**, *La fabuleuse histoire de la fellation*, Ed. La Musardine, Coll. « Lectures amoureuses », 2014, 256 pages ; Abbé J.-B. **VITTRANT**, « La chasteté chrétienne » in J.-B. BOUVIER et J.-B. VITTRANT, *Sexe catholique. Le permis et le défendu*, Ed. JesusMarie, 2014, 257 pages, page 35.

¹⁷¹ *Veritatis Splendor*, Lettre encyclique du souverain pontife Jean-Paul II à tous les évêques de l'Église catholique sur quelques questions fondamentales de l'enseignement moral de l'Église, 6 août 1993, III, 70.

¹⁷² *Catéchisme du Concile de Trente* (en ligne), Chapitre Trente quatrième – Du sixième commandement, Paragraphe IV – Autres remèdes contre l'impureté, page 333, disponible à l'adresse : https://laportelatine.org/catechisme/catechisme_concile_trente/catechisme_concile_trente.pdf

¹⁷³ « *Mais pour les lâches et les incrédules et les abominables et les meurtriers et les fornicateurs et les enchanteurs et les idolâtres et tous les menteurs, leur part est dans l'étang ardent de feu et de soufre ; ce qui est la seconde mort* », Livre de l'Apocalypse, 21 : 8 ; « *C'est à cause de la luxure que le plus grand nombre des âmes tombent en enfer* », Saint Alphonse **DE LIGUORI**, *Théologie morale*, Livre III, n° 413.

¹⁷⁴ J. **BENEDICTI**, *Somme des péchés et le remède d'iceux*, Ed. Guillaume de La Nouë, 1601, env. 1000 pages, page 124.

¹⁷⁵ T. **TARCZYLO**, *Sexe et liberté au siècle des Lumières*, Ed. Presses de la Renaissance, Coll. « Histoire des Hommes », 1983, 312 pages, page 106.

¹⁷⁶ **SAINT AUGUSTIN**, *De bono conjugali*, Ed. Blanche de Peuterey, Coll. « Pères de l'Église », 2015, 57 pages.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

respecter la volonté de Dieu en ne souillant pas son corps et son âme afin que ceux-ci soient purs pour le Créateur.

207. Le moral et l'immoral ont pris, durant plusieurs ères, racine au cœur des civilisations. Si les convictions religieuses ont conservé leur emprise sur les hommes, la norme en matière de sexualité s'est parallèlement fondée, peu à peu, sur une nouvelle forme de catégorisation : le normal et le pathologique.

208. ***L'être normal, l'être pathologique*** – Alors que la religion évoquait le moral et l'immoral, la psychiatrie, elle, envisage les choses sous un autre angle : la pathologisation. Semble-t-elle détachée de la morale, la pathologisation tire sa substance des études psychiatriques désormais basée sur la notion même de « savoir ».

209. Le face à face entre normal et pathologique tire-t-il toute sa substance du seul savoir ? Est-il juste de dire que dès lors que la psychiatrie s'est emparée de la sexualité, celle-ci avait balayé toute considération morale ?

210. Alors que la médecine générale s'est longtemps inspirée de la morale chrétienne pour définir les comportements sexuels acceptables, notamment en faisant la promotion de la natalité¹⁷⁸, la psychiatrie semblait plutôt se détacher de la morale chrétienne en ne s'intéressant uniquement qu'au savoir considérant, de ce fait, les comportements sexuels déviants non pas comme immoraux mais bien comme pathologiques. Ainsi, depuis WESTPHAL, éminent professeur de psychiatrie, les psychiatres considèrent que « *faire abstraction de sa personnalité morale, esthétique ou religieuse, envisager les faits de cette nature comme des phénomènes quelconques, naturels, tel est le véritable esprit scientifique. Renonçons donc à juger pour pouvoir être attentifs*¹⁷⁹ », effaçant l'idée de toute considération morale dans les travaux psychiatriques.

211. Toujours est-il qu'une affirmation se doit d'être faite : tout ce qui était considéré comme non pathologique pour les psychiatres était tout ce qui relevait de la sexualité dite

¹⁷⁸ Dr. J. **MONGES**, « La famille devant le devoir de la fécondité », Rapport présenté au Congrès national de la Natalité de Marseille, septembre 1923, page 11 ; M. **SEVEGRAND**, *Les enfants du bon Dieu. Les catholiques français et la procréation au XXe siècle*, Paris, Ed. Albin Michel, 1995, 475 pages, page 119.

¹⁷⁹ M. **PREARO**, *Le moment politique de l'homosexualité*, Presses Universitaires de Lyon, Coll. « Sexualités », 2014, 336 pages.

« classique ». Masturbation et sexe oral, par exemple, étaient des comportements pathologiques qui relevaient de déficiences mentales. En considérant ces comportements sexuels, réputés de nos jours comme parfaitement sains, comme pathologiques, la psychiatrie semblait établir inévitablement un lien entre science et morale. Ainsi, sur quels fondements la psychiatrie s'appuyait-elle pour considérer le sexe oral comme un désordre mental ? Selon les psychiatres, il s'agissait d'une perversion de l'instinct sexuel, un instinct qui normalement ne devait produire que des activités sexuelles aboutissant à la procréation¹⁸⁰. De même, la masturbation, pour KRAFFT EBING, était un facteur de désordre mental et sexuel¹⁸¹. Ce dernier illustrant ses propos en démontrant que lorsqu'un individu s'adonnait à cette pratique et qu'arrivait l'âge de la procréation, il n'avait plus d'intérêt pour l'autre sexe et ainsi pour une possible reproduction¹⁸². Cette analyse illustre parfaitement la place accordée à la procréation dans la recherche psychiatrique et de ce fait, renforce la conviction que la psychiatrie était, malgré tout, inévitablement liée à la morale. Alors même qu'ils se voulaient totalement exempts de toute morale, les psychiatres se fondaient sur le caractère non procréatif pour définir la pathologie de certains comportements sexuels, conduisant indubitablement à réunir morale et science.

212. Au-delà du lien que peuvent entretenir morale et psychiatrie, il est une observation qui nous vient directement à l'esprit lorsque nous nous penchons sur ce versant de l'histoire de la sexualité qui est que, dès le départ, nous remarquons que la notion de « normal¹⁸³ » a été intégrée à ce courant de pensée. Alors qu'il est aisé de comprendre l'usage de l'antonymie entre moral et immoral pour décrire des comportements contraires,

¹⁸⁰ P. **BLACHERE**, « Les paraphilies » in LOPES et POUDAT, *Manuel de sexologie*, Ed. Elsevier-Masson, 2013, 368 pages, pages 195 à 202.

¹⁸¹ P. **POGNANT**, « Les interdits hors la loi : la répression institutionnelle et médicale de la sexualité (1850-1930) », *Droit et cultures*, volume 57, 2009, pages 129 à 142.

¹⁸² R. **VON KRAFFT-EBING**, *Psychopathia Sexualis. Avec recherches spéciales sur l'inversion sexuelle*, Traduit de la 8^e édition allemande par E. LAURENT et S. CSAPO, Paris, Ed. Georges Carré, 1895, 609 pages, page 248.

¹⁸³ E. **LITRE** et CH. **ROBIN**, *Dictionnaire de médecine, de chirurgie, de pharmacie, de l'art vétérinaire et des sciences qui s'y rapportent*, Paris, Ed. J.-B. Baillière et Fils, 1873, 1840 pages. Dans ses écrits, FREUD évoque les termes : « objet normal », « satisfaction normale », « développement normal » ou « orientation normale », S. **FREUD**, *Trois essais sur la théorie sexuelle*, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2018, 156 pages. De même, LACAN s'est intéressé à la notion de « normalité » au cours de ses recherches, J. **LACAN**, *Le séminaire, Livre V, Les formations de l'inconscient (1957-1958)*, Paris, Seuil, 1998, 528 pages ; F. **DUYCKAERTS**, *La Notion de normal en psychologie clinique. Introduction à une critique des fondements théoriques de la psychothérapie*, Paris, Ed. Librairie philosophique J. VRIN, Coll. « Problèmes et controverses », 1954, 204 pages.

l'opposition entre normal et pathologique semble moins évidente. Pourquoi utiliser le terme de « normal » pour l'opposer à celui de « pathologique » ? N'est-il pas plus opportun de qualifier les comportements sexuels relevant de cette catégorie comme des comportements non pathologiques voire comme des comportements sains ?

213. Selon Roland JACCARD, auteur de l'ouvrage, *L'Exil intérieur*, « longtemps, les psychiatres ont tenu la normalité pour synonyme d'adaptation ; être normal, c'était être bien adapté à son entourage, à la société dans laquelle on vit, ses mœurs, ses techniques, son idéologie dominante. Un des plus célèbres psychiatres américains, Karl MENNINGER, définissait la normalité en ces termes : « La normalité est l'adaptation des êtres humains au monde et à autrui avec le maximum d'efficacité et de bonheur. Pas rien que le rendement, ou rien qu'un certain contentement, ou la grâce de se conformer de bon cœur à la règle du jeu. Mais tout cela à la fois. C'est l'aptitude à garder une humeur égale, une intelligence alerte, un comportement apportant une certaine considération sociale et une dispositions de caractère heureuse. Voilà, je pense, ce qu'est un esprit sain¹⁸⁴ » ».

214. Un être normal se conforme à la règle, aux mœurs. Il est un être socialement intégré qui respecte les principes établis par la société. Il devient anormal dès lors qu'il se détache des valeurs communes pour suivre sa propre volonté, ses propres envies. Il ne suit plus sa raison mais son instinct, quand bien même celui-ci diffère des principes sociaux. *Quid* de l'instinct ? Dans son cours sur les anormaux dispensé au Collège de France, FOUCAULT précise la notion d'instinct : « c'est la notion de « penchant » ou d'« instinct » sexuel ; l'instinct sexuel qui est voué, par sa fragilité même, à échapper à la norme hétérosexuelle et exogamique (...). À cet enclenchement, la psychiatrie doit la problématique de l'impulsion irrésistible et l'apparition de la sphère des mécanismes instinctifs comme domaine d'objets privilégié¹⁸⁵ ». L'instinct devient désormais la seule explication scientifique aux comportements déviants et toute personne qui suit son instinct au détriment des valeurs de la société est qualifié d'anormal, d'être pathologique.

¹⁸⁴ R. JACCARD, *L'Exil intérieur. Schizoïde et civilisation*, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2010, 132 pages, page 105.

¹⁸⁵ M. FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Le Seuil, 1974/1999, 356 pages.

215. Comprendre que la psychiatrie s'est fondée sur les principes de la société pour définir l'être pathologique, c'est aussi comprendre qu'elle use de l'adjectif « normal » pour qualifier tous ceux qui diffèrent de ce schéma social. L'attribution de ce terme aux personnes dépourvues de caractère pathologique ne s'explique que par le lien entre comportements sociaux et règles sociales en vigueur. La norme psychiatrique n'est que le reflet de la norme sociale, celle-ci ne tirant inévitablement son fondement que des préceptes religieux consacrés des siècles plus tôt.

216. Toutefois, il est des auteurs qui ont présenté le souhait de se détacher de ce courant de pensée. Ainsi, dans son ouvrage intitulé *Le Normal et le pathologique*, CANGUILHEM explique que, comme pour la norme, la pathologie est une notion relative. Il n'existe pas, pour lui, de pathologie objective. En outre, la pathologie n'est pas le contraire de la norme, mais le contraire de la santé¹⁸⁶. Alors que nous pourrions tirer la conclusion que CANGUILHEM, en employant le terme de « normal » dans le titre de son ouvrage, se rallie à la thèse des psychiatres qui oppose normal et pathologique, il n'en est rien, ce titre étant infidèle à la pensée de CANGUILHEM, celui-ci ne liant pas la pathologie à la norme sociale mais à la santé.

217. Si d'aucuns ont tenté de briser le lien entre norme sociale et santé mentale, celui-ci est resté durant longtemps profondément ancré dans la pensée médicale : les fluctuations constantes dans la classification des maladies mentales en sont l'exemple parfait, la psychiatrie oscillant, au gré des normes sociales, entre comportements « normaux » et comportements déviants.

218. Néanmoins, la norme sociale étant une notion variable, l'évolution des mentalités a engendré l'évolution de la pensée psychiatrique. Ainsi, certains comportements sexuels qui étaient considérés par la psychiatrie comme pathologiques sont devenus, au fil des mutations sociales, des comportements parfaitement sains ne relevant plus de la psychiatrie mais appartenant au domaine du Droit, du licite et de l'illicite.

¹⁸⁶ G. CANGUILHEM, *Le Normal et le pathologique* (1943), Paris, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2013, 12^e édition, 300 pages.

§ II – La norme légale

219. **La norme légale : réglementation de la sexualité** – Si auparavant la sexualité n'était affaire que de procréation et de préceptes religieux, les siècles passant, la réglementation dans le domaine de l'intime a trouvé sa source dans un cadre plus légal. Certes, le Droit a toujours accordé une importance manifeste aux affaires intimes mais son lien profond avec la religion l'a, durant longtemps, cantonné à légaliser la doctrine religieuse, faisant la promotion de la reproduction et interdisant toute conduite contraire à celle-ci.

220. Avec la séparation des Églises et de l'État¹⁸⁷ et la proclamation du principe de laïcité¹⁸⁸, la réglementation de celle-ci va considérablement se modifier. Si autrefois, elle était considérée comme immorale lorsqu'elle n'était pas accomplie dans un but procréateur, le Droit va offrir aux citoyens la possibilité de s'émanciper d'une sexualité restreinte à la génération.

221. Le recul de la religion, les revendications féminines et homosexuelles, l'évolution des mentalités et des mœurs ont engendré la modification de la vision de la sexualité et de ses interdits. Alors que la religion et le discours médical prônaient une certaine perception de la sexualité, désormais, c'est la loi qui fait office de référence. Seule la loi est compétente pour déclarer un comportement sexuel légal ou illégal. Il n'est plus question ici d'évoquer une quelconque morale ou un quelconque comportement pathologique, mais seulement de se fonder sur des valeurs juridiques pour déterminer les comportements acceptables en société. La norme est devenue légale et les individus ne doivent se plier qu'à la loi pour déterminer s'ils s'adonnent à un acte sexuel licite ou illicite.

222. **Quid du licite et de l'illicite ?** – « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*¹⁸⁹ ». En affirmant cela, les rédacteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen avaient pour ambition d'instaurer un système de liberté. L'article 5 énonce les limites au champ d'action de la loi. Si nous

¹⁸⁷ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

¹⁸⁸ « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* », Article 1^{er} de la Constitution de la IV^e République (1946) reprise dans l'article 1^{er} de la Constitution de la Ve République (1958).

¹⁸⁹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Article 5.

analysons cet article, nous nous apercevons que la volonté des rédacteurs était de permettre aux citoyens d'agir librement en société tant que leur comportement n'était pas interdit par la loi. Dans le domaine de la sexualité, cet article est l'un des fondements moteurs. Chaque individu peut adopter la conduite sexuelle qu'il souhaite tant que cette conduite sexuelle n'est pas prohibée par la loi. Quel que soit le comportement sexuel d'un individu il est licite tant que la loi ne l'a pas déclaré comme illicite. La licéité est-elle cependant une notion qui revêt un caractère objectif ? Dans la même mesure que la norme sociale, la norme légale connaît des fluctuations. Le Droit s'adapte au temps, aux individus, aux mœurs de ceux-ci et évolue inévitablement avec eux. La norme légale ne connaît pas de caractère objectif puisque soumise aux variations sociales. La relativité du Droit conduit inévitablement à impacter le domaine de l'intime. Si aujourd'hui, la plupart des actes sexuels sont légalement autorisés, il fut un temps où, en raison des convictions sociales, le Droit interdisait des comportements sexuels.

223. Quels sont les comportements sexuels qui peuvent être déclarer comme illicites ?
« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi¹⁹⁰ ». La limite aux comportements sexuels des individus c'est autrui. Dès lors qu'un acte sexuel porte atteinte à autrui, celui-ci devient illicite et il n'est aucun comportement sexuel interdit dès lors qu'il ne cause aucun dommage à son prochain. Qu'est ce qui justifie que le Droit puisse limiter la volonté sexuelle des individus par la simple atteinte à autrui ? Lorsqu'une liberté n'est pas limitée, le risque encouru est la possibilité de voir prévaloir la loi du plus fort. Une liberté n'est jamais absolue lorsque les actes des individus ont un impact sur la liberté des autres. En matière sexuelle, il est des comportements qui, s'ils ne sont pas approuvés par les parties à l'acte, peuvent porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne et provoquer des séquelles pour la personne qui en est la victime. Le Droit a pour vocation de limiter ces comportements abusifs en protégeant au mieux ses sujets de droit. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle le Droit ne limite la sexualité qu'en raison de l'atteinte à autrui n'est pas tout à fait exacte. Si la majeure partie des actes sexuels sont illicites en raison des dommages qu'ils causent à

¹⁹⁰ DDHC, Article 4.

autrui, il est des comportements qui, sans représenter une atteinte à la liberté d'autrui, furent, voire sont, interdits au regard de principes moraux établis.

224. Quels sont les comportements réprimés par le Droit au simple regard de la morale ? Si ceux-ci sont de plus en plus rares, certains comportements furent jugés comme contraires à la morale, contraires aux bonnes mœurs. Les bonnes mœurs, par exemple, furent longtemps une justification à l'interdiction de certains comportements sexuels. Le Droit prohibait l'outrage aux bonnes mœurs, délit au sein duquel nombre de comportements pouvaient être réprimés. En effet, le délit d'outrage aux bonnes mœurs était, il y a quelques décennies encore, le délit fourre-tout de la sexualité incluant l'« *outrage à la pudeur des femmes, les actions déshonnêtes, l'exposition ou la vente d'images obscènes, la débauche et la corruption des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe*¹⁹¹ ». Punir les comportements sexuels sur le fondement du respect des bonnes mœurs c'était imposer une certaine conduite morale aux individus et même si aucune violation de l'intégrité physique ne pouvait être relevée. D'ailleurs, les termes de la loi ne nous éclairent pas véritablement sur ce qu'elle réprime. Sont évoqués la pudeur des femmes, ou encore les actions malhonnêtes. Ces termes généraux ne permettent pas de connaître avec exactitude les comportements qui devaient être réprimés par le Droit.

225. L'outrage aux bonnes mœurs a disparu avec l'adoption en 1994 du nouveau Code pénal, une abrogation nous laissant penser que le Droit s'était détaché de toute connotation morale pour adopter des interdits légaux. Néanmoins, ce n'est pas exactement le cas. Si le Droit n'utilise plus de la notion de « bonnes mœurs » pour réprimer certains comportements, celui-ci s'est approprié une autre notion : celle de « dignité ». À l'instar de la notion de « bonnes mœurs », la notion de « dignité » permet de réprimer, elle aussi, des actes que le Droit désigne comme immoraux. Ainsi, au-delà de l'interdiction générale contenue dans l'article 16¹⁹² du Code civil, le Code pénal interdit certaines atteintes à la dignité de la personne¹⁹³, de telles interdictions démontrant encore

¹⁹¹ Article 8 du titre II du décret-loi du 19 juillet 1791 relative à l'organisation d'une police municipale.

¹⁹² Code civil, Article 16 : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

¹⁹³ Code pénal, Livre II, Titre II, Chapitre V, « Des atteintes à la dignité de la personne ».

parfaitement, dans notre système juridique actuel, et ceci malgré la volonté de s'en détacher, l'empreinte impérisable de la morale sur le Droit.

CHAPITRE III – Sexe, genre et sexualité

226. En marge des normes qui gouvernent la sphère de la sexualité, s'ouvrent naturellement les portes des réflexions sur le sexe, le genre et la sexualité, qui se conjuguent avec les préceptes juridiques.

227. Le sexe, pierre angulaire de l'identification civile, se trouve confronté à la réalité complexe qui émerge de l'intersexualité ainsi qu'à la persistance du principe de la binarité des sexes (Section I).

228. Le genre, reflet social et psychologique du sexe, a progressivement émergé au sein du droit français pour acquérir une place longtemps désertée (Section II).

229. Sexe, genre et sexualité constituent les fondements mêmes du droit de l'intime (Section III).

SECTION I – Droit et sexe

230. Le sexe, composant fondamental de notre existence, que la nature a élaboré avec une diversité étonnante, est également le sujet d'un examen minutieux par le Droit.

231. Le Droit, ce gardien des normes et des règles qui façonnent nos vies en société, n'échappe pas à la fascination du sexe en tant qu'élément d'identification des personnes. Il s'attache à cette notion, la déconstruisant et la recomposant pour en faire un outil de catégorisation, de classification (§ I).

232. Mais que se passe-t-il lorsque le droit français, avec sa longue histoire, se penche sur la question du sexe ? Entre la persistance du principe de binarité des sexes et la non-reconnaissance de l'intersexualité, il révèle sa tendance à lier le sexe à l'apparence physique. Ainsi, derrière chaque acte juridique lié au sexe se cache une question profonde sur la façon dont notre société perçoit cette composante intime de notre être (§ II).

§ I – Le sexe en Droit : objet d'identification des personnes

233. *L'appréhension du sexe par le Droit* – Selon le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, le sexe se définit comme : « *Ensemble des éléments cellulaires, organiques, hormonaux, etc., qui différencient l'homme et la femme et qui leur permettent de se reproduire*¹⁹⁴ ». De manière plus prosaïque, il s'agit du pénis pour l'homme et du vagin pour la femme, organes permettant la reproduction. Au-delà du sexe biologique, le sexe se caractérise par des éléments chromosomiques soit, dans la plupart des cas, deux chromosomes XX pour les femmes et un chromosome X et un chromosome Y pour les hommes¹⁹⁵. En résumé, le sexe biologique est principalement basé sur des caractéristiques physiques et hormonales, tandis que le sexe chromosomique se fonde sur les chromosomes sexuels présents dans les cellules d'une personne.

234. Le sexe s'est toujours présenté comme un élément déterminant et le Droit n'a pas fait exception à la matière en considérant le sexe comme une donnée juridique essentielle. En effet, le réflexe naturel du juriste est de classer la société en catégories définies et de ce fait, il était naturel d'attribuer au sexe un rôle dans le processus de classification des personnes¹⁹⁶.

235. Pourtant, si les juristes se sont employés à considérer le sexe comme un élément fondamental de catégorisation, la notion même de « sexe » ne connaît d'aucune définition juridique. En effet, le droit positif fait référence au sexe comme étant une référence naturelle liée à la science. Ainsi, selon M.-L. RASSAT, « *la loi n'a pas défini le sexe parce qu'il ne lui appartient pas de le définir. Le sexe est une notion scientifique. Aux sciences (...) de*

¹⁹⁴ <https://cnrtl.fr/definition/sexe> consulté le 2 mars 2021.

¹⁹⁵ « *Sexe défini par la nature des chromosomes sexuels, XX pour le sexe féminin et XY pour le sexe masculin. Il est déterminé, dès la fécondation, par la matrice du chromosome sexuel du spermatozoïde paternel : un spermatozoïde porteur d'un chromosome sexuel Y donne naissance à un garçon, un spermatozoïde porteur d'un chromosome X engendre une fille, puisque l'ovocyte porte, lui, toujours un chromosome X. Les gonocytes, ou cellules sexuelles primordiales, qui sont ainsi génétiquement douées d'une potentialité mâle ou femelle, orientent ultérieurement le sexe gonadique* », *Dictionnaire médical de l'Académie de médecine*, version 2023, <https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=sexe%20chromosomique>

¹⁹⁶ J.-F. RIFFARD, « De la gaudriole au sexe des anges ... Quelques mots autour du sexe en guise d'introduction » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, page 17.

*dire en quoi il consiste et au droit d'entériner leurs révélations*¹⁹⁷ ». Certes, puisque le sexe est une notion qui semble avant tout biologique, nous pouvons penser qu'il n'appartient pas au Droit de la définir. Néanmoins, il est indubitable que le Droit, au travers de la législation et de la jurisprudence, règlemente le sexe, déterminant de quelle manière il se caractérise et les règles applicables en la matière. De ce point de vue, règlementer et définir semblent des actions indissociables, faute de quoi le Droit se retrouve dans une position inconfortable, se permettant de règlementer une notion dont il n'a pas tracé les contours.

236. Les tribunaux ont déjà tenté de définir le sexe dans leurs décisions, tout en reconnaissant une absence totale de définition pour cette notion¹⁹⁸. Ainsi, le TGI de Nanterre dans un jugement en date du 21 avril 1983¹⁹⁹ déclare qu'« *en l'état actuel de la science, le sexe se définit à l'aide de plusieurs éléments : caryotype, physiologie, apparence, sexe cérébral, comportement. Il faut tenir compte de chacun de ses éléments pour attacher une personne à l'un des deux sexes* ». Le TGI ne définit pas de manière claire ce que nous devons entendre par la notion de « sexe » mais uniquement ce qui la compose et ce à quoi il faut se référer pour l'appréhender.

237. Toujours est-il que, même si le Droit ne définit pas le terme « sexe », le contenu de ce dernier apparaît dans le droit positif français comme assignation à une catégorie, d'une part, comme injonction à la non-discrimination, d'autre part et enfin, comme une fonction qui renvoie aux rôles sociaux.

238. Quelles instances doivent définir la notion de « sexe » ? R. NERSON est catégorique sur ce point : « *La législation française n'a pas précisé la définition du sexe, et c'est dans la jurisprudence relative au mariage que nous pouvons retenir la définition retenue par le droit*

¹⁹⁷ M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit » in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, 854 pages, page 655.

¹⁹⁸ « *La loi ne définit pas le sexe* », TGI Lyon, 31 janvier 1986 et TGI Paris, 16 novembre 1982 ; « *non défini par la loi* », TGI Angers, 2 février 1983 ; « *il n'existe aucune définition du sexe en Droit* », TGI Nanterre, 21 avril 1983 ; « *une telle notion est indiscutablement d'ordre médical et non juridique, le Droit qui fixe l'état des personnes ne pouvant que constater une situation de fait* », TGI Saint Etienne, 11 juillet 1979.

¹⁹⁹ TGI Nanterre, 21 avril 1983.

*positif français*²⁰⁰ », une jurisprudence²⁰¹ à laquelle il est indispensable d'ajouter les arrêts relatifs à l'état civil pour obtenir une meilleure définition de cette notion, la Cour de cassation adoptant une position constante en la matière.

239. **Le sexe : élément d'identification civile des personnes** – Selon Bruno PETIT et Sylvie ROUXEL, dans leur ouvrage général intitulé *Droit des personnes*, « *l'état se définit comme l'ensemble des caractéristiques individuelles permettant de déterminer la situation de la personne au regard des institutions juridiques*²⁰² ». De la même manière, Bruno PY caractérise l'état des personnes comme « *l'institution qui a pour fonction de faire connaître avec précision l'état des personnes c'est-à-dire l'existence et l'évolution des événements qui affectent leur condition juridique*²⁰³ ». Cet état regroupe trois catégories qui sont : l'état dans la cité, l'état dans la famille et l'état personnel. Sommairement, l'état personnel peut se déterminer comme les caractéristiques premières qui définissent une personne à savoir son nom, son prénom, sa date de naissance ainsi que son sexe. Ce sont des éléments d'identification et d'individualisation des personnes au sein d'un système juridique²⁰⁴. Ces éléments définissent également sa personnalité juridique de laquelle découle des droits, des devoirs et l'exercice de ceux-ci. Identifier les personnes par ces moyens permet de les individualiser, de rendre chaque personne unique dans une société en leur offrant une identité propre mais également de répondre à une nécessaire organisation de la société.

²⁰⁰ R. **NERSON**, « Rectification de l'acte de naissance : le changement de sexe », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, n° 5, page 74 ; D. **AFTASSI**, « Les hésitations jurisprudentielles en matière de protection des personnes intersexuées », *Droit, Santé et Société*, volume 4, n° 4, 2016, pages 11 à 14.

²⁰¹ Tribunal civil d'Alès, 28 janvier 1873 ; G. **HOUBRE**, « Alliances « monstrueuses » en pays cévenol ou l'hermaphrodisme au tribunal » in V. AZOULAY, F. GHERCHANOC et S. LALANNE, *Le banquet de Pauline SCHMITT PANTEL. Genre, mœurs et politique dans l'Antiquité grecque et romaine*, Publications de la Sorbonne, Coll. « Histoire ancienne et médiévale », 2012, 585 pages.

²⁰² B. **PETIT** et S. **ROUXEL**, « Chapitre III. L'état de la personnes » in *Droit des personnes*, Presses universitaires de Grenoble, 2016, 138 pages, pages 81 à 97.

²⁰³ B. **PY**, *Le sexe et le droit*, Paris, Ed. PUF, Coll. « Que sais-je », 1999, 127 pages, page 5.

²⁰⁴ L. **LEVENEUR**, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain » in J. PINI, L. LEVENEUR et *al.*, *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages, page 47 ; G. **DELAVALQUERIE**, « Vers une disparition du sexe juridique. Regard sur le sexe comme élément de l'état des personnes », *Actu-Juridique.fr*, 7 mars 2018, (En ligne), <https://www.actu-juridique.fr/civil/vers-une-disparition-du-sexe-juridique-regard-sur-le-sexe-comme-element-de-letat-des-personnes/>

Néanmoins, d'aucuns se sont interrogés sur le sexe en qualité d'élément de l'état des personnes et l'utilité de mentionner celui-ci sur les registres de l'état civil.

240. Le sexe est-il un élément de l'état des personnes ? Si nous nous référons aux éléments composant l'état civil, il est indubitable que le sexe est un élément de l'état des personnes puisqu'il doit être fait mention de celui-ci sur les registres de l'état civil²⁰⁵. Ainsi, hormis la mention des noms, prénoms, date de naissance, l'état civil fait bien mention du sexe de l'enfant qui vient de naître. Au-delà des prérogatives de la loi, la doctrine considère-t-elle que le sexe constitue également un élément de l'état des personnes ? Jean Paul BRANLARD, juriste et auteur d'un ouvrage intitulé *Le sexe et l'état des personnes*, met en avant la position de la doctrine qui estime que le sexe est un élément majeur et indispensable de l'état des personnes. « *Les auteurs le répètent avec insistance : « Bien qu'aucune disposition ne le dise de façon formelle, le sexe fait partie de l'état des personnes*²⁰⁶ ». Il est même « *incontestablement* »²⁰⁷ l'élément « *le plus objectif et le plus concrètement attaché à la personne* »²⁰⁸, ce qui, par voie de conséquence, soumet le sexe aux spécificités très marquées du régime juridique de l'état des personnes²⁰⁹ ». BRANLARD, dans son analyse, se rattache à cette position en affirmant que « *si, parmi les différents éléments qui composent l'état, il en est un qui exige de rester dans un état défini, c'est bien le sexe. L'organisation sociale requiert une stabilité de l'état civil qui s'accorde mal avec les aspirations individuelles des intersexuels. Toucher à l'état sexuel, c'est toucher à la personne même. Le caractère d'immutabilité est indispensable parce que, non seulement le sexe différencie physiologiquement les individus, mais encore il implique un rôle social en déterminant un mode de vie*²¹⁰ ». Selon celui-ci, le sexe est un élément indispensable à

²⁰⁵ « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, (...)* », Article 57, Code civil.

²⁰⁶ R. NERSON, « Rectification de l'acte de naissance : le changement de sexe », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, n° 5, page 77.

²⁰⁷ E. GROFFIER, « De certains aspects juridiques du transsexualisme en droit québécois » in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'association H. Capitant, Tome XXVI, 1977, page 214.

²⁰⁸ Cour de cassation, Première chambre civile, 16 décembre 1975, pourvoi n° 73-10.615, J. PENNEAU, observation sous Cassation, 16 décembre 1975, JCP 1976-II-18503.

²⁰⁹ J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 pages, page 16.

²¹⁰ *Ibidem*, page 17.

l'identification des personnes et de celui-ci découle les comportements sociaux qui doivent être adoptés.

241. L'affirmation de BRANLARD se doit d'être contredite. En effet, ce qui différencie le plus les individus ce sont en priorité les combinaisons possibles incluant leurs prénoms, noms et date de naissance ; combinaisons formant leur identité propre et pouvant varier des milliers voire des millions de façons alors que le sexe, si nous nous en tenons à la répartition binaire de celui-ci, ne connaît que deux variantes : féminin ou masculin²¹¹. Tenir le sexe pour critère notable de la différenciation des individus n'est pas satisfaisant.

242. Lorsque BRANLARD met en avant le rôle social déterminant le mode de vie en fonction du sexe de l'individu, il met en avant l'idée que chaque sexe doit se comporter de telle manière en fonction des prérogatives émises par la société. Identifier le sexe d'un individu revient, pour BRANLARD, à déterminer le comportement social qu'il se devra d'adopter tout au long de son existence. Restreindre le comportement d'un individu en fonction de son sexe est aujourd'hui une pensée étroite qui ne doit plus correspondre aux idées de la société.

243. Le sexe est-il un élément indispensable ? Devons-nous retirer la mention du sexe sur les registres de l'état civil ? Le sexe, à l'instar des noms, prénoms, date de naissance et lieu de naissance, est un élément d'identification supplémentaire qui permet, dans certains cas, d'identifier plus aisément les individus. Par exemple, dans le cadre d'une usurpation d'identité, si les quatre premiers éléments d'identification sont identiques, le sexe pourra offrir une précision complémentaire quant à l'identité de la personne. Néanmoins, les quatre premiers éléments semblent pleinement suffire à identifier un individu. Le nombre d'individus partageant les mêmes prénoms, noms, date de naissance ainsi que lieu de naissance relevant d'une situation particulièrement rare, voire inédite.

244. En revanche, même si la mention du sexe semble avoir une certaine utilité, la diversité sexuelle engendre des interrogations sur la nécessité de conserver la mention de sexe sur l'état civil. De ce fait, la doctrine s'est penchée sur la question de la nécessité de

²¹¹ D. **BORRILLO**, « *Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi* », *Jurisprudence Revue critique*, Université de Savoie, 2011, pages 263 à 285.

la mention du sexe sur les registres d'état civil²¹². De ces réflexions, deux positions ont émergé. La première idée consiste à retirer purement et simplement la mention du sexe. Cette position est celle de nombreux juristes telles que Daniel BORRILLO²¹³, François VIALLA²¹⁴, Christian BYK²¹⁵ ou encore, Rémy LIBCHABER²¹⁶ qui considèrent que l'inscription du sexe à l'état civil se doit d'être supprimée, notamment au regard de son inutilité, mais également en raison de son caractère pouvant engendrer stigmatisations, discriminations et mises à l'écart d'une partie de la population.

245. La seconde position de la doctrine penche en faveur de la création d'une troisième catégorie de sexe correspondant aux individus dont le sexe ne s'apparente ni au sexe féminin, ni au sexe masculin. Ainsi, selon le professeur Michèle Laure RASSAT, il faudrait « réserver à côté des cas non ambigus de sexe masculin ou féminin, une troisième catégorie dont le nom est à rechercher pour être aussi neutre que possible mais dans laquelle seront regroupés tous ceux dont le sexe n'est pas homogène²¹⁷ ». Cette position est partagée par Benjamin MORON-PUECH qui estime que « refuser à une personne intersexuée le droit de faire figurer sur son état civil une mention du sexe correspondant à la réalité de son être est une atteinte à son droit à la vie privée non nécessaire dans une société démocratique. En effet, cette atteinte au droit à la vie privée génère d'importantes souffrances pour la personne intersexuée, incapable d'affirmer son identité, tandis qu'il ne semble pas que cette absence de reconnaissance apporte à la société un bénéfice réel²¹⁸ ».

²¹² G. DELAVAQUERIE, « Vers une disparition du sexe juridique. Regard sur le sexe comme élément de l'état des personnes », *Actu-Juridique.fr*, 7 mars 2018, (En ligne), <https://www.actu-juridique.fr/civil/vers-une-disparition-du-sexe-juridique-regard-sur-le-sexe-comme-element-de-letat-des-personnes/>

²¹³ D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue critique*, Université de Savoie, 2011, pages 263 à 285.

²¹⁴ F. VIALLA, « La neutralité rejetée », *JCP - Ed. Générale*, 27 avril 2016, page 492 ; F. VIALLA, *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil*, Étude de l'opportunité d'une réforme, septembre 2017.

²¹⁵ C. BYK, « Quelle place pour un 3e sexe en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », in Collectif, *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, 816 pages, page 186.

²¹⁶ R. LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, page 20.

²¹⁷ M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit » in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, 854 pages, page 663.

²¹⁸ B. MORON-PUECH, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme : Note sous CA Orléans, chambres réunies, 22 mars 2016 », *Recueil Dalloz*, 2016, pages 904 et 905.

246. À la lumière de ces arguments, quelle est la position qui semble la plus satisfaisante ? Supprimer purement et simplement la mention de sexe sur l'état civil pourrait être une solution acceptable en ce qu'elle permettrait de ne plus distinguer les individus en fonction de leur sexe, ce qui réduirait possiblement les discriminations et les stigmatisations. Néanmoins, la nature veut que les hommes et les femmes soient physiquement différenciables. Ainsi, même si l'état civil ne fait plus mention du sexe de la personne, l'apparence physique de celle-ci, au regard des éléments morphologiques attribués soit au sexe féminin, soit au sexe masculin, pourra toujours, inévitablement, la classer dans l'une ou l'autre de ces catégories, ne limitant finalement pas, de manière efficace, les discriminations. De plus, retirer la mention de sexe reviendrait également à mettre un voile sur une partie de la population qui ne se considère ni homme, ni femme. En outre, si certains individus n'accordent guère d'importance à la spécificité de leur sexe, d'autres souhaitent, qu'ils soient homme, femme ou intersexuel, être considérés pleinement comme tels. Rayer le sexe sur l'état civil a, pour cette partie de la doctrine, pour but de réduire voire de supprimer les discriminations mais cela revient surtout à nier la nature qui veut que les humains ne possèdent pas tous le même sexe et que c'est également un moyen de les différencier, de les identifier. Par cette solution, les juristes estiment pouvoir régler le problème de la binarité des sexes en mettant un voile sur ceux-ci. Ôter le sexe des individus sur les documents administratifs ne permet pas de le faire disparaître dans le monde réel. La différence des sexes existe ; il est ainsi préférable de valoriser l'identité sexuelle, plutôt que de la cacher en espérant éviter des discriminations.

247. À l'inverse, créer une nouvelle catégorie de sexe permettrait, tout d'abord, à chaque individu de sexe féminin et masculin de garder son identité sexuelle et, ensuite, en donnant la possibilité à ceux qui ne rentrent pas dans l'une de ces deux catégories, d'être reconnus légalement. Une telle solution accorderait à cette catégorie la possibilité d'exister non plus dans le seul cercle privé mais bien aux yeux de la loi et inévitablement aux yeux de la société. Offrir aux personnes intersexuelles une véritable identité sexuelle, c'est leur offrir la possibilité de s'épanouir pleinement dans la société dans laquelle elles vivent.

248. Malgré l'existence d'un nombre de personnes²¹⁹, minime mais non négligeable, ne présentant pas les caractéristiques propres pour appartenir à l'un ou l'autre des deux sexes, la Cour de cassation se refuse catégoriquement à reconnaître la mention d'un sexe neutre sur les registres d'état civil, renvoyant inévitablement à la binarité des sexes en droit français.

§ II – Le sexe en droit français : entre binarité et apparence physique

249. ***La non-reconnaissance de l'intersexualité ou la persistance du principe de binarité des sexes*** – « *La loi française ne permet pas de faire figurer dans les actes de l'état civil l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin* » telle est l'idée principale énoncée par la Cour de cassation en ce qui concerne les questions de sexe.

250. Dans son arrêt en date du 4 mai 2017²²⁰, la première chambre civile de la Cour de cassation a eu à connaître, pour la première fois, de la question suivante en ce qui concerne le sexe : la mention « sexe neutre » peut-elle être inscrite dans les actes de l'état civil ?

251. En l'espèce, le requérant, Monsieur Y, a demandé la rectification de son état civil sur le fondement de l'article 99²²¹ du Code civil. Alors même que dès sa naissance, la mention « sexe masculin » avait été inscrite sur son état civil, le requérant, au fil des années et notamment au vu de l'absence de développement sexuel – ne pouvant ainsi n'être désigné ni comme homme, ni comme femme –, a fait une demande de rectification afin que soit indiquée la mention de « sexe neutre » ou à défaut, « intersexe ».

252. En effet, le requérant se présente comme « *une personne intersexuée, c'est-à-dire, selon les termes de sa requête enregistrée au greffe le 6 mai 2015, « dont les organes génitaux ne correspondent pas à la norme habituelle de l'anatomie masculine ou féminine » et affirme ne se sentir ni homme, ni femme. Il explique être né et avoir grandi avec une*

²¹⁹ Selon les spécialistes, environ 1,7 % de la population naît avec des caractéristiques intersexes, <https://www.amnesty.fr/discriminations/actualites/5-fausses-idees-sur-les-personnes-intersexes>

²²⁰ Cour de cassation, Première chambre civile, 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189.

²²¹ « *La rectification de l'indication du sexe et, le cas échéant, des prénoms est ordonnée à la demande de toute personne présentant une variation du développement génital ou, si elle est mineure, à la demande de ses représentants légaux, s'il est médicalement constaté que son sexe ne correspond pas à celui figurant sur son acte de naissance* », Article 99, alinéa 2, Code civil.

ambiguïté sexuelle qui a perduré tout au long de son existence et jusqu'à aujourd'hui, bien que ses parents aient choisi de le déclarer comme garçon et qu'il ait été élevé comme tel, de telle sorte qu'il considère la mention « masculin » figurant sur son état civil comme erronée, et demande à la voir substituée par la mention « neutre » et subsidiairement par la mention « intersexe » »²²².

253. Le Tribunal de grande instance de Tours, se fondant sur l'article 57 du Code civil et la circulaire du 28 octobre 2011, avait accordé au requérant la modification de son état civil considérant que *« le sexe qui a été assigné à (...) à sa naissance apparaît comme une pure fiction, qui lui aura été imposée pendant toute son existence sans que jamais il ait pu exprimer son sentiment profond, ce qui contrevient aux dispositions de l'article 8 alinéa 1^{er} de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui prime sur toutes autres dispositions du droit interne, et qui prévoit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée ». Le Tribunal ajoute également que « par ailleurs, la demande de (...) ne se heurte à aucun obstacle juridique afférent à l'ordre public, dans la mesure où la rareté avérée de la situation dans laquelle il se trouve ne remet pas en cause la notion ancestrale de binarité des sexes, ne s'agissant aucunement dans l'esprit du juge de voir reconnaître l'existence d'un quelconque « troisième sexe », ce qui dépasserait sa compétence, mais de prendre simplement acte de l'impossibilité de rattacher en l'espèce l'intéressé à tel ou tel sexe et de constater que la mention qui figure sur son acte de naissance est simplement erronée ».*

254. Le Procureur, estimant que ce n'est pas au juge mais au législateur de trancher cette question, avait fait appel de ce jugement et la Cour d'appel d'Orléans avait infirmé la décision²²³, décision confirmée par la Cour de cassation.

255. La Cour de cassation énonce que *« Et attendu que, si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à*

²²² TGI Tours, 20 août 2015, *Dalloz Actu Étudiant*, 22 octobre 2015, *Dalloz* 2015.2295.

²²³ CA d'Orléans, 22 mars 2016, 15/03281.

*partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination*²²⁴ ». La question est désormais tranchée par la Cour de cassation : la reconnaissance d'un sexe neutre reviendrait à modifier considérablement les règles du droit français. Il est ainsi plus aisé de se limiter à la binarité des sexes, principe adopté depuis des siècles, plutôt que de reconnaître qu'une telle binarité n'existe pas au sein de notre société. La difficulté énoncée par la Cour de cassation qui se présente lorsqu'il est question de modifier notre système juridique ne devrait pas être suffisante pour refuser la reconnaissance d'un statut aux intersexuels. Établir des règles de droit est un exercice qui se veut certes complexe mais décider d'exclure une partie de la population pour ces raisons bafoue indéniablement la mission première du Droit à savoir une justice pour tous.

256. Avant même la décision de la Cour de cassation, la circulaire ministérielle du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation²²⁵, aurait pu laisser penser qu'une nouvelle approche du sexe était envisageable. En voici les termes : *« Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. (...) Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance (...). »*

257. À la lecture des termes de l'article 55 de la circulaire, nous nous apercevons rapidement que, certes une possibilité d'un sexe indéterminé existe mais que celle-ci ne peut pas être une solution permanente. Les termes de la circulaire sont clairs. Elle

²²⁴ Cour de cassation, Première chambre civile, 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189 ; G. DELAVAQUERIE, « Vers une disparition du sexe juridique. Regard sur le sexe comme élément de l'état des personnes », *Actu-Juridique.fr*, 7 mars 2018, (En ligne), <https://www.actu-juridique.fr/civil/vers-une-disparition-du-sexe-juridique-regard-sur-le-sexe-comme-element-de-letat-des-personnes/>

²²⁵ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

n'envisage pas formellement un sexe neutre mais seulement un sexe indéterminé. Le terme « indéterminé » impose nettement l'idée qu'à un moment donné, le statut du sexe devra être changé pour devenir, de manière définitive, soit le sexe masculin, soit le sexe féminin. La circulaire, même si elle énonce que parfois la détermination du sexe n'est pas chose aisée, renvoie à la conception de la binarité des sexes. En imposant cette solution, la circulaire n'apporte véritablement aucune évolution à la notion de sexe définie par le Droit et de ce fait, n'impulse pas une possible modification de la position de la Cour de cassation dans ce domaine.

258. L'idée de la circulaire, quoique légèrement modifiée, a été reprise récemment dans la loi. En effet, l'article 57 du Code civil a été modifié par la loi du 2 août 2021²²⁶. Désormais, l'article 57, au sujet de la mention du sexe sur les registres de l'état civil, énonce que « *en cas d'impossibilité médicalement constatée de déterminer le sexe de l'enfant au jour de l'établissement de l'acte, le procureur de la République peut autoriser l'officier de l'état civil à ne pas faire figurer immédiatement le sexe sur l'acte de naissance. L'inscription du sexe médicalement constaté intervient à la demande des représentants légaux de l'enfant ou du procureur de la République dans un délai qui ne peut être supérieur à trois mois à compter du jour de la déclaration de naissance. Le procureur de la République ordonne de porter la mention du sexe en marge de l'acte de naissance et, à la demande des représentants légaux, de rectifier l'un des ou les prénoms de l'enfant* ».

259. Comme pour la circulaire, point de possibilité de mention de « sexe neutre » mais bien la faculté de ne pas inscrire immédiatement le sexe de l'enfant sur les registres d'état civil. La circulaire envisageait un délai de deux ans alors que la loi fixe celui-ci à trois mois. Ainsi, les parents du nouveau-né ont un laps de temps plus court pour déterminer, à la suite d'un examen médical, le sexe de l'enfant ; à la suite de quoi, l'enfant sera considéré soit comme fille, soit comme garçon.

260. La position du législateur en ce qui concerne le sexe neutre emprunterait-elle le chemin d'une possible évolution ? Reconnaître qu'une impossibilité de déterminer le sexe à la naissance semble aller dans le sens d'une plus grande acceptation du sexe neutre.

²²⁶ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021.

Néanmoins, il ne s'agit ici que d'une reconnaissance minimale et limitée soit durant les trois mois de l'enfant venant de naître. Le sexe neutre, avec l'adoption de cette loi, ne connaît une existence que de trois mois, au-delà, il ne peut subsister.

261. Malgré la réticence du Droit à reconnaître le sexe neutre, sa conception n'est pas nouvelle. Dès la fin du XIX^e siècle, une modification du Code civil avait été déjà proposée. Dans ses travaux, Alexandre LACASSAGNE, l'un des fondateurs de la médecine légale, énonçait que « *Le Code civil, article 57, n'est pas assez prévoyant (...) L'acte de naissance énoncera (...), le sexe mais seulement quand celui-ci sera absolument certain. (...) Quand il y aura un doute sur le sexe il sera sursis jusqu'à sa puberté. Pendant cette époque, sur sa demande, ou au commencement de la vingtième année, le sujet sera soumis, après décision du Tribunal de première instance, à un examen médical qui statuera sur le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil*²²⁷ ». Cette proposition ne produisit malheureusement aucun effet. Le gouvernement français de l'époque, en la personne de son Garde des sceaux, connaissait une position constante et établie en la matière estimant que « *les erreurs de la nature, rares heureusement, ne doivent pas être approfondies lorsqu'elles se présentent et c'est aux individus qu'elles concernent ou à leurs parents à choisir le sexe qui paraît leur convenir*²²⁸ ».

262. Bien heureusement, le droit français a connu quelques avancées dans ce domaine, même si celles-ci sont encore dérisoires en comparaison de nombreux États. En effet, l'Australie²²⁹, la Malaisie, le Népal, la Thaïlande, l'Inde²³⁰ ou encore, le premier d'entre eux, l'Afrique du Sud²³¹, de manière plus ou moins différente, ont déjà franchi la barrière de la

²²⁷ A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, Paris, Ed. A. Storck, 1887, 223 pages, pages 90 à 91.

²²⁸ Circulaire du Garde des Sceaux, 10 août 1816 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit privé*, Ed. Ellipses, 2^e éd., 2018, 528 pages, page 50 ; A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, Paris, Ed. A. Storck, 1887, 223 pages, page 90.

²²⁹ *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013*, loi n° 98 de 2013 ; *High Court of Australia*, 2 avril 2014, S273/2013. La Haute Cour déclare que désormais, « *une personne peut être ni de sexe masculin ni de sexe féminin et la Haute Cour autorise donc l'enregistrement d'une personne comme étant d'un genre non spécifique* ».

²³⁰ *Supreme Court of India*, 15 avril 2014. Cette décision introduit la reconnaissance d'un troisième genre et accorde également aux personnes transgenres un accès aux mêmes droits de programmes d'aide sociale que d'autres groupes minoritaires du pays.

²³¹ *Judicial Matters Amendment Act 2005* (loi de 2005 portant modification de questions judiciaires), loi n° 22 de 2005, République d'Afrique du Sud, *Journal officiel*, n° 28391, 11 janvier 2006.

binarité des sexes en reconnaissant l'existence législative d'un « sexe neutre ». L'Allemagne, premier pays européen innovateur en la matière, a, depuis quelques années, entendu l'appel envoyé par la communauté intersexuelle. En effet, dès 2006, l'Allemagne a ordonné que les personnes « transgenres » et « intersexes » soient implicitement intégrées à la définition du terme « sexe »²³². En 2013, une nouvelle étape est franchie avec l'autorisation de la possibilité de ne pas mentionner le sexe sur l'état civil de l'enfant venant de naître afin de lui laisser la possibilité d'en décider tout au long de sa vie²³³. La dernière décision en date est majeure. À la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle allemande en date du 10 octobre 2017²³⁴, le législateur allemand, par une loi du 13 décembre 2018²³⁵, a adopté l'introduction d'un troisième sexe à l'état civil. Désormais, à côté de « masculin » ou « féminin » pourra être notée la mention « divers » pour les personnes concernées. Parallèlement, le Conseil de l'Europe s'est lui aussi déjà montré favorable à la reconnaissance des individus intersexuels²³⁶.

263. Si nous faisons le parallèle entre le droit allemand et le droit français, nous nous rendons compte que ce dernier peine à reconnaître la condition des intersexuels et que les dispositions qu'il vient d'adopter avec la loi du 2 août 2021 connaissent un décalage de huit ans par rapport au droit allemand. Ce net retard laisse croire qu'un certain laps de temps va être nécessaire avant que le droit français ne se décide à reconnaître le statut des intersexuels, à moins que la requête introduite par le requérant débouté de sa demande dans l'arrêt en date du 4 mai 2017 et la possible condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme accélère le processus et incite la Cour de cassation à revoir sa jurisprudence en la matière.

²³² *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (loi générale sur l'égalité de traitement), 14 août 2006.

²³³ *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften* (loi modifiant le statut personnel), 7 mai 2013.

²³⁴ *Bundesverfassungsgericht*, 1^{ère} Chambre, 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16.

²³⁵ *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben* (loi relative au changement des données à inscrire dans le registre des naissances), 13 décembre 2018.

²³⁶ Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, juin 2015. Le Commissaire aux droits de l'homme rédigeait ainsi : « *Les États membres devraient faciliter la reconnaissance des personnes intersexuées devant la loi en leur délivrant rapidement des actes de naissances, des documents d'état civil, des papiers d'identité, des passeports et autres documents personnels officiels (...) et offrir la possibilité de ne pas choisir un marqueur de genre spécifié, « masculin » ou « féminin »* ».

264. Néanmoins, au-delà du refus de reconnaître l'existence d'un sexe neutre, une autre condition émise par la Cour de cassation penche en faveur de la binarité des sexes : le sexe est déterminé par l'apparence.

265. **Le sexe : reflet de l'apparence physique** – L'apparence physique reflète le sexe d'un individu. Telle est la position constante de la jurisprudence lorsqu'il est question d'une pluralité de sexe. La première décision majeure en la matière est un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 avril 1903. En l'espèce, une femme dont la particularité était d'être dépourvue d'organes génitaux contracte mariage. À la suite de la découverte de cette singularité, une demande en annulation du mariage est formée. La Cour d'appel de Douai²³⁷, saisie de cette demande en nullité, l'accueille favorablement et prononce, dès lors, la nullité du mariage. La Cour d'appel estime « *que lorsque le code a prévu l'union d'un homme et d'une femme, il a entendu parler de deux êtres humains appartenant par leur organisation toute entière, l'un au sexe masculin, l'autre au sexe féminin et non de deux êtres différents quelconques ; que ce qui caractérise le sexe, d'après tous les auteurs traitant de physiologie et de biologie, ce sont les organes faisant de l'un un mâle, de l'autre une femme, et non point des apparences et une conformation extérieure qui ne sont que des accessoires les rattachant plutôt à un sexe qu'à un autre ; que la dame G n'ayant, de l'avis des médecins, ni ovaires, ni matrice, est dénuée des organes constituant le sexe féminin bien qu'elle en possède l'apanage externe ; qu'en réalité elle n'est pas une femme, mais une personnalité incomplète avec laquelle la loi n'a pu vouloir imposer l'union à un homme* ». Les expertises médicales ont toutes reconnu que, même si l'épouse n'était pas dotée d'organes génitaux internes féminins, elle en avait toute l'apparence et présentait tous les caractères externes d'une femme. Néanmoins, l'absence d'organes génitaux internes était, pour la Cour d'appel de Douai, un élément justifiant l'annulation du mariage. Force est de constater que ce qui importait pour la Cour d'appel n'était pas l'apparence externe mais bien les organes internes permettant la reproduction. La Cour, par cette décision, nous rappelle l'importance accordée à la procréation au sein du mariage. Cette

²³⁷ CA Douai, 14 mai 1901.

décision en faveur de la nullité n'est pas inédite²³⁸, même si certaines décisions ont refusé de réduire la femme à son rôle d'épouse et de procréatrice²³⁹.

266. L'épouse, mécontente de cette décision, décide de se pourvoir en cassation. La juridiction suprême rend, le 6 avril 1903²⁴⁰, un arrêt en contradiction avec la décision de la Cour d'appel de Douai. La Cour suprême subordonne la validité du mariage « *à la double condition que le sexe de chacun soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint* ». En outre, la Cour précise sa cassation en estimant que « *bien loin d'établir que le sexe de la dame G soit méconnaissable, ni qu'il soit identique à celui de son mari, l'arrêt attaqué, tout en déclarant qu'elle est dépourvue d'organes génitaux internes, constate expressément qu'elle présente toutes les apparences extérieures du sexe féminin* ». Qu'entend la Cour de cassation par « reconnaissable » ? Par cet arrêt du 6 avril 1903²⁴¹, la Cour de cassation affirme que le sexe doit être déterminé par l'aspect des voies génitales externes²⁴². Lorsqu'elle use du terme « reconnaissable », la Cour fait primer, incontestablement, l'apparence physique des époux. Ce qui ne se voit pas importe peu, ce qui compte c'est ce qui est visible. Les organes génitaux internes ne revêtent pas, pour la Cour de cassation, l'importance que lui accorde la cour d'appel. La Cour de cassation n'a que deux exigences : un sexe reconnaissable et opposé à celui de l'autre époux.

267. Même si la portée de cet arrêt est notable puisque la Cour apporte des précisions quant aux conditions nécessaires pour contracter et annuler mariage, l'intérêt de cet arrêt, au sein de notre étude, se porte majoritairement sur la vision du sexe par la Haute juridiction. La Cour de cassation semble abandonner l'idée que la procréation est la finalité du mariage. Les attributs sexuels internes ne sont plus indispensables à la validité du mariage, seule compte l'apparence physique des époux.

268. L'évolution des mentalités et des mœurs aurait pu laisser penser que la position de la Cour de cassation, au fil des décennies, allait se diriger vers une nouvelle idée de la notion

²³⁸ CA Montpellier, 8 mai 1872 ; Tribunal civil d'Alès, 28 janvier 1873.

²³⁹ Tribunal de Domfront, 23 décembre 1881, *Hubert contre Grégoire* ; CA Caen, 16 mars 1882.

²⁴⁰ Cour de cassation, Chambre civile, 6 avril 1903.

²⁴¹ G. **HOUBRE**, « Un corps sans sexe ? Un procès en nullité de mariage et un verdict confondants dans la France du XIXe siècle », *Corps & Psychisme*, 2016, volume 69, n° 1, pages 138 à 140.

²⁴² J.-P. **BRANLARD**, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 pages, page 459.

de sexe en Droit, n'accordant plus une importance si particulière à l'apparence physique telle qu'énoncée en 1906. Ce ne fut pas le cas.

269. Pour étayer ces propos, il faut se pencher sur deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 11 décembre 1992²⁴³ qui ont réaffirmé cette position. Dans ces arrêts, l'apport majeur est le revirement de jurisprudence effectué par la Cour s'agissant de la possibilité de modification du sexe sur l'état civil, et ceci à la suite d'une transformation chirurgicale²⁴⁴. Permettre aux transsexuels de se voir reconnaître le changement de sexe sur les registres d'état civil s'avère une décision considérable²⁴⁵. Cependant, la vision de la Cour concernant le sexe qui doit être annoté sur l'état civil ne diffère pas tant de la décision de 1903. En effet, elle considère que le sexe qui doit être mentionné sur l'état civil est le sexe physique, soit celui fondé sur l'apparence physique de la personne puisqu'elle considère que l'état civil doit prendre en considération l'apparence du nouveau sexe de la personne. La Haute juridiction énonce que « *attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que*

²⁴³ Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 ; J.-P. **BRANLARD**, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 pages, page 472 ; V. **CALAIS**, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, volume 4, n° 4, 2007, pages 133 à 140 ; D. **BORRILLO**, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue critique*, Université de Savoie, 2011, pages 263 à 285 ; L. **LEVENEUR**, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain » in J. PINI, L. LEVENEUR et al., *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages, pages 82 à 83.

²⁴⁴ Ce revirement de jurisprudence est intervenu après condamnation de la France par la Cour EDH dans un arrêt du 25 mars 1992, *B. contre France*, Requête n° 13343/87 ; V. **CALAIS**, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, volume 4, n° 4, 2007, pages 133 à 140 ; D. **BORRILLO**, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue critique*, Université de Savoie, 2011, pages 263 à 285.

²⁴⁵ « *Avant 1992, lors des contentieux liés aux demandes de changement de sexe juridique par des personnes transsexuelles, par des actions en rectification de l'état civil, la jurisprudence traditionnelle refusait d'admettre la mutabilité du sexe biologique de naissance après opération chirurgicale, en invoquant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes* », E. **FONDIMARE**, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014.

son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ».

270. Ainsi, en affirmant précisément que « *la personne ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe... son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* », la Haute juridiction réaffirme une nouvelle fois que l'apparence physique joue un rôle déterminant dans l'établissement du sexe sur l'état civil d'un individu. Une simple apparence d'un sexe féminin ou masculin suffit à qualifier une personne soit de femme, soit d'homme. Les transsexuels changent morphologiquement d'homme à femme, de femme à homme mais cette transformation se déroule nécessairement d'un sexe à un autre. Il n'y a pas d'entre-deux, il n'y a pas de troisième sexe. La Cour de cassation reconnaît l'apparence physique comme un élément de l'identité des personnes, faisant d'elles soit des hommes, soit des femmes. Ce qui semble fondamental pour la Cour c'est l'exigence de normalité de l'apparence c'est-à-dire, avoir une apparence d'homme ou de femme lorsque nous naissons avec l'un des deux sexes, avoir une apparence correspondant au sexe voulu et définitif après l'opération pour les personnes transsexuelles, avoir une apparence qui puisse être précisément déterminée comme masculine ou féminine pour les personnes intersexuées.

271. Cette position de la Cour de cassation aurait pu connaître un nouveau tournant à la suite de deux arrêts réduisant les conditions pour obtenir le changement de sexe sur l'état civil. Dans ses arrêts du 7 juin 2012²⁴⁶ et 13 février 2013²⁴⁷, la Cour déclare que « *pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* ». Ces arrêts mettent clairement en lumière que l'apparence reste pour la Cour de cassation un élément essentiel en matière de changement d'état civil.

²⁴⁶ Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 2012, pourvois n° 10-26947 et n° 11-22490.

²⁴⁷ Cour de cassation, Première chambre civile, 13 février 2013, pourvois n° 11-14515 et n° 12-11949.

272. Si la Cour de cassation s'est, durant des décennies, bornée à subordonner le changement de la mention de sexe sur l'état civil à l'apparence physique, cette position n'est plus d'actualité. En effet, une loi du 18 novembre 2016 est venue offrir un cadre législatif et réglementaire à la modification de la mention du sexe à l'état civil. Désormais, la modification du sexe sur l'état civil n'est plus conditionnée à une transformation physique de la personne qui en fait la demande et une telle condition ne leur est plus opposable. La position de la Cour de cassation en la matière ne peut désormais plus être celle qui considère que le sexe est le reflet de l'apparence physique, la Cour de cassation devant se conformer à la loi.

273. Ce principe de binarité des sexes résultant de la biologie a trouvé écho outre-Atlantique sous l'administration TRUMP qui avait pour ambition de définir étroitement le sexe des personnes en deux catégories et ceci de façon immuable. Dans une note de service du ministère de la Santé et des services sociaux, il était imposé aux services gouvernementaux d'adopter une définition du sexe « *sur une base biologique claire, fondée sur la science, objective et administrative* » soit définir le sexe comme masculin ou féminin et ceci en fonction des organes génitaux avec lesquels une personne est née²⁴⁸. Cette décision aurait été un recul considérable pour les droits et la reconnaissance des personnes intersexuées mais également, des personnes dont le sexe physique ne correspond pas au sexe auquel elles estiment véritablement appartenir.

SECTION II – Droit et genre

274. Si le sexe, en tant que caractéristique biologique, nous est attribué dès notre naissance, le genre est le produit subtil de notre société, une construction sociale qui dicte les rôles, les attentes et les comportements qui nous sont assignés en fonction de notre sexe ; le genre se manifeste comme un élément central de notre identité, lié à la fois à notre sexe social et à notre sexe psychologique (§ I).

275. Toutefois, lorsque le droit français s'exerce à la notion de genre, une histoire complexe se dévoile. La reconnaissance de l'identité de genre, bien que lente, s'imisce

²⁴⁸ E.L. GREEN, K. BENNER et R. PEAR, « "Transgender" could be defined out of existence under Trump », *The New York Times*, 21 octobre 2018.

peu à peu dans les rouages juridiques, trouvant notamment sa place dans le droit pénal. Cette évolution nous amène à nous interroger sur la manière dont le Droit appréhende le genre, cette construction sociale au cœur de notre compréhension de la société ; le genre, en effet, bien plus qu'une simple étiquette, est le reflet de la complexité infinie de la condition humaine (§ II).

§ I – Le genre : sexe social et sexe psychologique

276. **Origines de la notion de genre** – Cette notion, dans sa forme non grammaticale, apparaît pour la première fois²⁴⁹ en 1955 sous la plume de John MONEY, sexologue et psychologue néo-zélandais, qui utilise précisément le terme de « rôle de genre ». Celui-ci avait pour ambition d'entreprendre un travail de normalisation des hermaphrodites et intersexués. L'œuvre médicale de MONEY était d'assigner ceux-ci à l'un ou l'autre des sexes par le biais d'une intervention chirurgicale²⁵⁰. Plus précisément, il étudiait le cas des enfants nés avec les deux sexes ou intersexués et s'interrogeait sur le sexe auquel ils devaient être reliés. Pour MONEY²⁵¹, le genre pouvait être défini comme le « sexe social » c'est-à-dire le sexe socialement et culturellement construit par l'individu et cette identité de genre prévalait sur le sexe biologique de la personne. Une fois celle-ci réassignée, selon MONEY, elle s'identifiait parfaitement au sexe qui lui avait été attribué ; démontrant pleinement que le genre – le sexe social – prenait le pas sur le sexe biologique²⁵². L'identité sexuelle

²⁴⁹ Même si la majeure partie de la documentation à ce sujet attribue cette première utilisation du terme « genre » à MONEY, pour Karen OFFEN, déjà, au XVI^e siècle, Henri CORNEILLE AGRIPPA DE NETTESHEIM, savant aux multiples qualifications, s'était approprié ce terme pour désigner le « genre masculin » et le « genre féminin », non dans sa forme grammaticale, mais pour caractériser les êtres humains soit en tant qu'homme, soit en tant que femme ; K. OFFEN, « Le *gender* est-il une invention américaine ? », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n° 24, 2006, pages 291 à 304.

²⁵⁰ E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014.

²⁵¹ J. MONEY, *Man and Woman, Boy and Girl, Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1972, 311 pages.

²⁵² P. VALON, « Troubles dans le genre, ou malaise dans la différence des sexes ? », *Le présent de la psychanalyse*, volume 7, n° 1, 2022, pages 175 à 205.

n'est ainsi pas conduite par le sexe avec lequel nous naissons mais avec l'éducation que les parents nous transmettent.

277. Néanmoins, l'une des expériences²⁵³ entreprises par MONEY fut un véritable désastre, n'apportant aucune avancée satisfaisante en la matière – malgré son obstination à soutenir le contraire – et entraînant, de surcroît, des séquelles irrémédiables pour l'individu qui en était le cobaye ainsi que le suicide de ce dernier. Cette tragédie est aujourd'hui citée par les opposants aux études du genre.

278. La notion fut, par la suite, reprise par le psychanalyste Robert STOLLER²⁵⁴. Plus tempéré que son prédécesseur, STOLLER étudia, au cours de son existence, les différentes formes de paraphilie mais également le cas des transsexuels considérés – comme d'autres formes de sexualité avant eux – comme des malades mentaux relevant de la psychiatrie. Dans son étude du genre, STOLLER met en avant le fait que le genre n'est pas constitué par le biologique mais qu'il correspond davantage au psychique, au social et au culturel. L'idée de STOLLER est que le sentiment d'appartenir à tel ou tel sexe n'est pas gouverné par la constitution biologique mais bien par le statut, la posture sociale adoptés par chaque sexe. Ainsi, le sexe est un élément biologique de l'individu alors que le genre se rapporte aux influences sociales, culturelles et aux développements psychologiques²⁵⁵.

279. Dans son ouvrage intitulé *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*²⁵⁶, il désigne le transsexualisme comme un trouble de l'identité sexuelle

²⁵³ David REIMER était un nourrisson de huit mois qui, à la suite d'une circoncision ratée, perdit définitivement son pénis. Ses parents contactèrent le docteur John MONEY dans l'espoir de remédier à cet accident. John MONEY affirmait qu'une solution existait : la réattribution sexuelle. Nombre d'expériences physiques et psychologiques furent exécutées, John MONEY attestant systématiquement de la réussite de celles-ci. Néanmoins, le jeune garçon désormais devenu fille ne se sentit jamais comme telle. Après avoir découvert la vérité à son sujet, il décida de redevenir garçon mais les séquelles étaient trop profondes et il se donna la mort en 2004 ; J. COLAPINTO, *As nature made him : The boy who was raised as a girl*, New-York, Harper-Collins, 2006, 336 pages.

²⁵⁴ R. STOLLER, *Sex and Gender : The Development of Masculinity and Femininity*, Londres, Karnac Books, 1994, 400 pages ; E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014.

²⁵⁵ J.-C. COFFIN, « Le genre, une notion prise au sérieux dans les années 60. Autour du psychiatre et psychanalyste Robert Stoller », *Sociétés et Représentations*, volume 43, n° 1, 2017, pages 43 à 63.

²⁵⁶ R. STOLLER, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Ed. Gallimard, Coll. « Connaissance de l'inconscient », 1979, 408 pages.

caractérisé par la conviction inébranlable d'un sujet d'appartenir au sexe opposé ; conviction qui pouvait être guérie par le recours à la chirurgie.

280. Au-delà de l'analyse psychologique de la notion de genre, celle-ci a, à partir des années 1960 puis dans les années 1980, alimenté les études féministes et les idéaux de leurs partisans. Parmi elles, Ann OAKLEY s'est penchée sur la question du genre. Selon la sociologue, dans son ouvrage intitulé *Sex, gender and society*²⁵⁷, « le mot sexe se réfère aux différences biologiques entre mâles et femelles : à la différence visible entre leurs organes génitaux et à la différence corrélative entre leurs fonctions procréatrices. Le genre, lui, est une question de culture. Il se réfère à la classification sociale en masculin et féminin ».

281. Dans son étude, la sociologue met ainsi en lumière les différences physiologiques entre les sexes et les conséquences de celles-ci. De surcroît, elle oppose la nature – données biologiques innées et invariables – à la culture – comportements sociaux et culturels acquis et variables. Une distinction entre sexe et genre est mise en évidence. Le premier en tant que donnée biologique, le second en tant que construction sociale.

282. La conception du genre, de MONEY, en passant par STOLLER, jusqu'à OAKLEY²⁵⁸, s'est nuancée au fil des années. À la définition principale qui définit le genre comme le sexe de l'individu dans sa dimension sociale, culturelle, s'est par la suite greffée une autre conception du genre : le sexe ressenti par l'individu.

283. **Rôle de genre ou sexe social** – « *On ne naît pas femme, on le devient* ». L'affirmation célèbre de Simone DE BEAUVOIR dans son ouvrage, *Le Deuxième sexe*²⁵⁹, est l'une des sources majeures de l'étude du genre et plus précisément de la notion de « rôle de genre ». Elle est d'ailleurs reprise et étudiée régulièrement par les auteurs qui s'intéressent au genre sexuel. Comment doit-elle être interprétée ? Pour Simone DE BEAUVOIR, devenir une femme, non pas dans sa dimension biologique, mais en tant qu'être humain ayant un comportement féminin n'est pas lié à la biologie. La construction de son identité relève de

²⁵⁷ A. OAKLEY, *Sex, gender and society*, Farnham, Ashgate, 2015, 172 pages.

²⁵⁸ Cette chronologie relatant la mise en lumière de la notion de genre n'est pas exhaustive, d'autres auteurs s'y étant également intéressés tels que R. GREEN (1974), S. BEM (1975), E. GOFFMAN (1977), C. WEST et D. ZIMMERMAN (1987).

²⁵⁹ S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe, Tome I : Les faits et les mythes*, Ed. Gallimard, Coll. « Folio essais », n° 37, 1986, 416 pages.

son parcours social. Le sexe de celle-ci joue un rôle mineur dans la construction de son identité sexuelle. Le développement social, ainsi que l'adoption des attitudes et comportements de son sexe sont à l'origine de l'identité sexuelle. Une femme ne se comportera pas nécessairement comme telle parce qu'elle est née ainsi. L'affirmation de Simone DE BEAUVOIR, bien qu'elle ne semble concerner que la femme, peut être aisément transposée aux hommes. Ainsi, tout comme une femme ne deviendra femme que par son évolution sociale, un homme ne se construira en tant que tel que par les attitudes et comportements sociaux qu'il adoptera. Simone DE BEAUVOIR met en lumière la complexité des comportements humains et l'absence d'automatisme entre le sexe apparent et le sexe adopté.

284. Ainsi, par l'analyse du sexe social, nous nous rendons inévitablement compte que le genre social est lié à la norme sociale, il est considéré comme une notion très variable et particulièrement liée aux fluctuations de la norme sociale. Les attitudes et comportements des êtres humains au fil des siècles ont relativement changé, les femmes portent désormais des pantalons et les hommes s'adonnent à l'épilation. L'idée n'est pas que les individus ne se comportent plus en fonction de leur genre social mais que le genre social n'est pas un concept invariable. Dès que la norme sociale évolue, le genre social évolue avec elle.

285. Comment les personnes se considérant comme intersexuées doivent-elles, au regard de ces éléments, se comporter en société ? À quelle catégorie peuvent-elles se rattacher pour entrer dans les codes qui régissent notre société ? Doivent-elles nécessairement adopter l'un ou l'autre des comportements ?

286. **Identité de genre ou sexe psychologique** – Selon le Conseil de l'Europe, « *l'identité de genre fait référence au genre à laquelle les personnes ont le sentiment d'appartenir, qui peut être ou ne pas être le même que le sexe qui leur a été assigné à la naissance. Elle renvoie aux sentiments profonds de chacun d'entre nous et à son vécu personnel du genre, et inclut le ressenti corporel ainsi que d'autres expressions, comme la façon de s'habiller, de parler et de bouger*²⁶⁰ ».

²⁶⁰ Conseil de l'Europe, « Les questions de genre », <https://www.coe.int/fr/web/compass/gender> consulté le 2 janvier 2022.

287. Plus précisément, il s'agit de la conviction intime et personnelle de se sentir « homme », « femme », ni l'un, ni l'autre, ou les deux à la fois. À la différence du sexe qui peut être classé en trois catégories – seulement deux dans notre Droit du fait de son système binaire –, l'identité de genre connaît de multiples nuances. Tout d'abord, il y a les individus qui s'identifient à leur sexe de naissance et qui sont dénommés cisgenres. Dans ces conditions, une femme née femme s'identifiera en tant que telle et adoptera naturellement les comportements et attitudes qui y sont attachés. Il en sera de même pour un homme né avec les organes génitaux masculins. La correspondance entre le sexe de naissance et le sexe affiché se révèle être ce que beaucoup considèrent comme « normal ». La question est plus complexe en ce qui concerne les personnes ayant un sexe dit « neutre ». Comment s'identifient-ils ? Pendant longtemps, la difficulté tenait au fait que la société ne se concevait qu'en deux catégories de sexe. De nos jours, les mentalités ont changé et avec elles, la reconnaissance croissante que la société n'est pas uniquement fondée sur un *statu quo* basé sur d'un côté, les hommes et de l'autre, les femmes. Ainsi, une personne née avec un sexe neutre aura le choix : s'identifier en tant que femme, homme, ni l'un, ni l'autre ou dans les deux.

288. Toujours est-il que ce choix n'est pas réservé au seul sexe neutre. Ainsi, au-delà des personnes qui se définissent comme cisgenres, une autre catégorie apparaît : les transidentitaires. Qui sont-ils ? Les transidentitaires peuvent être perçus comme des individus dont l'identité de genre diffère du sexe qui leur a été assigné à la naissance. La transidentité regroupe nombre de statuts, certains se considérant comme n'appartenant à aucun des genres, d'autres s'identifiant à tous les genres et enfin, les individus qui oscillent entre les genres ou qui se désignent comme appartenant aux deux genres. Respectivement, il s'agit des personnes agenres, pangènes et bigènes. De manière plus générale, tous ces individus sont considérés comme appartenant à un même genre : non-binaire, ne se reconnaissant pas dans le système classique du genre féminin et masculin.

289. Au-delà des personnes ayant choisi de ne pas s'identifier dans un système binaire, c'est-à-dire en n'adoptant pas les comportements sociaux voulus, il est des individus qui

ont souhaité, parce qu'ils ne se reconnaissent pas dans leur sexe de naissance, en changer : les transsexuels²⁶¹.

290. Alors que ces choix – identité non binaire et changement de sexe – relèvent indéniablement de la vie privée, le Droit leur accorde une attention toute particulière. Pourquoi une telle considération ? Que les individus décident de modifier leur sexe ou de s'identifier autrement que dans le schéma classique de la binarité des sexes, ceci engendre inévitablement des conséquences juridiques : les unes en droit civil, les autres en droit pénal.

§ II – Le genre appréhendé par le Droit

291. ***La lente reconnaissance de l'identité de genre par le droit français*** – Alors que la notion d'identité de genre commençait à prendre une place non négligeable dans les études sociologiques, le législateur français s'est, jusqu'en 2018, toujours refusé à encadrer juridiquement le statut des personnes transsexuelles²⁶², laissant le soin au juge d'en définir les contours juridiques. Néanmoins, même si le législateur estimait que cette tâche incombait aux instances de jugement, la Cour de cassation s'est longtemps opposée à l'idée d'autoriser les demandes de modification du sexe sur l'état civil des personnes se considérant comme transsexuelles²⁶³. La Haute Cour invoquait que le principe de l'indisponibilité des personnes, principe d'ordre public, faisait obstacle au changement de sexe sur l'état civil de la personne.

²⁶¹ Désormais, le terme transgenre est préféré à celui de transsexuel ; ce dernier ayant été, d'une part, longtemps associé à la psychiatrie et d'autre part, ne reflétant plus véritablement la réalité du transsexuel, celui-ci pouvant choisir de changer de sexe sans subir de modification de ses organes génitaux.

²⁶² Malgré les polémiques quant à l'utilisation de ce terme, celui-ci sera utilisé dans ce chapitre afin de permettre au lecteur une meilleure compréhension en évitant les confusions possibles avec les autres statuts transidentitaires, ceux-ci étant nombreux et difficiles à appréhender sans une étude approfondie.

²⁶³ Une modification d'état civil est déjà intervenue au milieu du XIXe siècle avec l'affaire Herculine BARBIN. Né(e) avec un sexe difficilement assimilable et élevé(e) comme une fille, Herculine fut réassigné(e) homme à la suite d'exams médicaux la déclarant comme tel. Deux jugements du tribunal civil de Saint-Jean-d'Angély rectifieront son état civil changeant ainsi son prénom en Abel. Néanmoins, rien n'indique si la mention de son sexe a été également modifiée, passant de sexe féminin à sexe masculin, C. **BURGELIN**, « Herculine B. », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, volume 20, n° 2, 2009, pages 123 à 129 ; M. **FOUCAULT**, *Herculine Barbin, dite Alexine B – Mes souvenirs*, Ed. Gallimard, Coll. « Vies parallèles », 1978, 160 pages.

292. Ainsi, lorsqu'une problématique relative au sexe était posée, les juges faisaient prévaloir le sexe biologique plutôt que le sexe socio psychologique. Pour le droit français, ce qui primait avant toute chose c'était le sexe établi sur l'état civil c'est-à-dire le sexe biologique et non celui qui était ressenti par la personne et ceci, même à la suite d'une opération visant à modifier ce dernier.

293. La Cour de cassation argumentait sa position constante²⁶⁴ en considérant d'une part « *que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues*²⁶⁵ » et d'autre part, que « *attendu que le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ; (...) Et attendu que l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien*²⁶⁶ ».

294. Pour la Cour de cassation, le changement de sexe n'était pas un élément suffisant pour considérer qu'une personne devait être désormais considérée comme appartenant au sexe dont elle avait l'apparence. La perte de son sexe d'origine ne signifiait pas l'obtention des caractères intrinsèques de l'autre sexe, ne rattachant ainsi le transsexuel ni à son ancien sexe, ni à son nouveau et créant ainsi, pour ces personnes, une situation personnelle particulièrement indistincte.

295. De plus, il est certain de penser que la possibilité de changer de sexe, pour la Cour de cassation, n'était tolérable et concevable que lorsqu'elle restait dans un cadre strictement privé sans qu'elle soit, par un changement d'état civil, exposée au grand jour.

²⁶⁴ Cour de cassation, Première chambre civile, 30 novembre 1983, pourvoi n° 82-13.808 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 3 mars 1987, pourvoi n° 84-15.691 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 1988, pourvoi n° 86-13.698 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 10 mai 1989, pourvoi n° 87-17.111.

²⁶⁵ Cour de cassation, Première chambre civile, 16 décembre 1975, pourvoi n° 73-10.615.

²⁶⁶ Cour de cassation, Première chambre civile, 21 mai 1990, pourvois n°s 88-12.829, 88-12.163, 88-12.250 et 88-15.858 ; J.-P. **BRANLARD**, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 pages, page 470.

Les transsexuels pouvaient changer de sexe à la condition que cette nouvelle identité ne soit pas visible. Néanmoins, admettre la possibilité de changer de sexe sans offrir à ces individus la possibilité de se voir reconnaître civilement dans leur nouveau sexe était une violation majeure du droit à la vie privée, l'inscription à l'état civil ne correspondant plus à la réalité physique et psychologique de la personne.

296. C'est d'ailleurs sur le fondement du droit à la vie privée que la Cour de cassation fut condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans une décision²⁶⁷ en date du 25 mars 1992 l'obligeant à opérer un revirement de jurisprudence. Dans ses arrêts d'Assemblée plénière en date du 11 décembre 1992²⁶⁸, la Haute Cour déclare, au visa de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, que « *lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* ».

297. L'apparence est désormais prise en compte par la Cour de cassation pour reconnaître le changement d'état civil alors même que dans ses précédentes décisions, celle-ci n'était pas considérée comme suffisante pour établir la nouvelle identité civile de la personne. Comment la Cour peut décider, dans un premier temps, qu'un changement de sexe n'entraîne pas une nouvelle identité sexuelle et ensuite, en faire l'une des conditions essentielles pour obtenir la modification de l'état civil ?

298. Au-delà de cet élément physique, la Cour de cassation met en exergue l'importance du concept de « rôle de genre » puisqu'elle considère que la personne doit adopter le comportement social correspondant à son sexe. La vision de la Cour de cassation en matière de comportement social est particulièrement restreinte puisqu'elle considère que la personne doit, pour obtenir l'autorisation de modification de son état civil, nécessairement adopter le comportement du nouveau sexe. Il semble qu'aucune liberté ne soit laissée aux individus quant à leur comportement à adopter en société. Vous avez

²⁶⁷ Cour EDH, *B. contre France*, 25 mars 1992, Requête n° 13343/87.

²⁶⁸ Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900.

choisi d'être une femme, vous vous comporterez comme telle ! Il n'y a pas d'entre deux, pas de demi-mesure : le sexe physique doit correspondre au sexe social.

299. Enfin, alors même qu'elle se refusait à violer le principe de l'indisponibilité des personnes, la Cour reconnaît désormais que le droit au respect de la vie privée prime sur l'ordre public.

300. Les arrêts de la Cour de cassation sont un véritable bouleversement pour les droits des transsexuels à être reconnus dans leur nouvelle identité, même si certaines critiques ont été émises quant aux nombreuses conditions pour obtenir le changement d'état civil. D'aucuns considéraient que dans ses arrêts, la Cour subordonnait le changement d'état civil à une expertise judiciaire et à une réassignation sexuelle totale. À la lecture de ceux-ci, rien ne laisse croire que la Cour de cassation fait mention d'une obligation d'expertise et de réassignation sexuelle ; même s'il est vrai que lorsqu'elle utilise la formule « *lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique* », un doute peut s'installer sur une possible obligation afin d'obtenir modification²⁶⁹.

301. Afin de pallier l'incertitude de telles conditions, la jurisprudence de la Cour a été modifiée par deux arrêts du 7 juin 2012²⁷⁰ et du 13 février 2013²⁷¹. Désormais, l'autorisation de modification ne connaît que deux critères : la réalité du syndrome transsexuel et le caractère irréversible de la transformation²⁷².

302. Néanmoins, deux interrogations se doivent d'être abordées. Tout d'abord, même si la Cour, à la lecture de ses arrêts de 1992, ne prévoyait pas expressément d'expertise judiciaire, cette dernière n'était-elle pas, de manière subtile, une condition *sine qua non* à l'obtention du changement d'état civil ? Afin de répondre à cette question par

²⁶⁹ En pratique, il est apparu que cette formulation entraînait une divergence des solutions des juridictions du fond, certaines imposant une expertise judiciaire ainsi qu'une transformation chirurgicale des organes génitaux (CA Poitiers, 15 décembre 2004, n° 03/01138) alors que d'autres se contentaient des éléments fournis par les parties demandresses, au regard de leur droit au respect de leur vie privée, sans imposer de telles conditions (CA Rennes, 26 octobre 1998 ; CA Aix en Provence, 9 novembre 2001).

²⁷⁰ Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 2012, pourvois n° 10-26947 et n° 11-22490.

²⁷¹ Cour de cassation, Première chambre civile, 13 février 2013, pourvois n° 11-14515 et n° 12-11949.

²⁷² « *Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* ».

l'affirmative, il faut se pencher attentivement sur les arrêts du 7 juin 2012. Dans ses arrêts²⁷³, la Cour en déclarant que « *d'autre part, que M. X... opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé* » et que « *constatant en outre que Mme X... refusait, par principe, de se prêter à des opérations d'expertise en vue de faire cette démonstration, rejeter la demande de celle-ci* » considère sans équivoque l'expertise judiciaire comme un élément indispensable de la modification d'état civil. Se soustraire à l'expertise judiciaire c'est inévitablement prendre le risque de se voir refuser la modification, alors que rien dans les arrêts de 1992 ne laissait croire qu'une telle expertise permettait d'obtenir satisfaction.

303. Ensuite, cette décision a-t-elle été prise afin de permettre aux transsexuels d'obtenir plus facilement la modification de leur état civil en limitant les conditions d'obtention ? Au premier abord, tout pourrait laisser penser que la réduction du nombre de conditions est un geste de la part de la Cour pour faciliter la modification de l'état civil. Néanmoins, à la lecture attentive de ses arrêts, nous nous rendons compte que le caractère irréversible de la transformation était l'un des éléments indispensables évoqués par les juridictions de fond²⁷⁴ pour refuser la modification de l'état civil. La décision de la Cour n'est ainsi pas novatrice pour les transsexuels. Elle ne fait qu'entériner les décisions des juges du fond s'appuyant eux-mêmes sur les directives émises par la circulaire de 2010 fondant le changement d'état civil sur le caractère irréversible de la transformation des requérants.

304. Malgré ces questionnements quant aux conditions, la liste de celles-ci a connu un certain allègement, n'imposant plus, entre autres, un comportement social en accord avec le nouveau sexe. Les transsexuels n'ont désormais plus l'obligation de se comporter en société comme se doit de se comporter le sexe qu'ils ont choisi. Le concept de « rôle de

²⁷³ Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 2012, pourvois n° 10-26947 et n° 11-22490.

²⁷⁴ Une circulaire du ministère de la justice du 14 mai 2010 indiquait aux magistrats du ministère public qu'ils pourront se montrer favorables aux rectifications d'état civil « *dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés le cas échéant à des opérations de chirurgie plastique (...) ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux* ». Cette circulaire explique nettement la position des juges du fond quant au caractère irréversible du changement de sexe pour obtenir modification ; Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil ; CA Douai, 24 mars 2014, n° 218/2014.

genre » semble s'effacer afin de laisser le libre champ aux transsexuels d'adopter l'attitude avec laquelle ils se sentiraient le plus en accord. Pourtant, au-delà de cet assouplissement, ce qui posait désormais question dans les conditions imposées par les arrêts du 7 juin 2012 – et ceci au vu notamment de son inflexibilité – c'était le caractère irréversible de la transformation²⁷⁵.

305. Qu'entend la Haute Cour lorsqu'elle emploie le terme « irréversible » ? L'usage de ce terme est net : dès lors que le changement de sexe a été engagé, il n'est pas concevable pour la Cour que les transsexuels puissent à nouveau décider d'une nouvelle transformation. De plus, ce changement radical se doit d'être effectif²⁷⁶, faute de quoi la demande de modification ne pourra pas être reçue favorablement. Comme lorsqu'elle subordonne le changement de sexe physique au changement de comportement social, la Cour donne l'impression d'une certaine tolérance limitée à l'égard des transsexuels. « Jouez » avec la nature si vous le souhaitez mais vous devrez le prouver et vous ne pourrez pas recommencer.

306. Pour le ministère de la justice, l'irréversibilité touche à un aspect différent : la fécondité. En effet, dans sa réponse à la question posée par le Sénat, le ministère énonce que *« cette notion est d'ordre médical et non juridique et, selon certains spécialistes, le caractère irréversible peut résulter de l'hormonosubstitution, ce traitement gommant certains aspects physiologiques, notamment la fécondité, qui peut être irréversible. Il appartient aux personnes concernées d'en rapporter la preuve, notamment par la production d'attestations de médecins reconnus comme spécialistes en la matière (psychiatre, endocrinologue et, le cas échéant, chirurgien) et qui les ont suivies dans le*

²⁷⁵ Le Sénat s'est lui-même posé la question du caractère irréversible de la transformation lorsqu'est intervenue la circulaire du 14 mai 2010, demandant au ministère de la Justice d'en préciser les contours afin de permettre aux juges une meilleure application du Droit ; JO Sénat, Question écrite n° 14524 de M. BLONDIN, Demandes de changement de sexe à l'état civil par les personnes transsexuelles ou transgenres, 22 juillet 2010, page 1904.

²⁷⁶ « *D'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention* », Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 2012, pourvoi n° 10-26947 et « *que la cour d'appel, après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits par Mme X... tendant à établir qu'elle présentait le syndrome de Benjamin, qu'elle avait subi une mastectomie totale avec greffe des aréoles et suivait un traitement hormonal, a estimé que le caractère irréversible du changement de sexe n'en résultait pas* », Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 2012, pourvoi n° 11-22490.

*processus de conversion sexuelle*²⁷⁷». Ainsi, au-delà du caractère irréversible des modifications physiques – fondées essentiellement sur l'apparence²⁷⁸ – énoncé par la jurisprudence, il était demandé une stérilisation afin de procéder à la modification d'état civil. À ce stade, nous pouvons affirmer que le Droit était encore une fois tourné vers la procréation et que cette circulaire mettait en lumière l'importance considérable que le Droit lui consacre dans la vie des individus.

307. Imposer un caractère irréversible – fondé sur la stérilisation – revenait à imposer un choix définitif aux transsexuels bafouant indéniablement leur droit au respect de la vie privée. C'est dans ce contexte que la Cour européenne a rendu un arrêt du 6 avril 2017²⁷⁹. Dans sa décision²⁸⁰, la Cour considère que « *le fait de conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisant qu'elles ne souhaitent pas subir*²⁸¹ » constitue une violation de leur droit à l'intégrité physique composant du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention EDH. Pour la Cour, un conflit est inévitable : se faire stériliser et obtenir modification de son état civil tout en renonçant à son droit à l'intégrité physique ou choisir de ne pas subir une telle atteinte et renoncer à la reconnaissance de son identité sexuelle, composante du droit au respect de la vie privée. Pour la Cour, les individus dans cette situation n'ont pas à sacrifier l'un ou l'autre de ces droits. Le respect du droit à la vie privée impose que la modification de l'état civil des personnes transsexuelles intervienne même si aucune modification physique n'est établie. La Cour prône indéniablement la

²⁷⁷ JO Sénat, 30 décembre 2010, page 3373.

²⁷⁸ Pour plus d'informations sur l'importance qu'accorde la Cour de cassation à l'apparence en matière de sexe, voir le paragraphe intitulé « Le sexe : reflet de l'apparence physique ».

²⁷⁹ Cour EDH, A.P., *GARÇON ET NICOT contre France*, 6 avril 2017, Requêtes n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

²⁸⁰ La Cour EDH avait déjà rendu un arrêt affirmant sa position en ce sens plus d'une décennie avant cette décision (*GOODWIN contre Royaume Uni*, 11 juillet 2002, Requête n^o 28957/95) consacrant la violation de l'article 8 de la Convention en raison de l'absence de reconnaissance juridique du changement de sexe (V. **CALAIS**, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, volume 4, n^o 4, 2007, pages 133 à 140). Néanmoins, l'intérêt porté à cette décision se justifie par la condamnation de la France et au-delà, de son droit positif.

²⁸¹ Cour EDH, A.P., *GARÇON ET NICOT contre France*, 6 avril 2017, Requêtes n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 131 et 132.

consécration du concept d'« identité de genre » soit la possibilité de se sentir d'un autre sexe – voire d'aucun des sexes – que celui que la nature nous a donné à la naissance.

308. Il était désormais temps pour le législateur de se mettre en conformité avec le droit européen et d'offrir aux transsexuels un cadre juridique. Une loi du 18 novembre 2016²⁸² a créé un cadre législatif et réglementaire relatif à la modification de la mention du sexe à l'état civil. L'article 56 de la loi a modifié les dispositions des articles 60, 61-5²⁸³, 61-6²⁸⁴, 61-7 et 61-8 du Code civil. Il ressort de ces articles que la modification du sexe sur l'état civil n'est désormais plus conditionnée à une transformation physique de la personne qui en fait la demande et qu'une telle condition ne leur est plus opposable²⁸⁵.

309. L'adoption de cette loi établit clairement la position du droit positif français de reconnaître juridiquement la situation des transsexuels²⁸⁶ ; approuvant, dès lors, le concept d'« identité de genre » et plus précisément, par ce biais, le fait que la normalité ne repose pas uniquement sur la nature mais aussi sur la diversité.

²⁸² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²⁸³ « *Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.*

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

1° *Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;*

2° *Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;*

3° *Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué »*

²⁸⁴ « (...) *Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande (...) ».*

²⁸⁵ Pour une analyse plus approfondie de la réforme, voir M.-X. **CATTO**, « *Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle* », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9, 2019, pages 107 à 129 ; D. **BORRILLO**, « *Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi* », *Jurisprudence Revue critique*, Université de Savoie, 2011, pages 263 à 285.

²⁸⁶ La modification du Code civil intervient par le biais d'une loi qui ne concerne pas spécialement le droit au changement de sexe. Certains auteurs ont vu dans cette manœuvre la volonté d'une reconnaissance à huit clos, éloignée des vives consécutions adoptées dans d'autres pays, A. **JAUNAIT**, « *Genèses du droit de l'identité de genre. Approches des configurations sociojuridiques* », *Droit et société*, volume 15, n° 2, 2020, pages 429 à 451.

310. Pourtant, au-delà de l'état civil, l'identité de genre touche un autre versant du droit civil : la filiation. Récemment, une décision²⁸⁷ de la Cour d'appel de Toulouse autorisant une mère transgenre à apparaître en tant que telle sur l'acte de naissance de son enfant étend les interrogations en la matière. Cette décision est empreinte d'une certaine logique. Alors que le droit français reconnaît le changement d'état civil, il aurait été incohérent que cette modification n'intervienne pas également sur les actes de naissance attestant de la filiation. Quelle confusion que d'être femme sur son état civil et père sur l'acte de naissance de son enfant ! Et cette confusion touche aussi bien le Droit que la personne qui en est le sujet. L'acte de naissance se doit de refléter la réalité juridique soit celle établie par l'état civil. Certes, il ne s'agit pas là d'une décision de principe mais celle-ci ouvre la voie à une possible évolution du droit des filiations, imposant, dès lors, inévitablement aux instances législatives et judiciaires un positionnement sur le sujet.

311. La modification des documents administratifs n'est pas le seul sujet préoccupant en ce qui concerne la condition transsexuelle. Si la possibilité de se faire reconnaître pleinement dans sa juste identité mérite encore des évolutions, un autre domaine se doit d'être soumis prochainement à légifération : la PMA. Avec la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, il est désormais possible pour les couples de femmes ou les femmes célibataires de recourir à ce procédé. Pourtant, la loi en limite encore l'accès à certains bénéficiaires²⁸⁸, alors même que les couples hétérosexuels et homosexuels ne sont pas les seuls à vouloir embrasser le souhait de la maternité. En effet, la loi ne prévoit pas de possibilité de PMA ni pour les hommes transsexuels ayant changé d'état civil mais étant toujours pourvu d'un appareil génital féminin, ni pour les femmes transsexuelles ayant, elles-aussi, changé leur état civil et qui disposent de leur semence cryoconservée²⁸⁹. L'impossibilité pour cette catégorie de personnes de recourir à une PMA viole sans

²⁸⁷ CA Toulouse, 9 février 2022 ; S. **EL MOSSELLI**, « Une femme transgenre reconnue mère de son enfant par la justice », *Le Monde*, 11 février 2022, page 14 ; C. **MALLAVAL**, « La justice l'a reconnue comme femme, à elle de la reconnaître comme mère », 23 juin 2020, *Libération*, https://www.liberation.fr/france/2020/06/23/la-justice-l-a-reconnue-comme-femme-a-elle-de-la-reconnaitre-comme-mere_1792129/

²⁸⁸ Durant les débats qui se sont tenus à l'Assemblée nationale, plusieurs amendements ont été proposés en faveur de l'ouverture de la PMA aux transsexuels mais ceux-ci ont tous, finalement, été rejetés.

²⁸⁹ V. **MARCHAND**, « Accès à la PMA des personnes transgenres », *L'En-droit – DGEMC*, 17 mai 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2048>

équivoque leur droit au respect de leur vie privée et instaure une véritable discrimination. Reconnaître le changement d'identité sexuelle revient à tirer toutes les conséquences d'un tel changement. Au regard de la montée en puissance des revendications dans ce domaine, il est certain que le législateur ne va pas pouvoir conserver indéfiniment sa position.

312. Le droit positif français admet aujourd'hui pleinement l'existence de la notion de « genre », le Conseil d'État, dans une décision²⁹⁰ du 28 septembre 2022, allant même jusqu'à refuser d'annuler une circulaire²⁹¹ permettant aux enfants transgenres de porter le prénom de leur choix à l'école. De cette reconnaissance découle le panel répressif spécifique relevant de ces questions.

313. ***L'intégration de la notion d'« identité de genre » dans le droit pénal*** – S'identifier autrement que par le sexe donné par la nature est souvent source de moqueries. La transphobie, soit l'aversion pour les personnes transidentitaires, est un comportement que le droit pénal se doit de réprimer, notamment parce qu'au-delà de la simple satire, elle peut être la motivation de nombreuses infractions pénales telles que le meurtre, le viol, le harcèlement, les injures, la diffamation, les menaces, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence.

314. Le droit positif français s'est longtemps désintéressé des questions de genre, assimilant cette notion à celle de sexe. Sous l'impulsion du droit international²⁹² et

²⁹⁰ CE, 28 septembre 2022, Décision n° 458403. Dans sa décision, le Conseil d'État considère que les noms d'usage utilisés par les enfants transgenres pourront être employés dans le cadre interne de l'établissement scolaire. Toutefois, les documents officiels, tels que les diplômes, devront indiquer le prénom de naissance de l'enfant tel qu'il est inscrit sur son état civil. La décision du Conseil d'État offre aux enfants transgenres la possibilité de s'épanouir pleinement dans l'identité qu'ils auront choisi mais réduit tout de même l'utilisation de ce prénom au cadre interne, la pleine reconnaissance de leur nouvelle identité ne pouvant intervenir que par modification de leur état civil.

²⁹¹ Circulaire MENE2128373C du 29 septembre 2021 pour une meilleure prise en compte des questions relatives à l'identité de genre en milieu scolaire.

²⁹² ONU, Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 26 mars 2007 ; Assemblée Générale des Nations unies, Déclaration sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre à l'Assemblée Générale de l'ONU du 22 décembre 2008 ; UNHCR, Directives relatives à la protection internationale : Demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et/ou à l'identité de genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son protocole relatif au statut des réfugiés, 2012, § 48 ; Assemblée Générale des Nations unies, Résolution A/RES/67/168 du 15 mars 2013 ; Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, Résolution 17/19 du 14 juillet 2011.

européen²⁹³, sensible aux mouvements sociaux et de lutte pour les droits des personnes, le concept de « genre » s'est, progressivement, intégré dans notre système juridique.

315. La première avancée intervient avec la loi du 6 août 2012²⁹⁴ relative au harcèlement sexuel, celle-ci introduisant la notion d'identité sexuelle. L'intention de la loi était de sanctionner les discriminations²⁹⁵ commises envers les personnes transidentitaires mais également d'introduire ce motif comme circonstance aggravante de plusieurs infractions. Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de cette loi, avait été proposée la notion d'« identité de genre ». Néanmoins, celle-ci fut refusée par un nombre conséquent de députés²⁹⁶ qui considéraient que cette notion était indéniablement assujettie à celle de « théorie du genre » et aux débats et controverses qui s'y attachent. Afin de pallier une potentielle polémique, le terme « identité sexuelle » a été préféré à celui d'« identité de genre » ; faisant de celui-ci un nouveau motif de discrimination prohibé par l'article 225-1 du Code pénal, une nouvelle circonstance aggravante énumérée dans l'article 132-77²⁹⁷ du

²⁹³ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JO L204 du 26 juillet 2006, pages 23 à 36 ; Directive 2011/95/UE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L337 du 20 décembre 2011, pages 9 à 26, article 10 ; Directive 2012/29/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JO L315 du 14 novembre 2012, pages 57 à 73, §§ 9, 17, 54 et 56 ; Rapport financé par la Commission européenne relatif à la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre, 21 septembre 2012, 109 pages ; Conseil de l'Europe, Résolution 1728 et Recommandation 1915 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 avril 2010 relatives à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ; Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 31 mars 2010 relative aux mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

²⁹⁴ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

²⁹⁵ La circulaire CRIM 2012-15 du 7 août 2012 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel est venue présenter et commenter les principales modifications de droit pénal et de procédure pénale résultant de la nouvelle loi ainsi que les orientations générales de politique pénale.

²⁹⁶ Assemblée nationale, Deuxième séance du mardi 24 juillet 2012, Débats sur la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

²⁹⁷ D. **BORRILLO**, « Le sexe et le droit : Grands enjeux du monde contemporain » in A. BERBARD-GROUPEAU et A. DAGICOUR, *Droit et enjeux du monde contemporain*, Ed. Ellipses, 2013, 192 pages, pages 79 à 84.

Code pénal, ainsi qu'une circonstance aggravante pour de nombreuses infractions²⁹⁸ comprises dans le Titre II « Des atteintes à la personne humaine » du Code pénal²⁹⁹.
Pouvons-nous considérer qu'il s'agit d'une véritable avancée dans la reconnaissance du genre et de ses composantes ? Même si l'action des parlementaires était honorable, reconnaissant la nécessité d'une plus grande protection aux transidentitaires, la volonté de ne pas choisir le terme « identité de genre » illustre parfaitement leur réticence face à ce concept ainsi qu'à toutes les polémiques qui peuvent découler de ce dernier. Lui préférer un terme moins sujet à controverse était un moyen pour le législateur d'offrir davantage de protection sans prendre le risque d'entrer dans un débat relatif à la théorie du genre et à toutes les discordes attachées à celle-ci.

316. Dès lors, il était clair pour le législateur que la notion d'« identité de genre » n'avait pas encore sa place dans l'arsenal juridique et que la notion d'« identité sexuelle » suffisait largement à défendre les droits des personnes transidentitaires³⁰⁰.

317. Néanmoins, le législateur n'allait pas pouvoir conserver cet état de fait et ignorer la place de plus en plus considérable qu'il fallait accorder à cette notion d'« identité de genre ». Force est de constater que les instances européennes³⁰¹ accordant une importance grandissante à la notion de genre, le droit français se devait de s'y soumettre³⁰².

²⁹⁸ Citons notamment les articles relatifs au meurtre (article 221-4, CP), au viol (article 222-24, CP), aux tortures et actes de barbarie, (article 222-3, CP) aux violences volontaires (articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13, CP), aux agressions sexuelles sur mineur de quinze ans (article 222-30, CP).

²⁹⁹ À l'instar des modifications apportées au Code pénal, la loi du 6 août 2012 insère également les mots « ou identité » dans le Code de procédure pénale, le Code du travail, le Code du sport ainsi que dans plusieurs autres textes.

³⁰⁰ La position de la France semblait étonnante. Alors même qu'elle était au cœur de l'élaboration de plusieurs actes – Déclaration sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre du 22 décembre 2008, Résolution 17/19 du 14 juillet 2011 – en collaboration avec l'ONU afin de protéger l'identité de genre, elle se refusait à intégrer dans son droit positif cette même notion.

³⁰¹ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2048, « La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », 22 avril 2015, Article 5.

³⁰² Néanmoins, la Cour EDH, même si elle reconnaissait un droit à la vie privée pour les personnes transidentitaires, a longtemps fait le choix de n'employer que le terme d'identité sexuelle ; la notion d'identité de genre n'apparaissant pour la première fois qu'en 2017 dans l'arrêt *A.P., GARÇON ET NICOT contre France* du 6 avril 2017.

318. À l'inverse d'autres États³⁰³ ayant adopté le modèle dit « déclaratif³⁰⁴ », la France s'est tournée vers l'assouplissement plutôt que vers la déclaration ; cette modification discrète reflétant la peur du législateur de la possible disparition de la binarité des sexes, de la distinction entre homme et femme³⁰⁵.

319. Cette intégration a été inaugurée avec l'adoption de la loi³⁰⁶ du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui, outre la consécration du droit de modifier la mention de sexe sur son état civil sans condition de transformation physique, a incorporé la notion d'identité de genre dans l'article 225-1 du Code pénal réprimant les discriminations. En effet, l'article 86 de la loi modifie le Code pénal qui est désormais rédigé ainsi : « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée* ». À la liste conséquente des motifs de discrimination s'ajoute celle de l'identité de genre. Auparavant, à la place de cette nouvelle notion d'identité de genre, se trouvait celle d'identité sexuelle, qui avait été retenue par le législateur pour protéger les transidentitaires des discriminations à leur encontre. Désormais, le législateur reconnaît pleinement l'existence du genre, de son identité et des atteintes qui peuvent lui être portées. Le genre sexuel n'est dès lors plus assimilé au sexe ou à l'orientation sexuelle. À la lecture de cet article, nous prenons acte du fait que la notion d'identité sexuelle a disparu. Comment cela s'explique-t-il ? La notion d'identité sexuelle avait pour vocation

³⁰³ Nous pouvons citer l'Argentine, Le Danemark, Malte, l'Irlande, la Colombie ou encore, la Norvège.

³⁰⁴ Dans ce modèle, il ne s'agit pas d'un simple assouplissement de la reclassification de sexe mais bien de l'émergence d'un nouveau concept basé sur l'autodétermination des requérants sans le concours des tiers pour prouver l'identité de genre.

³⁰⁵ E. **FONDIMARE**, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014, § 32.

³⁰⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

d'englober dans les motifs de discrimination celles faites à l'encontre des transidentitaires, et de ce fait, elle devient nécessairement obsolète avec l'adoption de la nouvelle formule. De plus, au-delà du fait qu'accoler deux notions, semble-t-il pour le législateur identiques, ne présente aucun intérêt, le choix de retirer la notion d'identité sexuelle a été motivée par un avis du Défenseur des droits indiquant que celle-ci n'avait aucun sens alors que le terme d'identité de genre permettait une vision plus claire³⁰⁷ de ce que le législateur souhaitait protéger³⁰⁸.

320. Un premier pas était franchi pour le législateur. Toujours est-il que les atteintes portées aux personnes transidentitaires ne sont pas uniquement des discriminations. Leur statut – en marge de la norme – les place inévitablement comme victimes potentielles d'autres infractions – crimes et délits – et par conséquent, le législateur se devait de l'intégrer à d'autres articles du Code pénal.

321. Pour ce faire, la loi du 27 janvier 2017³⁰⁹ relative à l'égalité et la citoyenneté a entrepris de modifier plusieurs articles du Code pénal. Tout d'abord, l'article 222-33 sur les violences volontaires ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail, article auquel avait été ajoutée la notion d'identité sexuelle par la loi du 6 août 2012, a vu cette notion modifiée par celle d'identité de genre. Dans le même esprit, l'article 132-77 du Code pénal relatif aux circonstances aggravantes – circonstances venant se fixer à la commission d'une infraction rendant possible l'allongement du maximum légal de la peine encourue – a, lui aussi, été modifié pour y intégrer la notion d'identité de genre³¹⁰.

³⁰⁷ À cet effet, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'adoption de la notion d'identité de genre en considérant que ce terme était « *suffisamment clair et précis pour respecter le principe de légalité des délits et des peines* », Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté.

³⁰⁸ Avis du Défenseur des droits n° 16-15, 1^{er} juin 2016 pour la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner le projet de loi n° 3679 Égalité et Citoyenneté, page 14.

³⁰⁹ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

³¹⁰ Lors de sa création par la loi du 18 mars 2003, l'article 132-77 du Code pénal n'envisageait que les circonstances aggravantes au regard de l'orientation sexuelle. Nous pouvons, dès lors, voir dans l'élaboration de cet article les prémices d'une protection judiciaire accordée aux individus en raison de leurs choix intimes, personnels et profonds.

322. Ensuite, alors même que la loi du 6 août 2012 avait ajouté comme motif l'identité sexuelle, ce qui représentait une avancée majeure pour les droits des transidentitaires, la loi de 2017 est venue abroger les alinéas correspondant à ce motif mais sans y ajouter, pour autant, le nouveau terme « identité de genre ».

323. Pourquoi abroger un tel motif alors qu'il était considéré comme nécessaire à la protection de ces sujets de droit ? En réalité, l'abrogation des alinéas correspondant à l'identité sexuelle n'a eu aucune incidence majeure sur la répression aggravée de tels actes puisque ceux-ci n'ont pas été supprimés en raison de leur inutilité mais uniquement en raison de leur redondance ; celle-ci tenant au fait que ce motif allait se retrouver, d'une part, dans chaque infraction spécifique et d'autre part, au sein même de l'article 132-77 du Code pénal. Il s'agit ici d'une volonté du législateur de généraliser certaines circonstances aggravantes, généralisation que nous observons dans les cas de récidive ou d'utilisation d'un moyen de cryptologie. Dorénavant, avec l'adoption de cette nouvelle législation, certains motifs discriminatoires, tels que l'identité de genre, pourront être retenus par les juges afin d'aggraver la peine n'ont plus uniquement dans les cas prévus par la loi mais pour tout crime et délit puni d'emprisonnement³¹¹. Ainsi, pour les infractions de meurtre, viol, violences volontaires – sauf celles ayant entraîné une ITT de moins de 8 jours ou pas d'ITT – agressions sexuelles sur mineur, menaces, il faut, dès lors, s'en référer à l'article 132-77 du Code pénal pour connaître des circonstances aggravantes relatives au sexe, à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre ainsi que les peines applicables.

324. Cette généralisation n'a pas pour effet de supprimer la spécification du droit pénal puisque certains motifs discriminatoires ne sont pas seulement des circonstances aggravantes de la peine mais bien des éléments constitutifs de l'infraction. Ainsi, à titre d'illustration, l'infraction de discrimination est constituée lorsque les actes discriminatoires ont été commis en raison de l'identité de genre de la victime alors que l'infraction de viol n'a pas besoin de tels motifs pour être constituée.

³¹¹ J. **DECHEPY-TELLIER**, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? (Regard sur la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, volume 4, n° 4, 2017, pages 677 à 698.

325. Avec l'adoption de cette loi, le législateur prend pleinement en considération le concept d'identité de genre et la nécessité de protéger les individus victimes de tels actes³¹². En outre, la reconnaissance grandissante de l'identité de genre allait, désormais, pousser le législateur à légiférer sur un sujet similaire : les thérapies de conversion.

326. Apparue aux États-Unis dans les années 1950³¹³, les thérapies de conversion avaient pour but de transformer toute personne considérée comme ne correspondant pas à la norme établie en une personne rentrant dans les critères imposés par la société ; les homosexuels devant être remodelés en hétérosexuels, les transidentitaires en fonction de leur sexe de naissance. La France n'a pas été épargnée par ce phénomène, ces thérapies prenant la forme de groupes de parole, de séminaires ou de confessions. Plus précisément, elles peuvent être classées en trois catégories : les « religieuses » accompagnées de rituels d'exorcisme et d'appel à l'abstinence, les « médicales » comprenant traitements hormonaux, hypnose ou encore, électrochocs et les « sociétales » par le biais des mariages forcés hétérosexuels³¹⁴. Aux indéniables séquelles physiques s'ajoutent pour les individus victimes de ces thérapies pléthore de blessures psychologiques allant de la dépression à l'acte suicidaire.

327. Comment de telles pratiques ont-elles pu rester aussi longtemps écartées du droit pénal ? Quand bien même le législateur français n'a jamais créé une infraction spécifique interdisant les thérapies de conversion, les victimes de ces actes avaient à leur disposition nombre de recours pouvant faire condamner les auteurs de tels agissements³¹⁵. En effet, le droit français, lorsque de tels actes étaient établis, se référait à des dispositions législatives diverses permettant malgré tout d'engager des poursuites contre les auteurs de ces infractions. Ainsi, les auteurs des thérapies de conversion pouvaient tomber sous le joug des infractions de violences volontaires, d'agressions sexuelles et de viol, d'actes de torture et de barbarie, de séquestration, d'harcèlement – sexuel et moral –, d'escroquerie,

³¹² A. **COJEAN**, « Agression transphobe de Julia à Paris : un homme condamné à six mois de prison ferme », 22 mai 2019, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/05/22/agression-transphobe-a-paris-un-homme-condamne-a-six-mois-de-prison-ferme_5465638_3224.html

³¹³ Les États-Unis ont également entrepris une vague d'interdiction depuis 2012.

³¹⁴ Assemblée nationale, Proposition de loi n° 4021 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, 24 septembre 2021.

³¹⁵ A. **BEILIN**, « Création d'un délit qui proscrie les « thérapies de conversion », *L'En-droit – DGEMC*, 6 octobre 2021, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article915>

d'exercice illégal de professions de santé, de charlatanisme ou encore, d'abus de faiblesse³¹⁶.

328. Néanmoins, ne pas créer une loi spécifique en la matière revenait à ne pas considérer pleinement les actes subis par les victimes³¹⁷. La première tentative³¹⁸ en la matière a été initiée par la députée BONNEFOY qui questionnait, dès 2018, le Gouvernement, et plus précisément le ministère des Solidarités et de la santé, sur sa volonté de condamner spécifiquement les thérapies de conversion. En réponse, le ministère de la Justice, comme indiqué précédemment, a fait valoir qu'il existait d'autres infractions susceptibles de permettre la poursuite et la répression de tels agissements et qu'ainsi une loi spécifique ne revêtait aucune utilité³¹⁹. Par la suite, une nouvelle proposition de loi³²⁰ a été déposée le 2 juin 2020, de nouveau sans succès.

329. Malgré la position du gouvernement, la question de l'interdiction des thérapies de conversion n'allait pas sombrer dans l'oubli. C'est ainsi que, dès mars 2021, les députés ont, une nouvelle fois, soumis une proposition de loi les interdisant. Leur requête n'allait pas être sans effet. Adoptée le 31 janvier 2022³²¹, la loi interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne est venue compléter l'arsenal pénal³²².

³¹⁶ Sur les multiples infractions applicables aux actes de conversion, voir J. **CHARRUAU**, « Premières impressions sur la proposition de loi visant à interdire les « thérapies de conversion sexuelle » », *Recueil Dalloz*, 2020, n° 29, page 1672.

³¹⁷ Selon L. VANCEUNEBROCK, députée de l'Allier, à l'origine de la proposition de loi, « *les victimes ont une volonté d'être reconnues comme de vraies victimes de thérapies de conversion, pas d'autres faits, comme c'est le cas actuellement* ».

³¹⁸ Question écrite n° 04192, JO Sénat, 5 avril 2018, page 1582. À l'appui de son argumentation, la députée se réfère à une résolution (2017/2125) du Parlement européen adoptée le 1^{er} mars 2018 relative à la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2016 qui, dans son article 65, « *se félicite des initiatives interdisant les thérapies de conversion pour les personnes LGBTI et la pathologisation des identités transsexuelles ; prie instamment tous les États membres d'adopter des mesures similaires qui respectent et défendent le droit à l'identité de genre et l'expression de genre* ».

³¹⁹ Réponse du ministère de la Justice, JO Sénat, 12 juillet 2018, page 3481.

³²⁰ Assemblée nationale, Proposition de loi n° 3030 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, 2 juin 2020.

³²¹ Loi n° 2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.

³²² A. **DARSONVILLE**, « Loi du 31 janvier 2022 : mettre fin aux thérapies de conversion », *Dalloz Actualité*, 11 février 2022.

330. Dorénavant, le Chapitre V³²³ du Titre II du Livre II du Code pénal relatif aux crimes et délits contre les personnes contient un article 225-4-13 qui énonce que « *Les pratiques, les comportements ou les propos répétés visant à modifier ou à réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne et ayant pour effet une altération de sa santé physique ou mentale sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.*

« *Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'ils sont commis :*

« *1° Au préjudice d'un mineur ou lorsqu'un mineur était présent au moment des faits et y a assisté ;*

« *2° Par un ascendant ou toute personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ;*

« *3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, à un état de grossesse ou à la précarité de sa situation économique ou sociale, est apparente ou connue de leur auteur ;*

« *4° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices ;*

« *5° Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ».*

SECTION III – Distinction entre sexe, genre et sexualité :

droit de l'intime

331. ***L'intimité comme élément de droit*** – La sexualité, qu'elle soit procréatrice ou accomplie par pur plaisir, passe avant tout par le sexe. Ainsi, concernant la procréation, même si les progrès de la science admettent la possibilité de ne plus concevoir d'enfants uniquement par le schéma classique de la sexualité, celle-ci intervient par la réunion d'éléments biologiques liés au sexe des individus. L'acte sexuel n'est plus nécessaire mais le

³²³ Le chapitre V est relatif aux atteintes à la dignité de la personne. Imposer à des personnes des thérapies de conversion relève-t-il vraiment d'une atteinte à leur dignité ? La notion de dignité est une notion particulièrement confuse qui semble s'appliquer difficilement en droit au vu de son aspect subjectif et moral. Les questions entourant ce concept seront développées dans une partie de la thèse consacrée à l'étude de celui-ci.

sexe permet tout de même la reproduction. De même, les relations sexuelles sont inévitablement la jonction des organes sexuels et ceci quel que soit les pratiques exploitées pour parvenir au plaisir charnel.

332. Le genre semble lui ne pas avoir de liens aussi profonds avec la sexualité. En effet, quel que soit le genre auquel une personne choisit d'appartenir, ceci n'aura aucune incidence sur la sexualité qui sera la sienne.

333. Néanmoins, sexe, genre et sexualité sont des notions inévitablement liées sur un point : elles relèvent, toutes trois, d'un domaine commun qui est l'intimité. Une intimité dans laquelle le Droit s'immisce, se glisse afin d'y imposer ses règles.

334. Le Droit intervient dans tous les domaines qui touchent à l'intimité des personnes, de leur sexe, en passant par leur genre jusqu'à leur sexualité. Le Droit connaît une place centrale dans ces éléments de la vie des personnes alors même que ce domaine devrait finalement rester de l'ordre du privé, du personnel. En régissant le domaine de l'intime, le Droit impose des règles strictes : vos pratiques sexuelles sont privées mais si vous ne respectez pas l'ordre public, vous devrez vous confronter au Droit, votre sexe vous appartient mais si vous souhaitez en changer et être reconnu dans votre nouvelle identité, vous devrez passer par le Droit, votre sexe ne correspond pas au système binaire et vous souhaitez faire reconnaître celui-ci, vous devrez interroger le Droit. Le Droit régit tous les aspects de l'intimité humaine que ce soit au niveau biologique, psychologique ou social. Rien ne semble passer au travers de celui-ci, hormis si votre sexe de naissance vous convient, et que vos rapports intimes avec autrui se déroule de la manière la plus classique. Le Droit impose une certaine norme que les humains doivent respecter même dans leur intimité la plus profonde.

335. Par ce moyen, le Droit a pour vocation d'ériger une certaine cohésion juridique et de surcroît une cohésion sociale. Le Droit édicte des règles afin de créer un ensemble similaire, que les règles soient faites pour tous, imposant ainsi une vision générale de l'intimité des individus.

336. **Le droit de l'intime : reflet de la norme sociale** – Lorsque le Droit impose de telles règles c'est sur la base de la norme sociale, sur la « normalité ». Ce qui doit être acceptable,

et ce qui ne l'est pas. Le Droit n'a pas de caractère avant-gardiste, la législation ne reflète que ce que la société fait prévaloir de normal, acceptable et d'anormal. Ainsi, considérer que le sexe établi sur l'état civil ne peut être que féminin ou masculin répond à la norme établie depuis toujours. De même, punir les comportements sexuels portant atteinte à autrui s'inscrit dans une volonté de régler la société en ce qu'elle considère comme un comportement mauvais, inacceptable. Chaque règle édictée dans le domaine de l'intimité le sera en fonction de ce que la société admet ou n'admet pas.

337. Le Droit est ainsi inévitablement lié à la norme sociale, à plus forte raison dans la sphère intime, privée ; cette sphère relevant majoritairement de la morale et des mœurs sociétales en vigueur à une période donnée.

338. Ainsi, parce que le sexe est depuis toujours classé en deux catégories, et notre système juridique également, le Droit se refuse à reconnaître qu'il est des situations personnelles qui ne rentrent pas dans ce schéma binaire. Reconnaître la neutralité du sexe reviendrait à faire s'écrouler tout ce système binaire établi depuis des siècles et en outre, tout le système juridique adapté en fonction de celui-ci. Concevoir la société en plusieurs catégories de sexe revient à bafouer des siècles de schématisation binaire.

339. De même, le genre n'étant pas une notion connue du système linguistique français, il a longtemps été écarté de toute manifestation juridique. C'est dire combien le Droit français ne règlemente que ce qui est « normal » dans la société. Le genre étant une notion inconnue, le Droit n'avait aucun intérêt à la régler. Et c'est parce que la société a évolué sur ce point – et ceci sur des décennies –, reconnaissant le genre comme composante essentielle de l'individu, que le Droit a légiféré en la matière, lui offrant reconnaissance et protection.

340. Il en est de même de la sexualité à laquelle nous pouvons inclure l'orientation sexuelle. Des siècles durant, il n'était qu'une forme de sexualité acceptable : la sexualité hétérosexuelle, rendant toutes pratiques ne relevant pas de ce cadre « normal » interdites par le Droit. La situation des homosexuels dont la dépénalisation³²⁴ n'est intervenue

³²⁴ V. **MARCHAND**, « La loi du 4 août 1982 et la suppression des peines correctionnelles pour homosexualité a 40 ans », *L'En-droit – DGEMC*, 6 juin 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2336>

définitivement qu'en 1982 en est l'exemple flagrant. De manière semblable, il faut mettre en exergue le mariage homosexuel qui, avant la loi de 2013, n'était pas autorisé en France. Certes, les pratiques homosexuelles n'étaient plus pénalisées mais l'union civile de ceux-ci, à la différence de celles des hétérosexuels, ne pouvait être légalisée. Cette interdiction démontrait bien la volonté du législateur de suivre la norme sociale établie depuis des siècles qui prévoyait un mariage unique : celui d'un homme et d'une femme voués à la procréation.

341. Ainsi, le Droit n'est que le reflet de la société et des convenances admises. Chaque modification, acceptation sociétale change inévitablement sa position, celui-ci se devant de se conformer aux évolutions sociétales, morales mêmes. Certes, il est des aspects de l'intimité telles que la sexualité qui se doivent d'être règlementés notamment lorsque la sexualité de certains portent atteinte à l'intimité d'autres ; néanmoins, le sexe, le genre et les orientations sexuelles ne relèvent que de l'intime et ne portent ainsi atteinte à personne. Le Droit n'a un devoir de protection que lorsque qu'une atteinte est portée et règlementer les aspects les plus intimes de la vie des individus ne devrait préoccuper que les personnes qui en sont les sujets principaux.

TITRE II – Le Droit est-il légitime à réglementer la sexualité ?

342. La question de la légitimité du Droit à réglementer la sexualité se situe à la croisée de plusieurs préoccupations juridiques fondamentales. En tant que domaine intimement lié à la sphère privée des individus, la sexualité soulève des interrogations essentielles quant à l'étendue du pouvoir de l'État et des institutions juridiques sur la vie des citoyens.

343. La tension entre la sauvegarde de certaines valeurs sociales, la protection des droits individuels, et le maintien de l'ordre public constitue le cœur de cette réflexion. Le Droit se présente tantôt comme un gardien des normes et des valeurs morales, tantôt comme un protecteur des libertés individuelles.

344. L'un des axes fondamentaux de cette réflexion porte sur la notion de neutralité morale du Droit, une question complexe qui éveille des débats nourris au sein de la communauté juridique. Cette neutralité soulève des interrogations profondes sur la capacité du Droit à demeurer à l'écart des considérations morales et éthiques qui entourent la sexualité (Chapitre I).

345. L'ordre public, ce défenseur vigilant des normes et des mœurs, dont la définition évolue au fil du temps sera, de la même manière objet de notre étude. Comment l'ordre public se conjugue-t-il avec la sexualité, et dans quelle mesure est-il légitime d'utiliser ce concept pour réglementer les comportements intimes ?

346. La notion de liberté sexuelle, quant à elle, surgira au fil de notre développement. Devons-nous la considérer simplement comme une liberté individuelle, ou bien est-elle digne d'être élevée au rang de droit ? (Chapitre II).

CHAPITRE I – La légitimité, entre valeurs, protection d'autrui et respect de l'ordre public

347. La relation complexe entre la sexualité et le Droit, nous invite à une exploration profonde des rôles multiples que le Droit endosse dans ce domaine. Tantôt gardien vigilant des valeurs sociales, tantôt protecteur des droits individuels, le Droit se présente comme un acteur clé de la régulation de la sexualité. Mais cette dualité questionne notre compréhension fine de son rôle : doit-il être le gardien des normes, parfois intrinsèquement, morales ou le garant infaillible de la protection individuelle ?

348. Le Droit se présente comme un outil de diffusion des valeurs qui régissent notre société. Toutefois, cette mission de préservation des valeurs doit-elle l'emporter sur la protection des individus ? (Section I).

349. Valeurs et protection doivent s'accorder avec la notion d'ordre public, un concept en constante évolution, surtout dans le contexte de la sexualité. Comment l'ordre public, ce garant des règles et des mœurs, influe-t-il sur la régulation des comportements sexuels et des valeurs morales qui les accompagnent ? Et quelle est sa légitimité à dicter ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas ? (Section II).

SECTION I – Fonctions du Droit et régulation de la sexualité

350. Au cœur de l'interaction entre sexualité et Droit, deux rôles majeurs du Droit émergent : gardien des valeurs sociales et protecteur de la personne. Les valeurs, ces idéaux de bien, de justice et de vérité, sont ainsi ancrées dans la société. Cependant, ceci soulève des questions sur la nature même des valeurs en Droit et leur relation avec notre sphère intime.

351. Dans son rôle de protecteur, le Droit s'érige en rempart contre les atteintes physiques et psychologiques, garantissant la sécurité dans l'intimité, défendant également les droits des personnes en fonction de leur orientation sexuelle (§ I).

352. Parce que le Droit ne cesse de s’immiscer dans la sexualité des individus, entre valeurs et protection, il est une question essentielle : Faut-il que le Droit se désintéresse de la sexualité des individus ? De cette interrogation émerge la notion de neutralité. D’une part, il y a la neutralité morale du Droit, un principe essentiel qui préserve la liberté individuelle en évitant que l’État ne dicte ce qui est bon ou mauvais dans le domaine intime. D’autre part, la complexité des relations sexuelles n’oblige-t-elle pas le Droit à devoir, dans certaines situations, délaisser sa neutralité ?

353. L’oscillation entre neutralité morale et devoir d’intervention nous pousse à réfléchir à la légitimité du Droit dans le domaine de la sexualité, une légitimité qui ne découle pas automatiquement de la légalité (§ II).

§ I – Gardien des valeurs sociales ou protecteur de la personne ?

A. La diffusion des valeurs sociales par le Droit

354. **Les fonctions du Droit : protéger, éduquer, organiser** – Le Droit est l’ensemble des règles juridiques applicables dans un État. Il définit les droits, les devoirs et les libertés des individus et sanctionne les atteintes portées à ceux-ci. Les règles de droit ont un caractère contraignant. Les sujets de droit se doivent de les respecter sous peine d’être sanctionnés. Le Droit a trois fonctions essentielles : protéger, éduquer et organiser. Comment ces trois fonctions se définissent-elles ?

355. Tout d’abord, la protection offerte par le Droit est celle des biens et des personnes. Il procure à ses sujets la possibilité de vivre dans un État sécurisé où toute atteinte injustifiée à leurs droits et libertés se doit d’être sanctionnée. La protection du Droit s’étend aussi bien aux atteintes physiques illégitimes qu’aux atteintes psychologiques. Au-delà des atteintes physiques et psychologiques, le Droit garantit également la protection des intérêts des individus, notamment lorsque ceux-ci consomment, louent ou achètent. Ensuite, lorsque nous évoquons sa fonction éducative, nous faisons référence à la transmission de valeurs communes, collectives. Le Droit, par sa réglementation, traduit des idées que les individus partagent. Il invite ainsi à la tolérance, à l’entraide ou encore au respect d’autrui. Il régule et organise la vie en société. Enfin, la régulation se traduit par la civilisation des rapports sociaux, ne fondant plus ceux-ci sur des rapports de force mais sur

des rapports de droit. L'organisation de la société se caractérise par la mise en place de structures organisant la société ainsi que leurs modes de fonctionnement.

356. Les fonctions du Droit peuvent-elles s'appliquer à la sexualité ? La sexualité relève du domaine de l'intime, de la vie privée. S'immiscer dans les relations intimes des individus relève de violer leur droit à la vie privée. Comment le Droit peut-il intervenir dans un domaine aussi privé que les relations sexuelles ? D'où puise-t-il sa légitimité en la matière ? Afin d'apporter une réponse à un tel questionnement, il faut se rapprocher de deux des fonctions essentielles du Droit : la protection et l'éducation.

357. La fonction protectrice est la plus simple à appréhender. Lorsqu'il existe des relations entre des individus, et qu'importe que celles-ci soient sexuelles ou autre, des dérives peuvent exister. Toute relation humaine n'est pas saine et certaines d'entre elles peuvent engendrer des dommages pour les membres impliqués dans la relation. Protéger c'est permettre aux citoyens de vivre dans une certaine sérénité sans avoir à s'inquiéter de subir les comportements néfastes d'autrui. La fonction protectrice du Droit se retrouve pleinement dans la sexualité des individus, notamment à travers les infractions qui répriment les violences sexuelles.

358. La fonction éducative est, elle, beaucoup plus vague. Si nous admettons que le Droit se doit d'éduquer les citoyens afin que ceux-ci se comportent correctement en société, l'éducation passe par la transmission de valeurs. Lorsque nous évoquons la fonction éducative, nous évoquons forcément la volonté de transmettre de bonnes valeurs aux citoyens. Néanmoins, les bonnes valeurs quelles sont-elles ? La tolérance, par exemple, c'est accepter l'autre dans toute sa personnalité. Accepter que l'autre puisse être différent de soi et que la différence n'est pas synonyme d'anomalie. À l'instar de la tolérance, le Droit se veut transmetteur de valeurs de respect. Le respect d'autrui, des biens ou encore, le respect de valeurs.

359. **Quid de la notion de valeur ?** – « Pour que vienne au jour la valeur en soi (...) je crois qu'il a fallu d'abord qu'au début de l'époque moderne surgissent les sciences dites physiques, qui précisément durent leur réussite à ce qu'elles faisaient abstraction des causes finales et du bien ; elles se prétendaient neutres ; elles se sont données pour objet d'étude une nature « réputée » inerte, dévalorisée : « être » coupe du « devoir »

être ». Parallèlement, s'érigait une nouvelle morale, non plus constituée à partir de la considération de l'être, mais de commandements : une morale faite d'« obligations » et d'interdits de la Loi divine (...) advint que cette morale nouvelle fut jugée pauvre, trop « formelle », vide de contenu ; et ses fondations illusoires. Et les « sciences » mordirent sur elle. Irruption des « sciences humaines », qui s'efforcèrent d'imiter la rigueur et l'objectivisme des sciences naturelles³²⁵ ». Les valeurs. Que sont-elles réellement ? Si le terme de « valeur » connaît maintes définitions, et ceci notamment à raison de la matière au sein de laquelle nous nous situons, la définition du terme de « valeur » qui intéresse notre étude est la suivante : « Chose ayant ce caractère ; ce qui est beau, bien, vrai, juste³²⁶ ». Les valeurs, basées sur les notions de bien, de justice et de vérité, sont les idéaux d'une société, les buts à atteindre mais aussi les idées à défendre. Les valeurs sont le moteur d'une certaine conscience humaine. Les êtres humains se doivent d'agir, s'ils souhaitent se conformer aux idéaux de la société, dans le respect des valeurs imposées par elle. Au sujet de la notion, Jean-Baptiste JACOB affirme que « la valeur existe, elle git dans la conscience ou l'intention de tout individu et se manifeste à travers sa faculté d'estimer, de préférer, les choses qu'ils offrent à sa conscience et qui déterminent son action³²⁷ ». La valeur est, sans nul doute, le fruit de l'esprit humain, de la conscience humaine ; une conscience humaine qui va choisir quelle est la position la plus acceptable à adopter pour être dans le bien, le juste, le vrai.

360. Lorsque nous évoquons les notions même de « bien », de « juste » ou de « vrai », ceci fait inévitablement écho à la notion de morale. Valeur et morale peuvent-elles être considérées comme des notions analogues ? David GILLES et Simon LABAYLE estiment qu'à la différence de la morale qui s'impose, les valeurs sont soumises à un système d'adhésion³²⁸. Les individus vont adhérer à certaines valeurs qu'ils jugent convenables. La morale dispose d'une force obligatoire, alors que les valeurs n'interviennent que par une volonté d'y adhérer ; la valeur étant l'expression d'une préférence personnelle en vue

³²⁵ M. VILLEY, préface à l'ouvrage, C. GREZGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982, 314 pages, page 6.

³²⁶ <https://www.cnrtl.fr/definition/valeur> consulté le 6 mai 2022.

³²⁷ J.-B. JACOB, « De la normativité de la valeur en droit », *Les Cahiers de la Justice*, volume 1, n° 1, 2022, pages 45 à 63.

³²⁸ D. GILLES et S. LABAYLE, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *RDUS*, volume 42, 2012, pages 309 à 361, page 333.

d'une fin digne d'efforts personnels³²⁹. La morale est religieuse, les valeurs sont sociétales. Toutefois, si les notions diffèrent quant à leur mode de diffusion au sein de la société, elles se ressemblent sur un point : elles sont perçues comme un idéal à atteindre, un idéal permettant une harmonisation des consciences humaines.

361. Si désormais nous apercevons clairement la manière dont peuvent être définies les valeurs, il est temps d'en comprendre le but. Quel est le rôle des valeurs au sein même d'une société ? Les valeurs se caractérisent comme la direction à suivre. De même que la morale, les valeurs jouent un rôle d'harmonisation, de guide ; un guide voué à pousser les individus vers le bien, le juste. Les valeurs orientent les actions des individus, leur fixant buts et idéaux à atteindre.

362. Toutefois, si elles se caractérisent comme la ligne de conduite à adopter, les valeurs, à l'instar de la norme, ne revêtent pas un caractère objectif. Issues de la conscience humaine, elles varient fatalement d'une personne à une autre, les individus n'accordant pas la même importance à chaque valeur qui leur est présentée. Au-delà du fait que les valeurs varient en fonction de l'être humain à qui nous la présentons, les valeurs, tout comme la norme, varient à raison de l'espace et du temps³³⁰. Aussi, le système d'adhésion provoque inévitablement la subjectivisation des valeurs. Les individus faisant le choix d'y adhérer ou non. Les valeurs ne sont ni vraies, ni fausses et pourtant, le Droit, au sein de sa construction normative, s'en inspire.

363. **Normativité et valeurs** – Si les positivistes récusent l'union du Droit et des considérations morales, ceux-ci n'ont pas exclu la pertinence de la morale et des valeurs dans la construction normative. Pour les positivistes, il n'était pas question de refuser pleinement la possibilité que les valeurs et la morale jouent un rôle mais ils s'opposaient à l'idée même que le Droit puisse se fonder sur de telles considérations pour établir les règles applicables à la société³³¹. S'il est parfaitement compréhensible de vouloir rejeter toute

³²⁹ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1992, trad. R. ROCHLITZ et C. BOUCHINDHOMME, Ed. Gallimard, Coll. « NRF », 554 pages, page 177.

³³⁰ J.-C. BILLIER, « Les valeurs morales : la neutralité libérale par-delà le relativisme. L'approche par la philosophie morale », *Informations sociales*, volume 136, n° 8, 2006, pages 16 à 24.

³³¹ « *La science s'interdit de prescrire ce qu'il devrait ou ne devrait pas être sur la foi d'un quelconque jugement de valeur* », H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 1997, 517

valeur morale comme fondement du Droit, reflétant la volonté d'une justice dépourvue de toute connotation autre que juridique, il est difficile de ne pas admettre que, malgré leur rejet, les valeurs jouent inévitablement un rôle dans la construction normative. Certes, le Droit n'est pas moral, il est juste. Cependant, nous devons admettre le fait que si la morale se doit d'être écartée de toute construction normative, les valeurs connaissent une place majeure dans cette dernière. Les valeurs humaines, les valeurs sociales sont devenues le fondement du Droit, les érigeant au fur et à mesure, en principes desquels découlent les normes juridiques.

364. **Quid des principes ?** Si la notion semble se rapprocher de celle de « valeur », les deux termes ne sont pas identiques. Les valeurs sont les idéaux de la conscience humaine, les principes sont les outils qui les appliquent. Les valeurs sont la théorie, les principes la pratique. Les principes se comprennent comme les outils de mise en œuvre des valeurs. Afin de permettre à une valeur de se propager au sein de la société, le Droit érige des principes applicables à tous. Les valeurs fondent le Droit, les principes en permettent la diffusion³³². Ainsi, dans leur article intitulé « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », David GILLES et Simon LABAYLE énoncent que « *les valeurs, par essence, sont indéterminées, comme la morale, et nécessitent des normes qui les complètent, les prolongent, les déterminent, les valeurs s'incarnant alors naturellement dans un certain nombre de principes*³³³ ». De ce point de vue, nous pouvons clairement affirmer que les valeurs sont le moteur de la construction normative ; des valeurs qui se diffusent au sein de la société par le mécanisme des principes et des normes qui en découlent.

365. Au-delà du rôle majeur que jouent les principes dans la construction normative, il nous faut nous intéresser à un autre instrument juridique qui permet la diffusion des valeurs : les normes juridiques. Tirant leur essence même des principes reconnus par le Droit, les normes juridiques sont, elles aussi, l'instrument de mise en place des valeurs. Les

pages, page 46 ; D. GILLES et S. LABAYLE, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *RDUS*, volume 42, 2012, pages 309 à 361, page 311.

³³² D. GILLES et S. LABAYLE, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *RDUS*, volume 42, 2012, pages 309 à 361, page 318.

³³³ *Ibidem*, page 334.

valeurs à elles seules ne disposent pas de la force nécessaire pour permettre l'harmonisation de la société, les normes juridiques si. Au vu de leur caractère obligatoire, les normes légales permettent de faire appliquer uniformément les valeurs communes. La concrétisation des valeurs passe par le mécanisme juridique.

366. Toutefois, une situation nous interroge : puisque le Droit est le reflet de la pensée majoritaire, des valeurs communes au plus grand nombre, qu'advient-il lorsque certains individus n'adhèrent pas aux valeurs communes véhiculées par le Droit ? Face à cette situation, deux conséquences peuvent être observées : soit l'individu, qui ne partage pas la valeur commune, décide, malgré cela, de la respecter et dans ce cas, le Droit ne peut intervenir, soit l'individu qui ne partage pas cette valeur, fait le choix d'y déroger et à ce moment-là, il est sanctionné par le Droit. À titre d'exemple, nous pouvons citer le droit à l'avortement. Bien qu'il s'agisse d'une valeur qui n'est pas partagée par tous³³⁴, il est des individus qui ne s'y opposeront pas formellement et à l'inverse, certains choisiront d'entraver ce droit et de ce fait, seront punis par la loi³³⁵. Que les individus choisissent ou pas d'adhérer à une valeur semble ne pas avoir d'incidence sur la sanction de la violation de cette valeur. Le système d'adhésion semble, dans ces conditions, totalement vain. Ainsi, nous pouvons nous demander si en obligeant les individus à respecter certaines règles qui tirent leur substance de valeurs, le Droit n'impose-t-il pas, comme la morale, une sorte d'obligation et non une volonté d'adhésion ? Les valeurs seraient-elles la morale des États de droit ? Si, comme l'expriment David GILLES et Simon LABAYLE, les valeurs sont nécessairement soumises à un système d'adhésion, le Droit ne peut pas en imposer le respect. En érigeant des normes qui forcent au respect des valeurs, le Droit se montre plus moralisateur que gardien des valeurs communes. La subjectivité des valeurs conduit inévitablement les individus à ne pas nécessairement y adhérer et punir les individus qui ne les respectent pas contrevient fatalement à l'esprit même du système d'adhésion attaché aux valeurs. Le Droit semble même aller plus loin que la morale. Si la sanction

³³⁴ « Une manifestation contre l'avortement réunit plusieurs milliers de personnes à Paris », 17 janvier 2021, *Le Monde*,

https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/01/17/une-manifestation-contre-l-avortement-reunit-plusieurs-milliers-de-personnes-a-paris_6066594_3224.html consulté le 23 avril 2022.

³³⁵ Article L2223-2 du Code de la santé publique (CSP).

morale n'est encourue que dans la conscience des individus qui la transgressent³³⁶, la sanction juridique dépasse la simple conscience humaine. Par les obligations, et les sanctions qui y sont attachées, qu'il soumet à ses justiciables, le Droit ne réprime pas uniquement la conscience humaine mais impose aux individus de véritables sanctions – physiques ou pécuniaires – auxquelles ils ne peuvent déroger. La volonté du Droit de se détacher pleinement de la morale lors de la construction normative n'empêche pas celui-ci de recourir aux mêmes modes de fonctionnement : une valeur à respecter et une sanction imposée en cas de transgression.

367. Puisque le Droit considère que les individus se doivent de respecter des valeurs communes, diffusées au travers des principes et des normes, la question qui se pose, dès à présent, est de savoir si l'ensemble des valeurs sur lesquelles se fonde le Droit se doivent d'être appliquées à tous les comportements humains ? Le Droit peut régir tous les aspects de la vie des individus mais il est des domaines dans lesquels il ne doit avoir qu'une place mineure, réduite à la protection et à la sécurité de ses citoyens et non à la direction qu'ils doivent suivre ou à la position qu'ils doivent adopter.

368. **Les valeurs et le domaine de l'intime** – Les positivistes considèrent que le Droit, dans sa construction normative, doit se fonder sur des faits et non sur des jugements de valeurs. KELSEN, dans sa théorie objective de la norme, n'admet que deux choses : le licite et l'illicite, seules attestations de valeurs admises³³⁷. Toutefois, des siècles durant, le Droit a véhiculé certaines valeurs applicables à la sexualité. Outre les valeurs attachées au mariage – respect, fidélité, secours et assistance –, il imposait des valeurs qui n'étaient pas unanimement partagées par les membres de la société. La tolérance et l'interdiction des atteintes envers les couples homosexuels fut, jadis, une valeur inconnue du Droit. Celui-ci se permettait d'instaurer des valeurs qui n'étaient pas celles de l'ensemble de ses sujets. Si le Droit mettait effectivement en avant le licite et l'illicite, la volonté même de faire de tel comportement un comportement permis ou interdit tirait toute sa substance des valeurs qu'il prônait. Le licite et l'illicite sont des notions qui ne peuvent être pleinement détachées de la notion de valeur. Hormis les comportements qui créent un préjudice pour

³³⁶ J.-B. JACOB, *La valeur en droit. Étude de jurisprudence constitutionnelle sur les nouvelles représentations de la norme*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2021, 605 pages, page 83.

³³⁷ *Ibidem*, page 99.

autrui, certains comportements furent considérés comme illicites, non pas pour leur atteinte à autrui, mais pour la violation de valeurs établies.

369. Si la transmission de valeurs par la matière juridique semble primordiale, le caractère subjectif des valeurs dont le Droit fait la promotion peuvent rendre celles-ci, pour une partie de la population, néfastes. Il est des valeurs dites « communes » qui ne le sont pas véritablement. Ériger l'homosexualité comme une pratique contraire aux valeurs du Droit c'était imposer une idée restreinte des relations intimes. Les bonnes valeurs sexuelles doivent seulement s'apprécier de l'adoption d'un bon comportement sexuel, soit dans le respect d'autrui au regard de valeurs protectrices et non moralisatrices. Telles sont les seules valeurs que le Droit se doit de véhiculer dans le domaine de l'intime. Qu'importe qui vous aimez ou avec qui vous faites l'amour, faites-le dans le respect d'autrui, de son consentement, de sa volonté.

B. La fonction protectrice du Droit

370. ***La protection de la sexualité*** – Au-delà de la fonction éducative du Droit, celle-ci ne devant se limiter qu'à l'éducation des citoyens au respect d'autrui et de leur consentement, celui-ci dispose également d'une fonction protectrice envers les citoyens. Le Droit protège les individus des atteintes qui pourraient être portées, d'abord, à leurs droits mais également à leurs libertés. Protéger les individus c'est leur assurer de pouvoir vivre pleinement leur sexualité dans une société dépourvue d'atteintes physiques, psychologiques, discriminatoires. Tout comme la transmission de valeurs, la protection des individus passe par l'établissement de normes, elles-mêmes issues de principes.

371. Le Droit a pour vocation, afin de garantir une paix sociale, de protéger les individus. Protéger c'est permettre à chaque sujet de droit de vivre dans une société sécurisée, l'individu ne devant pas faire l'objet de quelques atteintes à sa personne.

372. ***Les atteintes physiques et psychiques*** – Dans la majeure partie des situations, lorsque des individus entreprennent une relation sexuelle, celle-ci a été décidée mutuellement et les potentielles atteintes physiques n'interviennent que par le jeu des corps qui s'entremêlent. Pourtant avoir des relations intimes n'est pas toujours synonyme

de plaisir et il est des cas où celles-ci peuvent même entraîner de véritables souffrances physiques pour les personnes qui y participent.

373. Que devons-nous comprendre par « souffrances physiques » ? Lorsqu'un individu se retrouve dans une relation sexuelle à laquelle il n'a pas consenti, telle que le viol, celui-ci peut être victime de séquelles physiques. En effet, lorsqu'un individu se refuse à une personne, par les violences dont la personne use pour arriver à avoir une relation, son corps va inévitablement subir des atteintes physiques. Toutefois, les atteintes physiques ne sont pas uniquement les coups que la victime peut recevoir pour obtenir sa soumission mais également les atteintes liées à la pénétration elle-même telles que des douleurs, des plaies ou encore des perforations.

374. Au-delà des atteintes physiques qui peuvent intervenir lors d'une relation sexuelle non consentie, la victime d'une telle relation peut également connaître de douleurs psychologiques. Toute relation non consentie n'est pas le fruit d'un acte violent. Que la relation non consentie soit le résultat d'un acte de violence ou non, celle-ci provoque inmanquablement des souffrances psychologiques ; souffrances qui ne se voient pas à l'œil nu et qui pourtant sont bien plus profondes que les souffrances physiques. Si les maux physiques s'effacent généralement avec le temps – tels que les coups reçus dans une volonté de soumission –, la psyché humaine garde en mémoire durant très longtemps les sévices qu'elle a pu subir. Ainsi, à la suite de violences sexuelles, les victimes vont, dans la majeure partie des cas, développer des signes de désordre psychologique. La dépression, la confusion, l'anxiété ou le sentiment de honte³³⁸ sont des conséquences habituelles des violences sexuelles.

375. Pour pallier ces comportements dévastateurs, le Droit a érigé tout un panel d'interdictions visant à protéger l'intégrité physique et psychique des individus. Ainsi, le Code pénal réprime, entre autres, le viol³³⁹, les agressions sexuelles³⁴⁰, l'exhibition

³³⁸ La liste présentée n'est pas exhaustive. Pour plus d'informations sur les séquelles psychologiques, voir M.-O. **BESSET** et M. **ABITA-PELETTE**, « Chapitre 8. Difficile d'être une victime, difficile de ne plus être une victime » in R. **COUTANCEAU** et *al.*, *Victimes et auteurs de violence sexuelle*, Ed. Dunod, Coll. « Psychothérapies », 2016, 384 pages, pages 107 à 114.

³³⁹ Article 222-23, Code pénal.

³⁴⁰ Article 222-22, Code pénal.

sexuelle³⁴¹, le harcèlement sexuel³⁴², Si les peines diffèrent en fonction de l'acte, la volonté du législateur est toujours la même : protéger ses justiciables des violences et atteintes sexuelles commises à leur rencontre.

376. **La protection de l'orientation sexuelle** – La protection des individus par le Droit ne se concrétise pas uniquement par la protection de leur corps et de leur esprit mais également par la protection de leur orientation. Il est des atteintes qui ne sont pas simplement portées sur le corps des individus mais sur leurs préférences. La sexualité ne se résumant pas à la relation hétérosexuelle, et cette pluralité d'orientations sexuelles pouvant conduire à des persécutions, le Droit s'est érigé en protecteur. Afin que chaque individu puisse s'épanouir pleinement dans son orientation sexuelle, le Droit a adopté nombre de mesures visant à réprimer tout comportement pouvant porter atteinte aux individus en raison de leur orientation sexuelle.

377. La volonté de protection du droit positif français n'est pourtant pas celle de tous les États du monde. En effet, nombre d'États ne protègent pas l'orientation sexuelle voire la répriment. De nos jours, l'homosexualité – à l'instar d'autres orientations sexuelles – est une orientation sexuelle qui est encore prohibée et sanctionnée dans environ soixante-dix États. Les sanctions à l'encontre des homosexuels varient, allant de la simple amende à la peine capitale. À titre d'illustration, l'Iran, l'Arabie Saoudite ou encore les Émirats Arabes Unis pratiquent la peine de mort alors que certains États la sanctionnent par une peine de prison. En tout état de cause, les divergences entre les systèmes juridiques se justifient par leur rapport à la condition homosexuelle ; d'aucuns la considérant comme une liberté individuelle devant être reconnue et protégée, d'autres l'assimilant à une activité intime contraire à la nature, à la morale, à l'ordre public. La variabilité de la norme joue un rôle essentiel dans la compréhension des systèmes judiciaires, celle-ci variant indubitablement d'un système à un autre à raison de différents critères.

378. Si le droit français n'a pas toujours prôné la liberté des homosexuels et la protection de celle-ci – encore une conséquence de la variabilité de la norme –, depuis quelques décennies, le droit français, à l'instar de ses voisins européens, offre à chaque individu la

³⁴¹ Article 222-32, Code pénal.

³⁴² Article 222-33, Code pénal.

liberté de choisir son orientation sexuelle et, au-delà de laisser le libre choix, le droit positif protège toute atteinte qui pourrait leur être portée. En effet, dès lors qu'un individu ne rentre pas dans le schéma classique de la sexualité, à savoir la sexualité hétérosexuelle – même si l'hétérosexualité peut également être source de comportements infractionnels – il est fréquemment l'objet de comportements discriminatoires voire d'atteintes à son intégrité physique et psychique. Afin de pallier une telle injustice, le législateur a adopté tout un panel juridique en faveur de la protection de l'orientation sexuelle des individus³⁴³. Néanmoins, se contenter de punir les agissements préjudiciables à toute personne en raison de son orientation sexuelle n'est pas suffisant pour garantir à celle-ci de vivre sereinement et d'être reconnue dans son identité. Protéger ce n'est pas seulement ériger des comportements en infractions. La protection passe avant tout par la reconnaissance ; la reconnaissance de droits et de libertés permettant à chaque citoyen de pouvoir vivre pleinement la sexualité qu'il a choisi d'adopter.

379. Si nous avons analysé l'importance que revêtent les fonctions de protection et d'éducation dans le domaine de la sexualité, il est un principe qui ne peut être négligé dans la question de la légitimité du Droit : le principe de neutralité.

§ II – Le Droit doit-il ignorer la sexualité ?

380. *La neutralité : entre libéralisme et républicanisme* – Lorsqu'il est question d'évoquer la neutralité du Droit, deux courants de pensée s'opposent. La pensée libérale et la pensée républicaine. Selon Jean Cassien BILLIER, « *les républicains sont attachés, en général, à l'idée selon laquelle une communauté politique ne peut se lier à elle-même sans promouvoir un certain nombre de valeurs communes. Les libéraux se méfient, en retour, d'une telle thèse qui risque, selon eux, de déboucher sur un système dans lequel l'autorité politique aurait l'ambition de faire le bien des individus malgré eux en les soumettant à des valeurs estimées supérieures à la liberté individuelle. Le libéralisme politique défend donc l'idée qu'un État idéalement juste doit être aussi neutre que possible à l'égard des*

³⁴³ Pour une information complémentaire sur la réglementation en la matière, se référer à la partie précédemment présentée.

valeurs³⁴⁴ ». Plus précisément, « *le libéralisme affirme que la société est composée d'une pluralité d'individus dont chacun possède sa propre conception du bien, ses propres but et intérêts. Il y a priorité du juste sur le bien*³⁴⁵ ». À l'inverse, « *les républicains (...) croient à la supériorité de certaines valeurs qui constitueraient de véritables référents*³⁴⁶ ». Pour les républicains, le devoir d'appartenance à la société est essentiel et ceci justifie la reconnaissance de valeurs supérieures, valeurs supérieures ne permettant pas aux citoyens de choisir leur propre conduite mais la conduite la plus acceptable pour la vie en communauté³⁴⁷. En définitive, les républicains privilégient le bien, les libéraux privilégient le juste. Si, désormais, nous avons sommairement établi les grandes lignes de ces deux courants de pensée, il nous reste à nous demander lequel de ceux-ci est le plus favorable dans le domaine de la sexualité ? Le libéralisme ? Le républicanisme ? Les deux ? L'État doit-il connaître d'une parfaite neutralité pour toutes les affaires qui concernent la vie intime ou est-il indispensable, pour garantir une paix sociale, que l'État abandonne sa neutralité en imposant le respect de valeurs supérieures et communes ? Si d'aucuns envisagent que seul l'un ou l'autre des deux systèmes est efficient, il nous paraît judicieux, dans le domaine de l'intime, de promouvoir la combinaison de ces courants de pensée en préconisant d'une part, la nécessité d'une neutralité morale du Droit et d'autre part, la légitimité d'une absence de neutralité.

381. ***L'indispensable neutralité morale du Droit*** – L'être neutre est « *celui qui s'abstient de prendre parti*³⁴⁸ ». Ne pas prendre parti c'est faire le choix de ne pas s'engager d'un côté ou de l'autre. La neutralité se caractérise comme l'état d'une personne physique ou morale qui s'abstient de prendre position face à une situation. Le Droit est-il une discipline empreinte de neutralité ? Profondément lié aux systèmes de valeurs, le Droit ne peut être considéré comme neutre. Quand bien même la théorie positiviste fait valoir un Droit parfaitement dénué de toute considération morale fondé uniquement sur les faits, dans la réalité, les valeurs jouent un rôle majeur dans l'établissement de la norme juridique. Elles

³⁴⁴ J.-C. BILLIER, « Les valeurs morales : la neutralité libérale par-delà le relativisme. L'approche par la philosophie morale », *Informations sociales*, volume 136, n° 8, 2006, pages 16 à 24.

³⁴⁵ O. LEBOYER, « Républicanisme et libéralisme – points de rencontre », *Le Philosophoire*, volume 39, n° 1, 2013, pages 71 à 85.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/neutre>

sont inhérentes au Droit. Et c'est parce que la réalité est ainsi que le Droit ne peut connaître d'une juste neutralité. Pourtant, il faut se demander si l'absence de neutralité dans le Droit relatif à la sexualité n'est pas synonyme d'ingérence injustifiée ?

382. Dans son ouvrage intitulé *Le droit des sexualités*³⁴⁹, Daniel BORRILLO expose l'idée que « *pour les sociétés démocratiques, l'impartialité morale de l'État constitue la garantie de la liberté des individus. Ce principe se fonde sur l'idée que l'État (et le droit) sont neutres et se limitent à énoncer le juste*³⁵⁰ ». Plus précisément, dans le domaine de la sexualité, BORRILLO considère que « *chaque citoyen doit déterminer sa manière de vivre et décider de ce qui est bon pour lui (...) Le système politique est ainsi appelé à éviter de prendre position dans le conflit des conceptions du monde qui doit rester confiné à la sphère privée*³⁵¹ (...) *Le droit n'a pas à promouvoir une morale sexuelle spécifique sous peine de devenir lui-même immoral. La neutralité éthique garantit le pluralisme puisque l'État s'abstient d'encourager une forme de sexualité au détriment d'une autre. La personne adulte est la seule capable de déterminer ce qui lui convient sexuellement. La liberté devient tyrannie dès lors que l'État prétend connaître mieux que l'individu ce qui est bon pour lui*³⁵² ».

383. Dans ses écrits, BORRILLO évoque la neutralité morale de l'État. En accolant ces deux notions – neutralité et morale –, l'auteur souhaite émettre une idée précise : l'État doit s'abstenir d'imposer une morale, par la diffusion de valeurs, lorsqu'il légifère dans le domaine de la sexualité³⁵³. Le Droit n'est pas moral, il est juste. L'immixtion de l'État dans les relations intimes, sexuelles des justiciables doit être limitée. Afin d'assurer une justice fondée sur des principes juridiques, le Droit ne doit pas imposer une quelconque vision des relations sexuelles. Le Droit ne doit consacrer aucune référence à la morale dans sa construction normative. Pourtant, s'il paraît évident que la morale n'a pas sa place dans le système normatif, elle s'impose régulièrement. Le principe de dignité, héritier des bonnes mœurs, illustre parfaitement la place toujours omniprésente de la morale dans les relations

³⁴⁹ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », 2009, 240 pages.

³⁵⁰ *Ibidem*, pages 23 à 24.

³⁵¹ *Ibidem*, page 24.

³⁵² *Ibidem*, page 24.

³⁵³ D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : Grands enjeux du monde contemporain » in A. BERBARD-GROUPEAU et A. DAGICOUR, *Droit et enjeux du monde contemporain*, Ed. Ellipses, 2013, 192 pages, pages 79 à 84.

intimes des individus. Pourquoi le principe de dignité ne peut être considéré comme un principe juridique dénué de toute moralité ? Il ne s'agit ici que de répondre brièvement aux questionnements quant au principe de dignité, une partie de la thèse y étant consacrée postérieurement. Néanmoins, comme le démontre très justement BORRILLO, « *l'argument de la dignité humaine, entendu comme attribut de l'humanité, est souvent avancé pour s'opposer au principe de la neutralité éthique. Les autorités de l'État (législateur, juge, administration...) peuvent déterminer ce qui constitue la dignité de la personne et peuvent ainsi la protéger contre elle-même si nécessaire afin de sauvegarder sa dignité. Cette conception de la dignité humaine véhicule une métaphysique de la personne plus proche de la théologie que du droit. Elle actualise la vieille théorie thomiste selon laquelle Dieu est le propriétaire de toute vie et les hommes ne sont que des simples usufruitiers. Son caractère sacré rend à certains égards notre propre personne indisponible et, si aujourd'hui l'État a remplacé le Créateur, la logique sous-jacente demeure la même : une instance supérieure connaît mieux que nous-mêmes ce qui est digne ou indigne pour nous. Il suffit qu'une autorité invoque la dignité humaine pour qu'automatiquement le consentement de l'individu soit invalidé*³⁵⁴ ». La dignité est un principe purement subjectif dont le Droit ne peut user pour légitimer son absence de neutralité.

384. **Une absence légitime de neutralité** – Si nous convenons du fait que, dans le domaine des relations sexuelles, le Droit se doit d'adopter une certaine neutralité, son devoir de neutralité s'efface dans un certain cas : l'atteinte à autrui. Si nous avons précédemment émis l'idée que le Droit ne devait pas s'immiscer dans les relations intimes des justiciables, cette obligation ne peut être maintenue lorsque les justiciables sont les victimes des torts causés par autrui.

385. Garant de valeurs protectrices – et seulement protectrices –, le Droit ne peut, lorsqu'une atteinte est portée à autrui, rester insensible. Précisément, dans ces situations, son absence de neutralité devient parfaitement légitime. Certes, il est inconcevable que le Droit régie la sexualité des individus lorsqu'elle est pratiquée de manière consentante. Néanmoins, la sexualité n'est pas toujours synonyme de plaisir et lorsqu'elle est réalisée par le biais d'un comportement nuisible, elle en devient dévastatrice. Dès lors, le Droit se

³⁵⁴ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », 2009, 240 pages, page 25.

doit d'abandonner sa neutralité pour garantir la protection de ses justiciables. Dans le domaine de l'intime, telle doit être la seule fonction de celui-ci. Le Droit n'étant pas moralisateur, il ne peut interdire des comportements sexuels du seul fait de la morale, de valeurs subjectives qu'il considère comme supérieures. Il est des comportements qui, au-delà de défier la morale, viole les libertés et les droits d'autrui et c'est à ce moment précis, que le Droit se doit d'intervenir, celui-ci devant imposer à ses justiciables le respect de valeurs liées à la protection des personnes.

386. Ainsi, si le Droit, dans le domaine de la sexualité, doit faire preuve d'une neutralité morale, il lui est nécessaire, lorsque la protection des citoyens le justifie, d'abandonner sa neutralité pour assurer la sauvegarde des droits et des libertés des individus.

387. **La légitimité au travers de la légalité** – « *La légitimité fait partie de ces quelques grands concepts fondamentaux mais non spécifiquement juridiques qui ont été récupérés par le droit. Il ne pouvait pas en être autrement car elle est, en réalité, au cœur du phénomène juridique. Elle assure une meilleure efficacité à la règle de droit en ce qu'elle la justifie auprès des sujets de droit par une sorte d'accréditation, tel un certificat de garantie. Au nom de quoi, en effet, peut-on invoquer le droit pour le faire prévaloir dans les rapports sociaux si ce n'est par un impératif supérieur qui lui permettra de s'appliquer, d'exiger obéissance, sans être contesté ? Pour parvenir à l'adhésion au moins implicite de toute la société à la légalité, encore faut-il être persuadé qu'il s'agit d'un droit pleinement et substantiellement légitime³⁵⁵ ».*

388. La légitimité est une notion qui peut être définie ainsi : qualité de ce qui est juste, équitable. La légalité, en revanche, se caractérise comme ce qui est conforme à la loi. À l'inverse de la légalité qui nécessite un certain formalisme, la légitimité est une notion plus sociétale, culturelle. Pourtant, d'aucuns rapprochent fortement ces notions, considérant que ce qui est légal est, par nature, légitime. Ainsi, la question qui se pose est la suivante : est-ce que la légitimité du Droit tire sa source de la légalité ?

³⁵⁵ J.-B. D'ONORIO, « La légitimité : de quel droit ? », *Les Cahiers Portalis*, volume 7, n° 1, 2020, pages 93 à 126.

389. La légalité rend-t-elle toute action du Droit légitime ? Le légal est-il toujours le synonyme du juste ? L'exemple le plus marquant pour démontrer que ces deux notions, quoi qu'étymologiquement proches³⁵⁶, ne sont pas en lien direct est celui des systèmes dictatoriaux. Un dictateur légitime ses actes par le fait qu'ils sont légaux, toutefois, légaux ne signifient pas qu'ils sont justes. La légitimité et la légalité sont deux notions, quoique parfois en corrélation, parfaitement différentes. La légalité ne doit être que l'instrument de la légitimité. Les normes adoptées par un État sont légitimes non pas parce qu'elles sont légales, mais parce qu'elles sont justes. Il n'est pas concevable de justifier une légitimité par le simple fait de la légalité. La légitimité du Droit extrait sa substance de son devoir, son devoir de justice envers ses justiciables. La légalité n'est que l'instrument de mise en œuvre de la légitimité.

390. *Quid* de la légitimité du Droit en matière de sexualité ? Comme précédemment énoncé, la légitimité du Droit ne doit pas intervenir par le simple processus législatif. Nombre de textes législatifs relatifs à la sexualité se sont révélés injustes. Les normes prohibant, par exemple, toute forme de sexualité autre qu'hétérosexuelle n'avaient pour simple but que de réprimer une forme d'amoralité ; ces normes fondant la légitimité du Droit sur une volonté de moralité et non de justice. Quel que soit le domaine dans lequel il s'ingère, le Droit doit conserver son objectif premier : la justice. Le Droit est-il légitime à régler la sexualité de chacun ?

391. Durant des siècles, le Droit s'est érigé en protecteur de la morale, interdisant des pratiques qu'il considérait comme contraires à la norme, à la morale, à la nature. De ce fait, le Droit puisait sa légitimité de la morale qu'il diffusait. Non sans se soucier de la protection aux atteintes physiques accordée aux individus, nombre de textes législatifs règlementaient une sexualité basée sur le respect de valeurs, valeurs issues de la tradition chrétienne. Le Droit trouvait sa source dans la morale chrétienne légitimant son action au regard des préceptes religieux.

³⁵⁶ Étymologiquement, le terme « légal » provient du latin « *legalis* » qui signifie « relatif aux lois », « conforme à la loi divine ». De même, la notion de « légitimité » vient du latin « *legitimus* » qui signifie « fixé par les lois », « conforme aux lois ».

392. La légitimité du Droit dans le domaine de l'intime se restreint-t-elle à la diffusion de valeurs ? Nous avons, ci-devant, mis en lumière le rôle éducatif du Droit. Garant des valeurs communes, il joue un rôle régulateur entre les citoyens. Néanmoins, nous avons pu invoquer la subjectivité des valeurs communes et les dérives qui peuvent intervenir lorsque celles-ci ne sont pas validées par tous. Les valeurs religieuses fondées sur la procréation et le rejet de toute autre forme de sexualité nous ont prouvé que chaque valeur émise par le Droit n'est pas forcément légitime.

393. Si le Droit fonde son action éducative sur la diffusion de valeurs, il ne doit s'appuyer sur ces valeurs que dans une préoccupation de protection et non de moralisation. Le Droit ne doit pas se présenter en garant de la morale mais comme protecteur des droits et libertés des citoyens. Les valeurs transmises par le Droit sont désormais celles du respect d'autrui c'est-à-dire le respect de l'intégrité physique, de l'autonomie personnelle. Sa légitimité dans le domaine de l'intime intervient uniquement sur le fondement de valeurs protectrices des droits et des libertés des individus. De surcroît, la légitimité ne peut être justifiée par une quelconque volonté d'imposer une certaine morale. Ainsi, dès lors que le Droit tire sa légitimité de la protection des justiciables, la légalité des textes appuie cette légitimité. À l'opposé, toute norme législative prônant une valeur fondée sur la morale retire au Droit toute sa légitimité en la matière.

394. Au-delà des valeurs communes transmises par le Droit, les développements précédents nous ont démontré que le Droit n'est, par ailleurs, légitime à réglementer la sexualité des individus que lorsqu'une atteinte est portée aux droits et libertés des citoyens. Réglementer la sexualité des individus en fonction des convenances sociales est inacceptable. La sexualité des individus ne doit faire l'objet d'une réglementation que dès lors qu'il y a atteinte à autrui, un acte sexuel commis sans le consentement pouvant être dévastateur pour la personne qui en est la victime.

395. Que les atteintes soient dirigées envers la personne, son corps ou envers ses choix, ses décisions, le Droit ne peut rester inerte. Il est de son devoir d'intervenir pour protéger ses justiciables des atteintes physiques et psychologiques qui pourraient leur être portées. De cette nécessaire protection le Droit tire toute sa légitimité. S'il se doit de limiter son intervention dans la vie privée des individus, certaines situations néfastes le conduisent à

agir. Telle est la seule légitimité que le Droit possède dans la sphère si privée qu'est la sexualité ; une légitimité qui s'opère par la mise en œuvre du principe de l'ordre public, garant et protecteur des libertés et droits des individus mais également principe limitateur.

SECTION II – Ordre public de protection ou de direction de la sexualité ?

396. Au cœur de nos sociétés, l'ordre public se dresse en gardien des valeurs et des comportements. Cette notion, à la fois ancienne et moderne, demeure l'un des piliers du Droit, assurant la stabilité et la sécurité au sein de la communauté. Des civilisations anciennes aux temps modernes, la nécessité de préserver la paix et la sécurité a toujours été manifeste.

397. La richesse de l'histoire de l'ordre public démontre une évolution, une transformation subtile de la répression vers la protection des droits individuels. Mais comment le principe d'ordre public se mêle-t-il à la sexualité ? Comment l'ordre public se positionne-t-il face aux comportements intimes des individus ?

398. L'ordre public, bien que principe notoire, ne bénéficie pas d'une définition explicite et celui-ci oscille entre préservation des normes sexuelles et sauvegarde des droits et libertés individuels, une oscillation donnant au concept d'ordre public un caractère variable (§ I).

399. Comment l'ordre public, les valeurs et la sexualité se rejoignent ? Comment la société régule ce qui se passe derrière les portes closes de la chambre à coucher, tout en respectant les droits et les libertés ? L'ordre public est-il légitime à régler la sexualité de chacun ? (§ II).

§ I – Le concept de l'ordre public

400. ***La construction historique de l'ordre public***³⁵⁷ – Tout individu aspire à vivre en harmonie. Tout individu désire pouvoir emprunter le chemin de la vie en toute sérénité, loin

³⁵⁷ Pour une analyse exhaustive de l'histoire de la construction de l'ordre public, voir A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages.

des troubles et des maux, des difficultés et de la tourmente. Pourtant, le seul fait de vivre en société peut être un obstacle à la réalisation d'un tel désir de quiétude. De la société émergent troubles et incidents, qu'ils interviennent du fait de l'homme ou de la nature. D'où, dès lors, la nécessité de garantir un ordre.

401. **Ordre. Paix. Protection.** C'est véritablement autour de ces trois notions que l'ordre public tel que nous l'appréhendons de nos jours s'est construit. L'ordre public n'est pas un principe nouveau. La vie en communauté et les troubles qui pouvaient lui être attachés a toujours nécessité la mise en place d'un ordre, un ordre régulateur des comportements sociaux.

402. De l'Antiquité à notre époque contemporaine, il a toujours été envisagé le besoin vital d'établir un ordre, un ordre essentiel à la bonne régulation de la société. Si le terme d'ordre public, tel que nous le connaissons dans notre droit positif, n'est apparu³⁵⁸ que sous la plume de DOMAT³⁵⁹ et DELAMARE³⁶⁰, la reconnaissance d'un principe d'ordre fut établie dès l'Antiquité.

403. Selon l'idée d'ARISTOTE, dans son traité intitulé *Politique*³⁶¹, la cité se caractérise comme une communauté « d'animaux politiques » réunis, non seulement, par le choix de vivre ensemble mais aussi de « bien vivre » en vue d'une vie parfaite. ARISTOTE, dès son temps, évoquait déjà l'impératif d'un bon ordre, considérant que la nature implique un ordre³⁶². Il prônait la nécessité de bien vivre ensemble dans une harmonie politique et humaine³⁶³. Une telle conception de la vie en société va se retrouver dans l'Antiquité

³⁵⁸ Le terme « ordre public » fut déjà employé dans une déclaration de 1639 consacrée au mariage mais son usage n'était pas systématique. L'implantation du terme dans le langage juridique doit être accordée à DOMAT et DELAMARE qui en ont fait un usage régulier, A. FORLEN, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, pages 16 à 17.

³⁵⁹ J. DOMAT, *Traité des loix*, Paris, Ed. J.-B. Coignard, 1^{ère} éd., 1689, 679 pages, *passim*.

³⁶⁰ N. DELAMARE, *Traité de la police*, Paris, 1738, Tome IV, 866 pages, *passim*.

³⁶¹ ARISTOTE, *Politique*, Traité, IV^e siècle avant J.-C. ; ARISTOTE, *La politique*, Librairie Philosophique Vrin, 1995, 595 pages.

³⁶² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Ed. PUF, Coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2013, 640 pages, page 86.

³⁶³ À titre d'exemple, nous pouvons citer la mesure d'ostracisme qui consistait à bannir un homme politique en raison d'une ambition tyrannique qui menaçait le bon ordre de la cité ; A. MARTIN, « Notes sur l'ostracisme dans Athènes » in *Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des inscriptions et belles-lettres de l'Institut de France. Première série, Sujets divers d'érudition*, Tome 12, 2^e partie, 1913, pages 383 à 446.

romaine. Dans la pratique, les citées romaines sont ordonnées et structurées afin d'y assurer la sécurité de leurs citoyens en prévoyant notamment une administration chargée du maintien de la sécurité publique et l'établissement d'un droit criminel³⁶⁴. Ainsi, bien que les notions grecques et romaines ne puissent être comparables à notre notion contemporaine d'ordre public, celles-ci s'en rapprochent considérablement, chacune prônant la nécessité de prévenir et de gérer les désordres ainsi que de punir tout comportement criminel.

404. Durant les siècles suivants, la volonté de préserver la paix publique ne va pas s'amenuiser. Si le Moyen-Âge n'utilise pas de la notion même d'ordre public, il va être mis en œuvre des mesures visant à assurer la tranquillité, la sûreté et le bon ordre en raison d'un ordre naturel. Selon SAINT THOMAS D'AQUIN, « *la société s'organise par les rapports harmonieux et ordonnés qui existent naturellement. Si cet ordre est ponctuellement rompu, par des facteurs de désordre que sont péchés ou crimes, il appartient aux hommes de punir ces comportements, afin que par la peine, l'ordre soit rétabli*³⁶⁵ ».

405. En vertu de cet ordre naturel, dès le XIII^e siècle, le souverain va devenir le garant de l'ordre en adoptant des mesures visant à poursuivre le blasphème, l'usure, le port d'arme³⁶⁶, ... formes privilégiées d'atteinte à l'ordre public en ces temps ; le blasphème et l'usure étant répréhensibles par les Saintes Écritures, le port d'arme considéré comme source première du brigandage qui menace la paix du roi. Il n'est d'ailleurs pas correct d'évoquer le terme « ordre public » au sens que nous lui accordons actuellement. Il s'agit effectivement d'un ordre – dans le sens premier du terme – mais il est davantage divin³⁶⁷

³⁶⁴ Pour une étude plus approfondie de la notion d'ordre public dans l'Antiquité romaine, voir A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, pages 33 à 63.

³⁶⁵ M. **VILLEY**, « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *AphD*, 1983, n° 28, pages 186 à 188 ; A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 25.

³⁶⁶ C. **GAUVARD**, « Les juges jugent-ils ? » in *Violence et ordre public au Moyen-Âge*, Ed. Picard, 2005, 288 pages, pages 116 à 130.

³⁶⁷ Pour SAINT AUGUSTIN, « *l'ordre a Dieu pour source unique. Il existe divers degrés d'ordres et l'ordre divin est hors de portée des hommes. Cependant Augustin encourage, dans le cadre de la cité terrestre, l'obéissance aux lois temporelles, parce qu'elles peuvent procurer au groupe l'ordre et la sécurité, conditions nécessaires à la réalisation du bien commun* », M. **VILLEY**, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Ed. PUF, Coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2013, 640 pages, page 119 ; A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 25.

et naturel que public. Il puise sa source dans les préceptes religieux et le souverain doit s'assurer qu'un tel ordre est respecté par ses sujets. « *Le roi de France, depuis le Moyen-Âge, se veut défenseur de la religion et de la foi (...). Il jure également, lors du serment du sacre, d'expulser hors du royaume ceux considérés comme hérétiques par l'Église, à l'aide de toutes les forces en sa disposition*³⁶⁸ (...). *Le roi protège la religion par conviction qu'il en a la mission spirituelle. Il le fait également par intérêt : il sait qu'il protège ainsi l'ordre public du royaume (...)*³⁶⁹ ». Bien que la période du Moyen-Âge fût marquée par la préservation d'un ordre naturel et divin, un nouvel ordre va s'imposer³⁷⁰. De l'ordre naturel va s'ensuivre un ordre social, plus précisément encore, un ordre public³⁷¹. Désormais, l'ordre public n'émane plus de la puissance religieuse mais de la puissance étatique, royale.

406. L'instauration de l'Ancien régime va ouvrir une nouvelle ère. L'ordre public est désormais une production royale et l'État s'impose dès lors comme « *l'autorité ordonnatrice de la société*³⁷² ». Un ordre public de droit est établi. L'émergence de la nécessité d'un ordre émanant du souverain va s'étendre jusque dans la pensée des philosophes de l'époque. Dans son ouvrage majeur intitulé *Léviathan*, HOBBS déclare que « *et, parce que le but de cette institution est la paix et la défense de tous, et que quiconque a droit à la fin a droit aux moyens, il appartient de droit à tout homme ou assemblée investis de la souveraineté, d'être juge à la fois des moyens nécessaires à la paix et à la défense, et aussi de ce qui les gêne et les trouble, et de faire tout ce qu'il juge nécessaire de faire, soit par avance, pour préserver la paix et la sécurité en prévenant la discorde à l'intérieur et l'hostilité à l'extérieur, soit, quand la paix et la sécurité sont perdues, pour les recouvrer*³⁷³ ». Si auparavant, l'ordre public ne se concevait que dans son volet répressif, l'évolution de la notion a introduit un versant préventif. Il n'est désormais plus question d'attendre qu'une infraction soit commise pour préserver l'ordre public. L'État doit anticiper les troubles à

³⁶⁸ G. **LE BRAS**, *La police religieuse dans l'ancienne France*, Paris, Ed. Fayard, 2010, 320 pages, page 91.

³⁶⁹ A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 141.

³⁷⁰ La disparition d'un ordre naturel et divin s'explique, en partie, par la fraction de la communauté chrétienne en raison des guerres de religion, A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 26.

³⁷¹ *Ibidem*, page 26.

³⁷² *Ibidem*, page 26.

³⁷³ T. **HOBBS**, *Léviathan*, traduit par F. TRICAUD, Paris, Ed. Sirey, 1994, 780 pages, page 184.

venir en instaurant des mesures préventives. L'ordre public devient binaire, à la fois répressif, à la fois préventif³⁷⁴.

407. Dès lors, nombre de domaines vont tomber sous le joug de l'État qui, au nom du respect de l'ordre public, adopte des mesures répressives et préventives. La protection contre les atteintes corporelles³⁷⁵, la préservation de la santé³⁷⁶, la prévention et la répression des troubles collectifs³⁷⁷, la répression de l'hérésie³⁷⁸ sont autant de champs qui intéressent l'ordre public. Parmi ceux-ci, il est un versant de l'ordre public qui touche plus particulièrement notre étude : la préservation de l'ordre moral. *Quid* de l'ordre moral sous l'Ancien Régime ? L'ordre moral, en ces temps, était essentiellement un ordre moral religieux. Outre la condamnation de l'hérésie, il était une sphère spécifique qui ne pouvait être détachée de l'ordre public : les unions matrimoniales. L'ordre public moral se matérialise par la protection de l'institution matrimoniale à travers l'élaboration de mesures visant la publicité ainsi que le consentement à l'union³⁷⁹. L'État impose des bonnes règles de vie, de bonnes mœurs. La stabilité maritale est source de stabilité sociale³⁸⁰. Au-delà de la réglementation des formes et conditions du mariage, l'État réprime les unions hors mariage. Selon Antonin FORLEN, « *le mariage étant perçu comme le socle d'un ordre social stable, toute relation entre un homme et une femme hors de ce cadre juridique strict est réprouvée*³⁸¹ ». D'ailleurs, les auteurs de l'époque s'accordent à considérer qu'il s'agit d'une union contraire aux bonnes mœurs et nuisible à l'État³⁸² ; en particulier lorsqu'il provoque un scandale public, un tel scandale offensant publiquement les bonnes

³⁷⁴ A. FORLEN, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, pages 28 à 29.

³⁷⁵ *Ibidem*, pages 75 à 85.

³⁷⁶ *Ibidem*, pages 94 à 106.

³⁷⁷ *Ibidem*, pages 85 à 94.

³⁷⁸ *Ibidem*, pages 141 à 174.

³⁷⁹ *Ibidem*, pages 177 à 181.

³⁸⁰ Pour le roi, le mariage est « *d'une part (...) un élément clé de l'ordre social, en tant qu'origine des familles, d'autre part, le respect des parents par leurs enfants est le reflet de l'obéissance des sujets à leur souverain* », A. FORLEN, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 179.

³⁸¹ *Ibidem*, page 181.

³⁸² « *Le concubinage (...) non seulement contraire à la pureté du Christianisme, mais aussi aux bonnes mœurs et l'intérêt de l'État* », C.-J. DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1771, Tome 1, 3^e éd., 775 pages, page 352.

mœurs³⁸³. Certains le qualifient même de crime³⁸⁴. Les unions hors mariage ne sont pas le seul scandale qui trouble l'ordre public. À ceux-ci se doivent d'être ajoutées les relations adultérines, des relations qui bouleversent l'ordre social moral et familial établi³⁸⁵. À la lecture de ces quelques informations, il ne peut être fait état que d'une chose : l'État, de tout temps, s'immisce dans la sexualité des individus. Il régit leurs comportements sexuels en édictant des règles de bonne conduite amoureuse, de bonne conduite sexuelle. L'intérêt du Droit pour la sexualité remonte à la législation ancienne et l'établissement de normes sociales, morales et juridiques en matière de sexualité illustre parfaitement la volonté constante du Droit de régir la vie privée des individus même dans les moments les plus intimes de leur existence. En insérant le mariage – et *a fortiori*, la sexualité – comme une composante au respect de l'ordre public, le Droit se veut le gardien privilégié des comportements sexuels des justiciables.

408. La réglementation de la sexualité en raison de la préservation de l'ordre public, sous l'Ancien régime, ne va pas s'arrêter aux unions matrimoniales. La prostitution, sans étonnement, est un comportement sexuel qui viole l'ordre public établi. Qualifiés de « crimes contre la société³⁸⁶ », les comportements sexuels qui transgressent les préceptes religieux, violent indubitablement l'ordre public³⁸⁷.

409. Las des restrictions arbitraires et fondées sur la doctrine religieuse, les révolutionnaires vont éprouver le désir de rompre avec l'idée de la sauvegarde d'un ordre public établi sous l'Ancien Régime³⁸⁸. Si tel fut leur souhait, dans un premier temps, ils ne

³⁸³ A. **DUVILLET**, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècles)*, Thèse, Droit, Université de Bourgogne, 2011, 532 pages, page 79 ; P.-F **MUYART DE VOUGLANS**, *Les lois criminelles du Royaume dans leur ordre naturel*, Paris, Ed. Méridot le jeune, 1780, 945 pages, page 211.

³⁸⁴ P.-F **MUYART DE VOUGLANS**, *Les lois criminelles du Royaume dans leur ordre naturel*, Paris, Ed. Méridot le jeune, 1780, 945 pages, pages 208 à 211.

³⁸⁵ A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 182 ; P.-F **MUYART DE VOUGLANS**, *Les lois criminelles du Royaume dans leur ordre naturel*, Paris, Ed. Méridot le jeune, 1780, 945 pages, pages 219 à 224.

³⁸⁶ P.-F **MUYART DE VOUGLANS**, *Les lois criminelles du Royaume dans leur ordre naturel*, Paris, Ed. Méridot le jeune, 1780, 945 pages, page 206.

³⁸⁷ MUYART DE VOUGLANS y consacre tout un chapitre intitulé « Du Maquerellage », *Ibidem*, pages 215 à 219.

³⁸⁸ Les révolutionnaires souhaitaient surtout rompre avec les méthodes arbitraires d'Ancien régime de maintien de l'ordre public, A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 214.

purent s'en détacher pleinement, considérant que la préservation d'un ordre public était nécessaire. Pourtant, bien que reconnaissant la nécessité de garantir l'ordre public, la conception révolutionnaire de la sauvegarde va s'émanciper du système précédemment installé. Si, auparavant, l'ordre public n'était que prévention et répression, il doit désormais s'accorder avec les droits et libertés. Un nouveau cadre juridique de l'ordre public est envisagé et établi ; un cadre qui viendra amorcer la conception contemporaine de la notion soit le fait que l'ordre public ne peut, désormais, plus s'envisager sans son rapport aux libertés publiques.

410. L'évènement majeur qui va consacrer le lien entre ordre public et libertés publiques est l'adoption dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 de l'article 10 ainsi rédigé : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

411. La rédaction d'un tel article va être perçue comme une évolution majeure. Désormais, l'ordre public ne s'accorde plus uniquement avec la prévention et la répression mais également avec la protection des libertés publiques. Dès cet instant, les juristes vont s'interroger sur les rapports entre ordre public et libertés publiques et notamment dans l'articulation entre préservation de l'ordre public et respect des libertés. Un débat qui, à ce jour, est toujours au cœur des questions doctrinales. À l'émergence de la relation fondamentale entre ordre public et libertés va s'ajouter un autre point capital : l'ordre public est établi par la loi. Un transfert s'opère : la souveraineté passe du roi à la nation³⁸⁹. La nation est seule souveraine et garante de l'ordre public³⁹⁰. Plus précisément, « *le pouvoir du législatif, monopole de la nation souveraine, est désormais la seule source possible de l'ordre public établi par la loi*³⁹¹ ». Les révolutionnaires protégeant les citoyens de

³⁸⁹ Le roi conserve cependant le devoir de veiller au maintien de l'ordre public et de la tranquillité publique mais son champ d'action est particulièrement limité, celui-ci ne disposant plus du pouvoir législatif et réglementaire, *Constitution de 1791*, Titre III, Chapitre IV, Article 1^{er} : « *Le roi est le chef suprême de l'administration générale du royaume : le soin de veiller au maintien de l'ordre et de la tranquillité publique lui est confié* » ; A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 359.

³⁹⁰ A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 359.

³⁹¹ *Ibidem*, page 360.

l'arbitraire en reconnaissant la nécessaire protection de l'ordre public conciliable avec la reconnaissance et la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux par la loi.

412. L'histoire de la notion d'ordre public nous apprend, qu'à l'instar de la sexualité, l'ordre public n'a pas toujours été appréhendé de manière uniforme. Il s'agit d'une notion variable qui se mut au fil des siècles. S'il fut un temps synonyme de répression, l'émergence des libertés publiques va lui offrir un nouveau rôle. Bien qu'il reste garant de la protection de certaines valeurs, l'émergence constante des libertés lui enjoint de s'ajuster. Alors que certains avancent l'impossibilité de concilier ordre public et libertés, il apparaît que ces deux notions sont complémentaires, à charge pour chacune de ne jamais envahir l'autre. De ce constat, nous tirerons toute l'analyse de la relation entre liberté sexuelle et ordre public, toute l'étude de la légitimité du Droit dans la réglementation des comportements sexuels.

413. **La notion d'ordre public** – Parce qu'il était indispensable de retracer l'histoire de l'émergence du principe d'ordre public, il est dorénavant impératif d'en donner une définition ; le juriste ne pouvant assurément faire l'étude d'un principe sans en fournir une description précise.

414. Selon Pierre MAZEAUD, l'ordre public est « *une notion que tout le monde comprend sans qu'il soit nécessaire de lui donner une définition précise*³⁹² ». Notion considérée comme universelle, la notion d'ordre public, à l'instar de celle de sexualité, semble ne nécessiter aucune exigence de définition. D'aucuns estiment que chacun maîtrise la notion et chacun saisit pleinement les éléments qui la constitue. Pourtant, présumer ainsi paraît être une entreprise périlleuse, laissant à chacun le soin de définir la notion selon ses propres critères. Nous estimons, bien que la notion puisse faire écho à chacun, qu'il est indispensable de la définir précisément ; d'une part, dans un souci de précision et d'autre part, pour permettre aux lecteurs d'appréhender plus aisément la relation entre la notion d'ordre public et celle de sexualité.

³⁹² P. MAZEAUD, « Libertés et ordre public » in *Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la jurisprudence des cours constitutionnelles. 8^e séminaire des cours constitutionnelles*, octobre 2003, à consulter sur le site du Conseil constitutionnel.

415. Bien que l'ordre public soit une notion perçue comme universelle, en dégager une définition précise n'est pas chose aisée du seul fait de sa variabilité en raison de la situation géographique dans laquelle nous nous situons ainsi que du temps. Quoique variable, la notion d'ordre public peut connaître d'une définition générale qui s'applique dans une universalité de temps et d'espace. Antonin FORLEN, docteur en droit ayant soutenu une thèse intitulée *La dimension historique de la notion d'ordre public*, nous en offre une définition exhaustive : l'ordre public est « *une notion juridique comportant large variété d'opérations de droit, qu'elle fédère et catalyse au service d'un objectif commun : garantir le bon ordre. Il désigne, dans ce contexte, l'ensemble des opérations de droit destinées au maintien de l'ordre matériel de la société. Il se présente alors comme un ensemble d'outils juridiques mis en œuvre par l'État et ses organes afin de préserver, encadrer, maintenir les personnes et plus généralement la communauté politique tout entière dans un état d'harmonie et de paix*³⁹³ ».

416. Plus précisément, « *il représente la traduction juridique d'un principe politique et social immuable : la nécessité d'une garantie de la stabilité et de la paix sociale pour le développement, l'épanouissement et simplement la vie des communautés*³⁹⁴ ».

417. L'ordre public est un « *élément qui contribue à la solidité de l'ensemble de l'ordre juridique*³⁹⁵ ». Il est le garant de la stabilité sociale offrant aux justiciables la possibilité de vivre paisiblement et de jouir convenablement des droits qui leur sont accordés. L'ordre public garantit également la sécurité juridique des personnes et des biens. En définitive, l'ordre public se présente comme le « bon ordre », un « bon ordre » à respecter pour garantir la paix et la stabilité de la société.

418. Bien que d'aucuns se sont attachés à donner une définition de la notion d'ordre public, un tel principe n'a jamais été officiellement défini par le Droit. Alors même que la notion était connue et utilisée dans l'Ancien régime, nul ne s'est jamais donné la peine d'en

³⁹³ A. FORLEN, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, pages 21 à 22.

³⁹⁴ *Ibidem*, page 15.

³⁹⁵ E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique » in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2001, 436 pages, page 34.

fournir une définition précise³⁹⁶. D'ailleurs, dans notre droit positif, une telle omission demeure.

419. Certes, si à l'inverse des législations d'Ancien Régime, la notion d'ordre public est désormais mentionnée dans la loi³⁹⁷, elle ne connaît aucune définition formelle. Il y a bien l'article 2212-2 du CGCT qui déclare que « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques*³⁹⁸ » mais il ne s'agit là que d'une définition partielle, l'article se restreignant à énoncer les composantes³⁹⁹ de l'ordre public sans les définir précisément. De même, l'article 10 de la DDHC, seul texte constitutionnel mentionnant l'ordre public⁴⁰⁰, bien qu'évoquant la notion, reste muet quant à sa définition⁴⁰¹.

420. Ainsi, afin d'obtenir une définition plus précise de la notion d'ordre public, il est indispensable de s'en référer, tout d'abord, à la doctrine. Selon Marcel PLANIOL, « *une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est imposée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi*⁴⁰² ». De même, Philippe MALAURIE déclare que « *l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la société*⁴⁰³ ». Plus généralement, « *l'ordre public concerne le maintien d'un ordre, face à certains désordres qui se traduisent*

³⁹⁶ A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 218.

³⁹⁷ La notion d'« ordre public » est mentionnée dans un nombre conséquent de codes sans jamais être définie.

³⁹⁸ L'article 2212-2 du CGCT reprend, à la lettre près – en y ajoutant l'objectif de sécurité –, les termes de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale qui énonçait que « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques* », un ordre public qui se définissait déjà de la sorte du temps des lois révolutionnaires, D. **TRUCHET**, *Droit administratif*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », 4^e édition, 2011, 470 pages.

³⁹⁹ Du reste, toutes les composantes de l'ordre public ne sont pas énumérées dans l'article 2212-2 du CGCT puisque celui-ci omet d'évoquer la tranquillité publique, la moralité publique ou encore la dignité humaine.

⁴⁰⁰ L'article 73 alinéa 4 de la Constitution évoque également l'ordre public et la sécurité publique mais son application est retenue et spécifique aux régions et départements d'Outre-Mer. Il ne peut ainsi connaître d'une portée générale.

⁴⁰¹ G. **DRAGO**, « L'ordre public et la Constitution », *Archives de philosophie du droit*, volume 58, n° 1, 2015, pages 99 à 214.

⁴⁰² M. PLANIOL cité par A. **LE POMMELEC**, « La signification de l'ordre public en droit des contrats » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Ed. Cujas, 2013, 342 pages, page 74.

⁴⁰³ P. **MALAURIE**, *L'ordre public et le contrat. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Ed. Martot-Braine, 1953, 278 pages.

par des « agissements matériels ». C'est l'ordre public au sens classique du maintien de la sécurité, tranquillité et salubrité publiques et des impératifs de la loi pénale. Il vient réguler les comportements par des interdictions ou des injonctions de faire ou de ne pas faire. C'est un ordre public de police, au sens le plus général et le plus classique du terme⁴⁰⁴ ».

421. Ensuite, pour obtenir une définition de la notion d'ordre public, il est impératif d'examiner la jurisprudence. Dans son article intitulé « Libertés et ordre public⁴⁰⁵ », Pierre MAZEAUD nous informe que le Conseil constitutionnel n'a jamais pris la peine de donner une définition de l'ordre public et que celle-ci se déduit des termes de ses décisions. En analysant les décisions du Conseil constitutionnel nous pouvons, tout de même, en déduire que la conception émise par les Sages de la notion d'ordre public se rapproche fortement de la définition offerte par le droit administratif à savoir le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique⁴⁰⁶, des composantes auxquelles ont été ajoutées la moralité publique⁴⁰⁷ et la dignité humaine⁴⁰⁸.

422. Bien que n'ayant jamais défini précisément la notion d'ordre public, l'importance que lui accorde le Conseil constitutionnel l'a incité à lui donner un statut juridique propre en l'élevant au rang d'objectif de valeur constitutionnelle. *Quid* des objectifs de valeur constitutionnelle ? Les objectifs de valeur constitutionnelle sont des impératifs, des orientations dégagés par le Conseil constitutionnel à l'attention du législateur. Ils ont pour finalité de guider l'action normative. L'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public a été délivré dans une décision du 27 juillet 1982 dans laquelle le Conseil

⁴⁰⁴ G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », *Archives de philosophie du droit*, volume 58, n° 1, 2015, pages 99 à 214.

⁴⁰⁵ P. MAZEAUD, « Libertés et ordre public » in *Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la jurisprudence des cours constitutionnelles. 8^e séminaire des cours constitutionnelles*, octobre 2003, à consulter sur le site du Conseil constitutionnel.

⁴⁰⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ; Conseil constitutionnel, Décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999 ; P. MAZEAUD, « Libertés et ordre public » in *Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la jurisprudence des cours constitutionnelles. 8^e séminaire des cours constitutionnelles*, octobre 2003, à consulter sur le site du Conseil constitutionnel.

⁴⁰⁷ CE, 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutétia »* (reconnaissance officielle) ; CE, 17 décembre 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et de liquoristes de Paris* ; CE, 11 décembre 1946, *Dames Hubert et Crepelle*.

⁴⁰⁸ CE, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* ; CE, 9 octobre 1996, *Association « Ici et Maintenant »* ; CE, 30 août 2006, *Association Free Dom*.

constitutionnel déclare que « *Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier (...) l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte*⁴⁰⁹ ». Par cette décision, le Conseil constitutionnel impose au législateur de prendre en considération la préservation de l'intérêt général et ceci même s'il doit atténuer la portée de certains droits et libertés.

423. L'ordre public est un principe essentiel en droit positif français. Certes, s'il n'a jamais été clairement défini, cela n'a pas empêché les législateurs et jurisprudences successifs de le consacrer, l'imposant comme un principe protecteur et sécuritaire. Pourtant, si la référence indispensable au principe ne doit pas être remise en cause, la variabilité d'une telle notion pose des difficultés, notamment dans le domaine de la sexualité.

424. **L'ordre public : une notion empreinte de variabilité** – Bien qu'ancrée dans notre Droit depuis des siècles, l'ordre public est une notion qui n'échappe pas à la variabilité. Qu'il s'agisse du temps ou de la matière, objets de l'ordre public, la notion connaît d'incroyables variations. Autrefois cantonné à la protection physique des individus, l'ordre public s'est vu évoluer au gré des siècles, passant d'un ordre public répressif à un ordre public en conciliation avec les droits et libertés. La variabilité de l'ordre public s'explique par l'évolution de la société, des mœurs, des mentalités ; des évolutions conduisant à modifier constamment son contenu et modes d'actions afin de s'adapter aux comportements individuels émanant de la société.

⁴⁰⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, § 5.

425. Qualifiée parfois de protéiforme⁴¹⁰ voire d'insaisissable et de fuyante⁴¹¹, la notion d'ordre public connaît, sans aucun doute, un caractère variable⁴¹². Prenons, tout d'abord, l'évolution du temps. Si l'ordre public avait été, dès son fondement, instauré pour préserver la sécurité des citoyens, les revendications en faveur des droits et des libertés vont le conduire à devoir entreprendre une opération de conciliation. Désormais, l'ordre public n'est plus l'agent répressif des comportements troublants mais également le garant des droits et libertés des justiciables. Le triptyque sécurité-tranquillité-salubrité qui était au fondement même de la notion d'ordre public va s'enrichir de nouvelles exigences protectrices, un enrichissement dû aux mutations et à la variabilité de la société. La variabilité s'entend des moyens de protection de l'ordre public. Si auparavant, l'ordre public ne s'envisageait que dans sa fonction répressive, les mutations sociales et les exigences qui en ont découlé, l'ont forcé à revoir son système d'action. Tributaire d'une société dont les besoins se renouvellent continuellement, il subit l'influence d'une évolution constante des esprits et des comportements humains, sa variabilité tenant à son lien profond avec la régulation d'une société en perpétuelle mutation.

426. La variabilité de l'ordre public intervient, ensuite, dès lors que les valeurs à protéger se modifient. Avant d'évoquer la variabilité de l'ordre public à travers la variabilité des valeurs protégées et imposées, il est nécessaire de rappeler brièvement ce que nous devons entendre par le terme « valeur ». « *Les valeurs constituent un tout, un ordre social et idéologique, propre à chaque communauté et à chaque époque (...) L'État n'impose pas généralement de valeurs totalement contraires à celles partagées par la majorité de la société*⁴¹³ ». Plus précisément, les valeurs consistent en « *le bien être habituel, la sécurité*

⁴¹⁰ A. **LE POMMELEC**, « La signification de l'ordre public en droit des contrats » in CH.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Ed. Cujas, 2013, 342 pages, page 73.

⁴¹¹ B. **BONNET**, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable » in CH.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Ed. Cujas, 2013, 342 pages, page 116.

⁴¹² « *Les notions d'ordre public sont aussi vagues que fondamentales* », Louis JOSSERAND cité in P. **BERNARD**, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Thèse, Droit, Université de Montpellier, 1959, LGDJ, 1962, 286 pages, page 3.

⁴¹³ A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 479.

et le confort du peuple⁴¹⁴ ». Les valeurs se présentent comme la conception du « bien vivre », un « bien vivre » partagé par une grande majorité de la population. De l'acceptation générale des valeurs découlent l'ordre public. L'État se référant aux valeurs communes pour établir un ordre idéal, un ordre partagé par tous les esprits. Pourtant, même si les valeurs jouent le rôle de régulateur social, elles sont aussi « *indéfinies et sujets à controverse que l'ordre public*⁴¹⁵ », celles-ci se modifiant au gré du temps. Toute la difficulté tient au fait que dès lors que l'ordre public fonde son action sur la protection de valeurs, leur variabilité entraîne indubitablement la variabilité de l'ordre public, une variabilité des valeurs qui fait émerger un constat : si un comportement pouvait être autrefois accepté, l'évolution des mœurs pouvait le rendre incorrect le temps d'après.

427. Analysons l'exemple concret de la prostitution. L'oscillation législative – soit entre répression et tolérance – dont elle a été le sujet durant des siècles est une preuve même de la variabilité de l'ordre public. Si elle pouvait être admise et intégrée dans la société durant une période⁴¹⁶, les siècles suivants, le Droit la considérait comme un trouble à l'ordre public, une menace sociale nécessitant répression⁴¹⁷. L'oscillation des valeurs explique l'oscillation de l'ordre public. Ainsi, « *l'ordre public se construit autour de la protection d'un certain nombre de valeurs dont la hiérarchie est variable selon les temps et lieux*⁴¹⁸ ». De manière plus générale, à titre d'illustration, nous pouvons constater que les valeurs protégées qui émanaient principalement des Saintes Écritures se sont modifiées au fil des siècles et de la laïcisation de l'État⁴¹⁹. Les valeurs et l'ordre public, attaché lui-même

⁴¹⁴ A. F. A. **VIVIEN**, *Études administratives*, Paris, Ed. Guillaumin, 3^e éd., volume 2, 1859, 426 pages ; A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 480.

⁴¹⁵ A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 479.

⁴¹⁶ D. **LETT**, « Prostituée : une profession admise », *Histoire et Civilisations*, novembre 2020 ; D. **LETT**, « Prostitution : Un Moyen-Âge étonnamment tolérant », *Histoire et Civilisations*, mars 2023.

⁴¹⁷ Édit d'Orléans, 1561 ; L. **GONZALEZ-QUIJANO** et A. **ROBY**, « Pour une approche spatiale de la prostitution », *Histoire urbaine*, Volume 49, n° 2, 2017, pages 5 à 15 ; E. **PIERRAT**, *Le sexe et la loi*, Paris, Ed. La Musardine, Coll. « L'attrape-corps », 2019, 282 pages, pages 82 à 84 ; N. **DEFFAINS** et B. **PY**, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, 416 pages, page 360.

⁴¹⁸ A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 335.

⁴¹⁹ L'homosexualité était autrefois un comportement sexuel contraire à l'ordre public alors qu'aujourd'hui, il s'agit d'une orientation sexuelle, sur le plan juridique, parfaitement acceptée et protégée.

aux valeurs, sont en constante mutation ; une perpétuelle mutation qui a eu un impact sur la sexualité des individus notamment à travers la réglementation relative au mariage ou encore, à la répression pénale en matière de sexualité.

428. Enfin, la variabilité de l'ordre public doit s'analyser au travers de la pluralité des matières juridiques. Il y a une pluralité d'applications de l'ordre public et ceci en fonction du terrain juridique dans lequel nous nous situons. La pluralité des environnements normatifs est un facteur de variabilité de l'ordre public. Ainsi, les valeurs protégées par l'ordre public ne seront pas les mêmes selon que le respect de l'ordre public concerne le droit civil ou le droit pénal. De surcroît, chaque matière juridique connaît de l'ordre public dans sa généralité mais toute matière ne dispose pas de normes identiques à la sauvegarde de l'ordre public. L'ordre public est général dans sa définition, multiple dans son application. Par conséquent, la multitude de branches juridiques accroît inévitablement les mises en œuvre législatives du principe de l'ordre public. À titre d'illustration, nous pouvons citer l'ordre public économique, financier, social ou encore écologique. Il n'existe pas de conception unitaire dans l'application du principe, si ce n'est une conception unitaire des buts poursuivis par la sauvegarde de l'ordre public.

429. La sexualité n'échappe pas à la variabilité de l'ordre public. Si, d'antan, l'ordre public dans ce domaine était tourné vers la répression des comportements sexuels et la gestion des unions sexuelles, l'évolution de la société a astreint le Droit à reconsidérer sa conception de l'ordre public dans les relations intimes. Un ordre public sexuel s'est instauré, fondé sur la conciliation entre ordre public et liberté sexuelle.

§ II – L'ordre public sexuel

430. Si l'expression « ordre public sexuel » n'est pas couramment utilisée dans le langage juridique, elle se comprend comme un ensemble de règles et de principes visant à encadrer, réglementer et protéger la sexualité des individus. Plus précisément, « l'ordre

*public sexuel représente la synthèse des limites imposées à la liberté sexuelle, limites qui sont légitimées par la nécessité de garantir au mieux la paix sociale*⁴²⁰ ».

431. **La protection des valeurs sexuelles par l'ordre public** – L'ordre public, nous l'avons longuement étudié, se présente comme un principe de protection de valeurs. Valeurs sociales, valeurs sexuelles, l'ordre public ne se désintéresse pas des moments intimes des individus. Bien au contraire, s'il semble que la sexualité soit une histoire privée, les valeurs qui y sont attachées poussent le Droit à s'en préoccuper.

432. Alors que la majorité de la population partage des valeurs communes en matière de sexualité telles que le consentement mutuel, le respect de l'autre, l'égalité des genres, ainsi que le respect de la diversité et de la liberté individuelle, les valeurs restent un point sur lequel chacun ne s'accorde pas. Ainsi, les valeurs en matière de sexualité varieront d'une personne à l'autre et seront souvent influencées par des facteurs culturels, religieux, éducatifs et personnels. La variabilité des valeurs prévoit ainsi que chaque individu a le droit d'avoir ses propres valeurs et croyances en matière de sexualité.

433. Pourtant, bien que les valeurs oscillent en fonction de l'individu questionné, il existe des valeurs sexuelles que le Droit se doit de faire respecter et ceci quand bien même celles-ci ne seraient pas communes à tous. Le consentement, par exemple, est une valeur qui ne peut être écartée de la matière juridique. Certes, la liberté du consentement est offerte à chacun d'entre nous et elle ne résulte que d'un choix propre, mais, il ne faut pas oublier que si d'aucuns donnent un consentement libre et éclairé, le consentement peut aussi être violé. Dans ce cas, une valeur prime sur une autre : la liberté sexuelle de chacun doit s'accorder avec la liberté sexuelle des autres⁴²¹. Il est de votre droit de vouloir vous adonner à une relation sexuelle avec la personne de votre choix, simplement, votre liberté s'arrête où commence celle du partenaire que vous avez choisi dès lors qu'au regard de sa liberté sexuelle, il fait le choix de ne pas se livrer à une relation sexuelle avec vous. La valeur du

⁴²⁰ C. BUGNON, « La construction d'un ordre public sexuel », *Sciences humaines combinées*, n° 4, Actes du colloque doctoral, septembre 2009.

⁴²¹ « Les titulaires d'un pouvoir légal, c'est-à-dire d'un pouvoir de produire des effets de droit par leurs agissements, ne peuvent l'exercer en toute liberté car des règles s'imposent à eux dans la façon dont ils en usent », « Conclusions générales » in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2001, 436 pages, page 420.

consentement se comprend dans les deux sens : son propre consentement et le consentement d'autrui. Dans ce cas de figure précise, il est, sans conteste, raisonnable de considérer que le Droit est légitime, par le biais de la sauvegarde de l'ordre public, à régler la sexualité des individus. La légitimité de l'usage de l'ordre public se comprend de la nécessité de préserver les valeurs d'autrui et l'ordre public s'entend du respect des droits et libertés de chacun. Ainsi, en vertu de l'ordre public, de son devoir de protection des droits et libertés, l'idéal libéral ne peut s'exercer sans limite, la limite étant fondamentalement la considération des droits et libertés d'autrui en matière sexuelle.

434. Toutefois, au-delà des valeurs sexuelles qui doivent être protégées par le législateur et ainsi, être une composante de l'ordre public, il y a d'autres valeurs qui ne peuvent faire l'objet d'une limite par le Droit. Ainsi, dès lors qu'un rapport sexuel est engagé entre deux personnes consentantes – et capables de consentir –, le Droit ne peut intervenir pour imposer une valeur qui ne serait pas celle des protagonistes à l'acte. Pour illustrer nos propos, nous devons évoquer le cas de la prostitution. La prostitution est une relation sexuelle tarifée entre une personne qui offre ses services sexuels et une autre en demande de ceux-ci. Dans une telle situation, l'ordre public ne peut s'appliquer pour venir protéger une valeur, une valeur qu'il considère, à son sens, comme devant être préservée. Ici, la légitimité du recours à la protection de l'ordre public ne peut s'appliquer. Il est illégitime pour le Droit d'interdire des comportements sexuels dès lors qu'aucune atteinte n'est portée à autrui. Certes, d'aucuns avanceront l'idée que la répression des clients des travailleurs du sexe se fonde sur la nécessité de protéger la dignité humaine – valeur humaine –; une dignité humaine qui, à l'instar de l'ordre public et des valeurs, est empreinte d'une forte variabilité en fonction de la personne à laquelle elle sera opposée. Si le Droit se doit, en vertu de l'ordre public, d'assurer le respect des droits et libertés de ses justiciables, il ne peut, au nom de valeurs propres à sa conception – bien qu'il estime qu'elles sont partagées par tous –, limiter les droits et libertés des individus, chacun restant libre de concevoir où il établit ses valeurs dans le domaine de l'intime.

435. Les valeurs et l'ordre public. Deux notions indissociables tant elles sont complémentaires. L'ordre public protège les valeurs et les valeurs sont le moteur essentiel du fondement de l'ordre public. Néanmoins, une difficulté d'application de l'ordre public intervient dès lors que les valeurs qu'il protège et qu'il impose ne sont pas partagées

unanimentement et ceci, à raison, notamment, de leur caractère subjectif et moral. Ainsi, bien que l'ordre public ne puisse être écarté dans les situations relatives à la protection de l'intégrité physique et psychique des justiciables, la légitimité de son application s'efface dès lors qu'entre en jeu la nécessité de protéger les consciences, la morale.

436. ***D'un ordre public de protection ...*** – « *L'ordre public sexuel est entendu comme un ordre de valeurs communes que le législateur tente de préserver de la menace que peut représenter l'exercice de la sexualité. Autrement dit, l'exercice par l'individu de sa liberté sexuelle peut être source de dangers pour la société et les individus qui la composent ; c'est ainsi qu'aux yeux de l'État, l'ordre public doit être préservé de l'éventualité de ces menaces*⁴²² ». L'ordre public a pour fonction de protéger les individus. Dans le domaine de l'intime, si les relations sexuelles sont, en général, perçues comme des actes d'amour et de plaisir, il peut surgir des relations intimes, des comportements dévastateurs, des comportements contraignant l'ordre public à régler la pratique sexuelle.

437. « *Le droit pénal a pour vocation d'assurer la sauvegarde de valeurs sociales considérées comme essentielles par une société, à un moment donné (...) le législateur usant de la loi pénale pour rappeler son attachement à certaines valeurs. Ce faisant, il offre au droit pénal une fonction expressive, celle de décrire les valeurs que la loi se doit de protéger*⁴²³ ». Le droit pénal est l'un des vecteurs principaux de garantie de l'ordre public notamment dans le cadre de la réglementation de la sexualité. De manière large, la préservation d'un ordre public pénal matériel en matière de sexualité renvoie à toutes les atteintes à la liberté sexuelle ainsi qu'aux comportements sexuels pouvant causer du tort à autrui.

438. La liberté sexuelle s'entend de pouvoir exercer sa sexualité sans contrainte. Pour ce faire, et afin de protéger la liberté sexuelle de chacun, le droit pénal, au service de la sauvegarde de l'ordre public, est constitué d'un arsenal répressif dense⁴²⁴ ; un arsenal

⁴²² C. **BUGNON**, « La construction d'un ordre public sexuel », *Sciences humaines combinées*, n° 4, Actes du colloque doctoral, septembre 2009.

⁴²³ A. **DARSONVILLE**, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, volume 34, n° 1, 2012, pages 31 à 43.

⁴²⁴ Sur la profusion constante des textes législatifs en matière pénale, voir A. **DARSONVILLE**, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, volume 34, n° 1, 2012, pages 31 à 43.

comprenant tous les comportements qui portent atteinte à l'intégrité sexuelle ainsi qu'au consentement à l'acte sexuel des victimes mais également, toutes les attitudes sexuelles susceptibles d'outrager les victimes en raison de leur connotation sexuelle. L'arsenal répressif se constitue comme tel : tout d'abord, le Code pénal réprime le viol⁴²⁵, les agressions sexuelles⁴²⁶ et les atteintes sexuelles⁴²⁷ qui sont des comportements sexuels prohibés, d'une part, parce qu'ils violent la liberté sexuelle et le consentement, d'autre part, parce qu'ils portent nécessairement atteinte à l'intégrité physique et psychique des victimes. Ensuite, le recueil pénal se compose des comportements outrageants à connotation sexuelle tels que le harcèlement sexuel⁴²⁸ ou encore, l'exhibition sexuelle⁴²⁹. Ces deux infractions, si elles ne nécessitent pas un contact physique pour exister, se doivent d'être réprimées à raison de leur caractère contraignant et du trouble à l'ordre public qu'elles causent. Chacune de ces infractions, si elles touchent principalement la victime, sont constitutives d'une violation de l'ordre public ; l'ordre public garantissant aux justiciables la possibilité de jouir de leurs droits et libertés sans entrave et ainsi, de vivre paisiblement en société à l'abri de tout comportement néfaste.

439. Par l'adoption de mesures législatives protégeant l'ordre public, le législateur entend protéger la sécurité publique ; composante matérielle majeure de l'ordre public. Pour autant, s'il s'agit d'un système répressif, la répression vise davantage la protection des droits et libertés des individus. Ainsi, il est aisé d'évoquer la mise en place par le législateur d'un ordre public de protection, protection de la liberté sexuelle, protection du consentement, qui tire sa légitimité de la volonté de préserver l'ordre public en conciliation avec les droits et libertés des personnes.

440. Si la protection d'un ordre public matériel – sécurité, salubrité et tranquillité – s'envisage parfaitement dans le domaine de la sexualité, la référence à un ordre public immatériel – moral – s'appréhende plus difficilement. Si d'aucuns estiment que le Code pénal de 1810, dès sa rédaction, avait rompu avec la tradition de la répression des actes

⁴²⁵ Article 222-23, Code pénal.

⁴²⁶ Article 222-27, Code pénal.

⁴²⁷ Articles 227-25 et 227-27, Code pénal.

⁴²⁸ Article 222-33, Code pénal.

⁴²⁹ Article 222-32, Code pénal.

sexuels immoraux⁴³⁰, la nécessaire protection de certains principes tels que celui de la dignité humaine laisse à penser que la tradition moralisatrice de l’Ancien régime n’a pas totalement disparu du champ législatif. Si les bonnes mœurs et la morale se sont considérablement écartées du droit pénal en matière sexuelle, elles n’ont pas été définitivement éradiquées de la matière juridique, consolidant l’enracinement d’un ordre public moral.

441. **... À un ordre public moral** – À l’ordre public matériel, que nous avons dénommé ordre public de protection, s’ajoute un ordre public immatériel qualifié ainsi au vu de son rapport avec la protection de la morale. La notion d’ordre public immatériel n’est pas nouvelle⁴³¹ et si l’ordre public n’a jamais été défini avec précision, il peut être divisé en deux catégories : l’ordre public matériel composé de la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques et l’ordre public immatériel qui regroupe les mesures législatives garantissant la moralité publique et la dignité humaine⁴³². De ce fait, il est indéniable de constater qu’à côté de l’ordre public matériel réside un ordre public immatériel fondé sur l’absence de troubles corporels et sur la nécessité de préserver une certaine moralité de la société à travers l’instauration de principes subjectifs et variables.

442. Pourtant, la morale n’a pas sa place dans l’ordre juridique. Si dans l’Ancien régime, « *l’ordre social est un ordre moral*⁴³³ » et si la législation se fondait essentiellement sur la protection de valeurs issues de la religion⁴³⁴, l’ordre public fondé sur une protection de la morale ne doit plus être d’actualité.

443. Bien que certains aient considéré que le recours à l’ordre public en matière sexuelle se limitait désormais à la répression des comportements tenant à la dangerosité de l’acte, à l’incapacité de consentir et au défaut de consentement, la morale imposée autrefois n’a pas perdu de sa splendeur d’antan. Certes, elle semble s’être raréfiée mais sans pour autant

⁴³⁰ L’abrogation de la répression pénale de l’homosexualité témoigne de la fracture juridique entre moralité et sexualité.

⁴³¹ CE, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public.

⁴³² CE, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

⁴³³ N. DELAMARE, *Traité de la police*, Paris, 1738, Tome IV, 866 pages, préface.

⁴³⁴ A. FORLEN, *La dimension historique de la notion d’ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages, page 140.

disparaître ; le recours à la moralité publique et l'instauration du principe de dignité humaine en matière sexuelle témoigne de la persévérance du législateur à contrôler les mœurs publiques.

444. Délaissant l'étude de la moralité publique qui, aujourd'hui, ne concerne que les mineurs et les obligations légales de leurs représentants⁴³⁵, il nous paraît essentiel de nous interroger quant à la pertinence du principe de dignité humaine comme composante de l'ordre public pénal en matière sexuelle.

445. Si nous nous attarderons plus longuement sur la référence au principe de dignité humaine dans l'interdiction de certaines pratiques sexuelles, nous pouvons, dès à présent, émettre une critique quant au principe comme élément de l'ordre public. La dignité humaine est un principe empreint d'une forte subjectivité et variabilité. Au-delà de ces deux caractères, il est fondé que la dignité est un principe moral émanant de la conscience humaine et ne se concevant qu'à travers un sentiment humain propre à chaque individu. S'il est avancé l'idée que la dignité humaine est un principe objectif c'est-à-dire fondé sur la dignité de l'espèce humaine, nous ne pouvons le considérer ainsi dans le domaine de l'intime. Certes, la dignité humaine peut s'entendre des valeurs de respect de l'espèce humaine. Pourtant, lorsqu'il est question d'évoquer la dignité, elle ne peut être envisagée uniquement que dans sa forme générale et collective et ceci notamment en matière de sexualité. Puisque la sexualité relève de l'intime, la dignité, lorsqu'elle est évoquée dans ce champ, doit connaître d'une certaine similitude. La sexualité est privée et la dignité applicable en matière de sexualité se doit de l'être également.

446. À l'instar de la sexualité, la dignité est propre à chaque individu. Chacun considérant sa dignité avec ses propres valeurs, ses propres codes. Imposer le respect d'une dignité humaine dans l'ordre sexuel revient à imposer une certaine moralité des relations intimes. Plus précisément, « *la valorisation de la dignité objective conduit inévitablement au retour*

⁴³⁵ La préservation de la moralité publique ne concerne que le cas des mineurs. L'article 227-12 du Code pénal prévoit que « *le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ». L'article n'évoque pas la moralité dans sa dimension sexuelle mais le flou juridique entourant la notion même de moralité peut laisser penser que le délaissement parental peut engendrer une violation de la moralité sexuelle des mineurs.

de l'ordre public moral, au sein duquel l'État se fait moralisateur et impose ses propres conceptions de ce qui est digne. Éminemment paternaliste, cette valeur sociale s'octroie le rôle de protéger l'homme au nom de son humanité, parfois même en dépit de sa volonté. De fait, l'argument de la dignité sert de prétexte pour imposer une vision puritaine de la sexualité, et tend ainsi à remplacer la notion surannée de bonnes mœurs⁴³⁶ ». Le Droit ne peut fonder son panel répressif sur des valeurs subjectives et morales de dignité, imposant aux individus sa conception de ce qui est digne et de ce qui ne l'est pas.

447. Ainsi, bien qu'il soit admissible de vouloir préserver la société des maux qui peuvent lui être causés, l'ordre public ne peut contenir une dimension morale ; la moralité devant rester un élément de la sphère privée dont l'interprétation et l'application doit être laissée à la conscience propre des justiciables. De ce fait, si nous admettons que l'ordre public joue un rôle régulateur au sein de la société, son champ d'action ne doit se limiter qu'aux troubles matériels, celui-ci devant délaissier toute connotation morale dans l'exercice de son exécution.

448. ***L'ordre public : principe légitime de réglementation de la sexualité ?*** – Les développements précédents nous ont appris que l'ordre public est un principe protecteur et régulateur de la société. Véritable pilier du bon ordre, du maintien de la paix, l'ordre public s'impose comme le principe fondamental nécessaire à la vie en société.

449. L'étude de la sexualité nous a incité à nous interroger sur la légitimité du Droit quant à la réglementation des pratiques sexuelles. Plus précisément, il était indispensable de comprendre le rôle de l'ordre public dans la préservation et la limitation des droits et libertés fondamentaux.

450. Du point de vue de la préservation, l'ordre public joue un rôle de garant de la liberté sexuelle des justiciables interdisant tout comportement sexuel qui pourrait porter atteinte à l'exercice de la liberté sexuelle. Il est le protecteur de la vie privée et intime des individus, exerçant une répression constante de tout acte qui y contreviendrait. La légitimité de

⁴³⁶ S. PAPIILLON, « La dignité, nouveau masque de la moralité en droit pénal », *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], n° 4, 2018.

l'ordre public s'entend parfaitement dans ce schéma, une légitimité fondée sur la protection des droits et libertés fondamentaux.

451. À propos de la limitation des droits et libertés en matière sexuelle, celle-ci doit s'entendre comme le corollaire de la protection accordée. En effet, la protection de la liberté sexuelle des individus ne peut s'envisager que dans la limitation de la liberté sexuelle d'autrui. Ce n'est que parce que certains violent la liberté sexuelle de leurs semblables que le Droit limite leur propre liberté sexuelle. La limitation n'intervient que pour préserver la liberté sexuelle, une limitation incontestablement empreinte de légitimité.

452. Si la légitimité du recours à l'ordre public se justifie dans les deux situations précédemment évoquées, la légitimité s'effondre dès lors que la protection et la limitation des droits et libertés fondamentaux sont motivées par la volonté de préserver la moralité publique, les mœurs et les mentalités. Ainsi, dès lors que le législateur bâtit sa prohibition sur la préservation de la dignité humaine, la légitimité de son action se brise, dépossédant l'ordre public de tout son caractère juridique. La légitimité de l'exercice du législateur dans la réglementation de la sexualité, au nom de l'ordre public, ne doit s'appréhender qu'au regard de valeurs objectives qu'il entend préserver ; une légitimité qui doit être fondée sur le juste et l'objectif et non sur le moral et le subjectif, une légitimité qui tire toute sa substance de la reconnaissance de la liberté sexuelle et des droits qui y sont attachés.

CHAPITRE II – De la reconnaissance des droits sexuels à la mise en œuvre d'un droit à la sexualité

453. Les droits sexuels s'élèvent comme des piliers fondamentaux, garantissant à chacun la liberté de vivre et d'explorer sa sexualité en toute liberté et épanouissement. L'histoire des droits sexuels se dévoile par l'étude de l'obsession de la procréation à la reconnaissance croissante du plaisir sexuel. Une histoire construite par des mouvements sociaux, alimentée par la science et guidée par des organisations internationales. Des droits sexuels intégrant peu à peu le cadre des droits de l'homme, pour trouver leur place dans le

droit européen, et finalement, s'immisçant au cœur même de la législation française (Section I).

454. Au cœur des droits sexuels, se dresse la liberté sexuelle. Se définissant comme la capacité d'agir sans contrainte, tout en respectant les normes en vigueur, la liberté sexuelle s'ancre profondément dans la sphère privée, bien que celle-ci ne revête pas d'un caractère absolu.

455. La liberté sexuelle doit-elle s'analyser en une simple liberté ou bien doit-elle être élevée au rang de droit à la sexualité ? L'État a-t-il la responsabilité d'instaurer un tel droit pour tous ? Cette question nous plonge au cœur des enjeux complexes, explorant les rôles et les responsabilités de l'État dans la préservation de la liberté sexuelle et la possibilité d'un élargissement vers un droit à la sexualité pour tous (Section II).

SECTION I – L'émergence et la mise en œuvre des droits sexuels

456. Au fil des décennies, nous avons assisté à la lente émergence des droits sexuels en tant que composante essentielle des droits de l'homme, évoluant d'une vision étroite centrée sur la procréation à une reconnaissance élargie de la sexualité (§ I).

457. Initiés par les organisations internationales, les droits sexuels se sont progressivement étendus d'une part, en droit européen pour s'insérer, d'autre part, au sein même de la législation française (§ II).

§ I – Les droits sexuels : droit à la santé reproductive et sexuelle

458. Les droits sexuels constituent un ensemble de principes fondamentaux visant à garantir à chaque individu la possibilité de vivre et d'exprimer sa sexualité de manière saine et épanouissante. Au cours des décennies, il a été observé une progression graduelle des droits sexuels en tant qu'élément fondamental des droits de l'homme, d'une perspective initialement axée sur la reproduction à une prise en considération élargie de la sexualité.

459. **L'appréhension de la notion de « droits sexuels »** – Selon l'Organisation Mondiale de la Santé, « *Les droits sexuels protègent les droits de chacun de vivre et d'exprimer sa*

sexualité et de vivre en bonne santé sexuelle, en tenant dûment compte des droits d'autrui et dans un cadre de protection contre la discrimination. L'exercice de la santé sexuelle est lié au degré de respect, de protection et d'application des droits humains. Les droits sexuels englobent certains droits humains qui sont déjà reconnus dans des documents internationaux et régionaux sur les droits humains et d'autres documents faisant l'objet d'un consensus, ainsi que dans des lois nationales. Au nombre des droits essentiels à la jouissance de la santé sexuelle figurent : les droits à l'égalité et à la non-discrimination ; le droit à ne pas être soumis à la torture et à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; le droit au respect de la vie privée ; les droits au plus haut niveau de santé possible (y compris la santé sexuelle) et à la sécurité sociale ; le droit de se marier et de fonder une famille, de se marier avec le consentement libre et total des époux qui ont l'intention de le faire, ainsi que d'être traité sur un pied d'égalité dans le mariage et en cas de dissolution de ce dernier ; le droit de décider du nombre d'enfants que l'on souhaite avoir et de l'espacement de ses grossesses ; les droits à l'information, ainsi qu'à l'éducation ; les droits à la liberté d'opinion et d'expression ; le droit à un recours effectif en cas de violations des droits fondamentaux. L'exercice responsable des droits humains suppose que toutes les personnes respectent les droits d'autrui⁴³⁷ ».

460. Plus généralement, les droits sexuels se matérialisent par le droit de toute personne de vivre sa sexualité avec plaisir, sans contrainte, discrimination ou violence. Ainsi, les droits sexuels font référence à un ensemble de droits et de libertés liés à la sexualité et à la reproduction.

461. Il s'agit notamment du droit à l'autonomie sexuelle, qui reconnaît le droit des individus à prendre des décisions libres, éclairées et informées en ce qui concerne leur sexualité, leur corps et leur vie reproductive.

462. Les droits sexuels englobent également le droit à la confidentialité et à la vie privée, un droit qui garantit que les individus puissent exercer leur sexualité et accéder aux informations des services de santé sans risquer de craindre d'être victime de discrimination, de stigmatisation ou de violation de leur vie privée.

⁴³⁷ https://www.who.int/fr/health-topics/sexual-health#tab=tab_2

463. De plus, les droits sexuels incluent le droit à l'éducation sexuelle qui consiste à fournir à chaque personne des informations précises, complètes et adaptées à leur âge sur la sexualité ; un accès à l'information permettant aux individus de prendre des décisions averties dans l'exercice de leur sexualité et de leur santé reproductive, de prévenir les infections sexuellement transmissibles, de promouvoir des relations sexuelles dans le respect du consentement des parties à l'acte. Au-delà du droit à l'éducation sexuelle, les droits sexuels comportent le droit à des services de santé sexuelle, offrant contraception, dépistage, traitement des maladies sexuellement transmissibles et tout autre service en matière de santé sexuelle et reproductive.

464. Enfin, les droits sexuels contiennent le droit à l'égalité et à la non-discrimination. Ils garantissent que tout individu, qu'importe son orientation sexuelle, son identité de genre ou son statut marital, jouisse des mêmes droits et libertés en matière sexuelle.

465. En définitive, les droits sexuels visent à garantir à chacun le droit de vivre sa sexualité de manière sécurisée, épanouissante et dépourvue de toute contrainte, de toute discrimination. La sexualité est une activité intime qui doit être pratiquée dans le plaisir et la jouissance et non dans la contrainte, la violence ou la honte.

466. Pourtant, les droits sexuels, s'ils permettent d'encadrer les relations entre les personnes afin que chacun soit libre de ses choix, de ses actes et de pouvoir accéder à une vie sexuelle épanouie, ne sont pas un droit à avoir des relations sexuelles. Il ne s'agit que de droits liés à la sexualité, les droits sexuels n'imposant pas aux États de garantir le droit pour chaque personne d'accéder à des relations sexuelles.

467. **L'émergence des droits sexuels** – Si la sexualité, de nos jours, s'accorde avec la notion même de plaisir, elle fut longtemps synonyme de procréation uniquement. Que nous nous référions à l'histoire de la sexualité ou à la réglementation de la sexualité par le Droit, nous ne pouvons que constater, encore une fois, que la procréation était au cœur même de la sexualité d'antan. La conception de la sexualité au XIX^e siècle est d'ailleurs la suivante : la sexualité est un acte sexuel naturel ayant une finalité biologique, sociale et

morale⁴³⁸. Les droits sexuels n'ont, bien évidemment, pas échappé au lien entre sexualité et procréation, un lien qui va progressivement s'émietter pour laisser la place à la reconnaissance du plaisir sexuel.

468. Alors qu'une attention particulière est accordée à la sexualité et au plaisir à l'activité sexuelle par les auteurs du début du XX^e siècle⁴³⁹, en parallèle, des organisations vont s'intéresser plus profondément à l'activité sexuelle et à son amélioration. Le premier mouvement majeur en la matière est la déclaration produite, dès 1928, par la Ligue mondiale pour la réforme sexuelle. Initiée par Magnus HIRSCHFELD, éminent médecin allemand, la Ligue avait pour volonté de rassembler plusieurs acteurs afin d'échanger sur les acquis de la nouvelle science sexuelle. Plus précisément, les membres de la Ligue nourrissaient le souhait de mettre en lumière les progrès établis dans le domaine de la sexualité afin d'influencer les États à réformer leur législation relative à la sexualité. Les questions soulevées durant les congrès⁴⁴⁰ furent nombreuses, ceux-ci évoquant notamment le contrôle des naissances, le mariage, le divorce, l'homosexualité, ou encore, la prostitution.

469. L'idée première du rassemblement était d'en appeler « *à toutes les législatures, à la presse et aux peuples de tous les pays pour aider à créer une nouvelle attitude sociale et légale (basée sur la connaissance qui a été acquise grâce à la recherche scientifique en matière de biologie sexuelle, de psychologie et de sociologie) à l'égard de la vie sexuelle des hommes et des femmes*⁴⁴¹ ». Plus encore, la Ligue souhaitait évoquer la légitimation des relations sexuelles, la reconnaissance des naissances hors mariage ou encore, la fourniture des informations relatives à la sexualité. Alain GIAMI précise que la Ligue considérait que « *l'idée selon laquelle les questions relatives à la sexualité, au-delà de leurs dimensions médicales, sont des questions politiques et que leur accompagnement fondé en partie sur*

⁴³⁸ W. **ACTON**, *The functions and disorders of the reproductive organs in childhood, youth, adult age, and advanced life considered in their physiological, social and moral response*, Philadelphia, Lindsay and Blakiston, 1865, 348 pages.

⁴³⁹ R. **GUYON**, *Sexual Freedom*, Ed. Parlux, 2005, 364 pages.

⁴⁴⁰ Copenhague (1928), Londres (1929), Vienne (1930), Brno (1932).

⁴⁴¹ H. **RIESE** et J.H. **LEUNBACH**, *Sexual Reform Congress, Copenhagen 1-5, VII, 1928, World League for Sexual Reform, Proceedings of the Second Congress*, Copenhague, Levin & Munksgaard, 1929, 307 pages.

*la lutte contre des normes et des valeurs sexuelles considérées comme dépassées s'inscrit dans un projet d'émancipation sociale*⁴⁴² ».

470. Maintes revendications ont émergé des travaux de la Ligue mais essentiellement, les membres demandaient, sous l'impulsion des idées de HIRSCHFELD, « *l'égalité politique, économique et sexuelle des hommes et des femmes, la libération du mariage (et spécialement le divorce) de la tyrannie de l'Église et de l'État, le contrôle de la conception, de manière à ce que la procréation ne soit engagée que de manière volontaire et responsable, la protection de la mère célibataire et de l'enfant illégitime, une attitude rationnelle à l'égard des personnes sexuellement anormales, et spécialement à l'égard des homosexuels, hommes et femmes, la prévention de la prostitution et des maladies vénériennes, les perturbations de l'instinct sexuel doivent être regardées comme des phénomènes plus ou moins pathologiques, et non, comme par le passé, comme des crimes, des vices ou des péchés, ne doivent être considérés comme criminels que les actes sexuels qui portent atteinte aux droits sexuels d'une autre personne. Les actes sexuels entre adultes responsables, conclus d'un commun accord, doivent être regardés comme ne relevant que de la vie privée de ces adultes, une éducation sexuelle systématique*⁴⁴³ ».

471. Les travaux de la Ligue peuvent être présentés comme les prémices de la reconnaissance des droits sexuels attachés à la notion même de plaisir, même si la revendication de droits sexuels détachés de la procréation ne sera pas immédiate.

472. À la suite de ce mouvement novateur, les organisations internationales vont s'élever, successivement, pour évoquer la nécessité de promouvoir la santé sexuelle par l'élaboration de droits sexuels. Pourtant, comme énoncé précédemment, les premières actions en faveur de la santé sexuelle ne dissocieront pas la sexualité de la reproduction.

473. Une première vague de reconnaissance va intervenir à la suite de plusieurs conférences internationales. Mentionnant la planification familiale ainsi que la dénonciation des discriminations sociales et des violences contre les femmes, la première

⁴⁴² A. GIAMI, « De l'émancipation à l'institutionnalisation : santé sexuelle et droits sexuels », *Genre, sexualité & société* [En ligne], n° 15, printemps 2016.

⁴⁴³ F. TAMAGNE, « La Ligue mondiale pour la réforme sexuelle : La science au service de l'émancipation sexuelle ? », *Clio*, n° 22, 2005, pages 101 à 121.

conférence sur les droits de l'homme des Nations unies (ONU) de 1968 va indirectement faire référence à la nécessité de promouvoir des droits sexuels⁴⁴⁴, rappelant la nécessité de protéger les femmes et le libre choix procréatif. Dans le sillage de celle-ci, la Convention de Vienne tenue en 1993 va reprendre les questions évoquées dès 1968 et notamment les violences faites aux femmes⁴⁴⁵. Pourtant, si nous nous référons à ces deux conventions pour établir la reconnaissance des droits sexuels, aucune d'entre elles ne citent expressément la sexualité comme élément fondamental des droits de l'Homme. Il faudra attendre encore une année pour voir émerger au sein des conventions internationales une référence explicite à la sexualité et aux droits sexuels. Ainsi, en 1994, La Convention Internationale sur la Population et sur le Développement (CIPD) va mettre en place un plan d'action reconnaissant le droit à la santé sexuelle et reproductive⁴⁴⁶. Cependant, même si le libre choix des individus et le respect du droit des femmes semblent être les points fondamentaux, la référence à la procréation n'est pas totalement abandonnée, l'expression majeure « *mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité* » étant insérée dans une formule plus large relative à la santé procréative⁴⁴⁷. Le lien entre sexualité et procréation va perdurer l'année suivante. Si la Conférence mondiale sur les femmes⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ « 15. Il faut mettre fin à la discrimination dont les femmes sont encore victimes dans diverses régions du monde. Le maintien de la femme dans une situation d'infériorité est contraire à la Charte des Nations unies comme aux dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme. La pleine application de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est nécessaire au progrès de l'humanité (...) 16. La protection de la famille et de l'enfance reste la préoccupation de la communauté internationale. Les parents ont le droit fondamental de déterminer librement et consciemment la dimension de leur famille et l'échelonnement des naissances », Conférence sur les droits de l'Homme, Organisation des Nations unies, Téhéran, 22 avril-13 mai 1968.

⁴⁴⁵ « 38. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne, en particulier, à quel point il importe de s'employer à éliminer la violence à laquelle sont exposées les femmes dans la vie publique et privée, toutes les formes de harcèlement sexuel, d'exploitation et de traite dont elles sont victimes ainsi que les préjugés dont elles font l'objet dans l'administration de la justice, et à venir à bout des contradictions qui peuvent exister entre les droits des femmes et les effets nuisibles de certaines pratiques traditionnelles ou coutumières », Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, Vienne, 14-25 juin 1993.

⁴⁴⁶ Rapport de la Conférence Internationale sur la Population et le Développement, Organisation des Nations unies, Le Caire, 5-13 septembre 1994.

⁴⁴⁷ « 7.2 Par santé en matière de reproduction, on entend le bien-être général, tant physique que mental et social, de la personne humaine, pour tout ce qui concerne l'appareil génital, ses fonctions et son fonctionnement et non pas seulement l'absence de maladies ou d'infirmités. Cela suppose donc qu'une personne peut mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité, qu'elle est capable de procréer et libre de le faire aussi souvent ou aussi peu souvent qu'elle le désire », Rapport de la Conférence Internationale sur la Population et le Développement, Organisation des Nations unies, Le Caire, 5-13 septembre 1994.

⁴⁴⁸ Conférence mondiale sur les femmes, Organisation des Nations unies, Beijing, 4-15 septembre 1995.

tenue en 1995 à Beijing va fixer des objectifs relatifs à la liberté des femmes en matière de sexualité et à l'égalité des sexes elle ne se dissociera pas tout à fait de la fonction procréative de la sexualité⁴⁴⁹, les rédacteurs intégrant toujours la procréation dans l'activité sexuelle⁴⁵⁰.

474. Si les conférences présentées ci-avant ont joué un rôle central dans l'élaboration des droits sexuels, leur référence automatique à la procréation n'a pas permis la rupture entre sexualité et procréation. Pourtant, peu à peu, la tendance va s'inverser, les organisations internationales revendiquant progressivement la reconnaissance de droits sexuels se libérant de la finalité reproductive.

475. En parallèle des conférences de l'Organisation des Nations unies relatives aux questions sur la sexualité, des organisations mondiales telles l'*International Planned Parenthood Federation* (IPPF – Fédération internationale des centres de planification familiale), la *World Association for Sexual Health* (WAS – Association mondiale pour la santé sexuelle) ou encore, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) vont se montrer désireuses de se pencher sur la reconnaissance de droits sexuels. Empruntant la voie déjà construite par l'ONU, les organisations internationales vont adopter, chacune à leur tour, des déclarations. La première d'entre elles émane de l'IPPF qui, dès 1996, fait la promotion de droits sexuels fondés, à l'image des déclarations onusiennes, sur la santé reproductive, sur la santé des femmes et sur le droit à la planification familiale dans les meilleures conditions d'accès⁴⁵¹. La WAS va, par la suite, suivre le mouvement en rédigeant, également, une

⁴⁴⁹ « 96. Les droits fondamentaux des femmes comprennent le droit d'être maîtresses de leur sexualité, y compris leur santé en matière de sexualité et de procréation, sans aucune contrainte, discrimination ou violence, et de prendre librement et de manière responsable des décisions dans ce domaine. L'égalité entre les femmes et les hommes en ce qui concerne la sexualité et la procréation, y compris le respect total de l'intégrité de la personne, exige le respect mutuel, le consentement et le partage de la responsabilité des comportements sexuels et de leurs conséquences », Conférence mondiale sur les femmes, Organisation des Nations unies, Beijing, 4-15 septembre 1995.

⁴⁵⁰ Ce lien est parfaitement visible dès lors que les rédacteurs apposent les termes « sexualité » et « procréation » chaque fois qu'ils revendiquent un droit.

⁴⁵¹ La déclaration des droits sexuels de l'IPPF de 1996 prévoit « 1. Le droit à la vie pour protéger les femmes dont la vie est mise en danger par une grossesse ; 2. Le droit à la liberté et la sécurité de la personne ; 3. Le droit à l'égalité et à la liberté face à toutes les formes de discrimination ; 4. Le droit à une vie privée ; 5. Le droit à la liberté de penser ; 6. Le droit à l'information et l'éducation ; 7. Le droit de choisir si on doit ou non se marier ou trouver et fonder une famille ; 8. Le droit de décider si et quand on doit avoir des enfants ; 9. Le ...

déclaration des droits sexuels. Plus centrée sur le plaisir, la déclaration émise par cette organisation internationale va se focaliser sur la liberté sexuelle de chacun, tout en ne délaissant pas la procréation mais en la dissociant pleinement de l'activité sexuelle érotique⁴⁵². Plus précisément, « *la déclaration de la WAS est ainsi inscrite de plain-pied dans une conception de la sexualité dans laquelle la procréation n'est qu'un des éléments parmi d'autres, devant certes bénéficier de droits et notamment le droit au contrôle volontaire de la fécondité, mais pensée pour se développer et s'épanouir de façon autonome. L'accent est bien porté sur la question du plaisir sexuel*⁴⁵³ ».

476. Si la déclaration de l'IPPF était dans la continuité des conférences de l'ONU, la déclaration émise par la WAS bouleverse considérablement la notion des droits sexuels jusqu'alors reconnue, désunissant pleinement procréation et sexualité. Les valeurs reproductives qui étaient autrefois indissociables de la sexualité vont peu à peu prendre leur indépendance, la procréation devenant dès lors un élément de la sexualité et non sa représentation générale. De plus, au-delà de la rupture procréation/sexualité, la déclaration de la WAS offre une nouvelle dimension aux droits sexuels, déclarant ceux-ci comme universels et fondamentaux⁴⁵⁴.

droit à l'accès aux soins de santé et à la protection sociale ; 10. Le droit de bénéficier des progrès de la science ; 11. Le droit à la liberté de réunion et à la participation politique ; 12. Le droit de ne pas être torturé et recevoir des traitements dégradants », A. **GIAMI**, « Sexualité, santé et droits de l'Homme : l'invention des droits sexuels » in A. GIAMI et B. PY, *Droits de l'Homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Edition des archives contemporaines, 2019, 281 pages.

⁴⁵² La Déclaration des droits sexuels de la WAS élaborée en 1996 prévoit que « *La santé sexuelle est le produit d'un environnement qui reconnaît, respecte et exerce ses droits sexuels. 1. Le droit à la liberté sexuelle ; 2. Le droit à l'autonomie sexuelle, à l'intégrité sexuelle et à la sécurité du corps sexuel ; 3. Le droit à une vie privée sexuelle ; 4. Le droit à l'équité sexuelle ; 5. Le droit au plaisir sexuel ; 6. Le droit à l'expression sexuelle émotionnelle ; 7. Le droit de s'associer sexuellement en toute liberté ; 8. Le droit de faire des choix libres et responsables en matière de reproduction ; 9. Le droit à l'information en matière sexuelle résultant des progrès scientifiques ; 10. Le droit à une éducation sexuelle complète ; 11. Le droit aux services médicaux dédiés à la sexualité. Les droits sexuels sont des droits de l'Homme fondamentaux et universels* », A. **GIAMI**, « Sexualité, santé et droits de l'Homme : l'invention des droits sexuels » in A. GIAMI et B. PY, *Droits de l'Homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Edition des archives contemporaines, 2019, 281 pages.

⁴⁵³ A. **GIAMI**, « Sexualité, santé et droits de l'Homme : l'invention des droits sexuels » in A. GIAMI et B. PY, *Droits de l'Homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Edition des archives contemporaines, 2019, 281 pages.

⁴⁵⁴ « *Les droits sexuels sont des droits de l'Homme fondamentaux et universels* », Déclaration des droits sexuels, WAS, 1996 ; A. **GIAMI**, « Sexualité, santé et droits de l'Homme : l'invention des droits sexuels » in A. GIAMI et B. PY, *Droits de l'Homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Edition des archives contemporaines, 2019, 281 pages.

477. Renforçant la conception des droits sexuels amorcée par la WAS, l'OMS va élaborer, en 2002, une liste de droits sexuels fondée principalement sur la vie sexuelle érotique, relayant, sans la délaissier, la santé reproductive au second plan ; une liste de droits sexuels puisant sa source d'un rassemblement⁴⁵⁵ de la WAS, de la PAHO⁴⁵⁶ et de l'OMS intervenu deux années plus tôt et dans lequel il avait été suggéré la reconnaissance du constat des violences sexuelles, l'établissement des droits des homosexuels et la nécessaire évolution des droits des femmes en matière de sexualité⁴⁵⁷.

478. Dès cet instant, les organisations internationales ne vont avoir de cesse d'améliorer la liste des droits sexuels⁴⁵⁸, renforçant progressivement ces droits et leur intégration au droit à la santé sexuelle⁴⁵⁹. Pourtant, bien que les droits sexuels aient été, depuis quelques décennies, reconnus comme droits de l'Homme et indispensables à la santé sexuelle, les déclarations et autres textes y faisant référence ne possèdent pas de valeur contraignante. Il ne s'agit pas de normes impératives s'imposant aux États mais simplement de lignes directrices en matière de réglementation de la sexualité. Ainsi, « *si les droits sexuels font l'objet de déclarations de la part d'organisations non gouvernementales et ont été inclus au titre de définitions de travail dans le cadre de l'OMS, ils n'ont jamais fait l'objet de ratifications nationales ni de traités internationaux dûment validés par les gouvernements. On peut ainsi considérer que les droits sexuels sont des dérivés de déclarations nationales et de traités internationaux portant sur les droits humains appliqués aux questions de santé sexuelle et reproductive* », une telle situation laissant planer des inégalités, chaque État ayant la charge de reconnaître ou pas les droits sexuels des individus.

⁴⁵⁵ *Promotion of Sexual Health: Recommendations for Action*, WAS, PAHO, OMS, Antigua, 19 et 22 mai 2000.

⁴⁵⁶ *Pan American Health Organization* (PAHO).

⁴⁵⁷ A. **GIAMI**, « Santé sexuelle : la médicalisation de la sexualité et du bien-être », *Le Journal des psychologues*, volume 250, n° 7, 2007, pages 56 à 60.

⁴⁵⁸ À la reconnaissance primaire des droits sexuels fondée à la fois sur la procréation et sur le plaisir sexuel, va venir s'ajouter l'émergence de droits sexuels accordés aux populations LGBTI, les organisations internationales reconnaissant la nécessité de lutter contre les discriminations à raison de l'identité de genre ou de l'orientation sexuelle, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Présentés devant le Conseil des droits de l'homme des Nations unies, Organisation des Nations unies, Yogyakarta, 26 mars 2007.

⁴⁵⁹ La santé sexuelle pour le Millénaire : déclaration et document technique, WAS, 2008 ; Déclaration des droits sexuels, WAS, 2014 ; Recommandations de l'OMS relatives à la santé et aux droits des adolescents en matière de sexualité et de reproduction, OMS, 2019.

§ II – La reconnaissance juridique des droits sexuels

479. **La reconnaissance des droits sexuels en droit européen** – S’il serait possible de s’attarder sur les autres textes internationaux en matière de droits sexuels tels que la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme⁴⁶⁰ (DUDH) ou le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques de 1966⁴⁶¹ (PIDCP), il nous paraît plus opportun de nous concentrer sur la reconnaissance et la protection des droits sexuels en droit européen, et ceci à travers les articles de la Convention européenne (Convention EDH) et les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme (Cour EDH), l’étude des autres textes internationaux se présentant, à notre sens, comme une répétition de l’analyse précédemment exposée.

480. À l’inverse, l’analyse de la reconnaissance des droits sexuels au travers du droit européen, présente un intérêt quant au rôle joué par la Cour EDH dans la modification des législations européennes en matière de sexualité. Bien que n’ayant pas force contraignante, les arrêts de la Cour se présentent comme des lignes directrices qui, au fil des années, ont forgé la réglementation interne en matière de droits sexuels, la Cour EDH interprétant les articles de la Convention EDH applicables en matière sexuelle.

481. Ainsi, avant d’évoquer les arrêts de la Cour EDH relatifs aux droits sexuels, il est indispensable de se pencher sur les articles de la Convention EDH. Bien que la Convention n’évoque pas directement les droits sexuels et reproductifs, certains des droits qu’elle proclame peuvent être applicables à la matière sexuelle. En effet, pour protéger les droits sexuels des individus, il est possible de s’en référer à plusieurs articles tels que l’article 3 relatif à l’interdiction des actes de torture et des traitements inhumains et dégradants⁴⁶²,

⁴⁶⁰ La DUDH proclame le droit à l’égalité et à la non-discrimination (article 7), le droit au mariage, au consentement des époux et à la vie familiale (article 16), le droit à l’éducation (article 25), nombre de droits qui peuvent être assimilables aux droits sexuels.

⁴⁶¹ Les droits protégés par le PIDCP tels que le droit à la vie privée ou le droit à la non-discrimination, s’ils ne sont pas spécifiquement applicables à la seule matière sexuelle, peuvent être interprétés comme englobant des droits sexuels, la vie privée et la non-discrimination étant des droits essentiels à la mise en œuvre du droit à la santé sexuelle.

⁴⁶² « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* », Article 3, CEDH.

l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale⁴⁶³, l'article 12 relatif au droit au mariage⁴⁶⁴, l'article 14 relatif à l'interdiction de la discrimination⁴⁶⁵.

482. À l'instar de la DUDH ou du Pacte de 1966, la Convention EDH n'évoque pas explicitement les droits sexuels des personnes mais la sexualité pouvant faire l'objet de discriminations, d'actes de torture, les articles de la Convention trouvent parfaitement à s'appliquer à la matière sexuelle. De plus, la reconnaissance du droit au mariage et l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe s'inscrivent entièrement dans la notion de droits sexuels.

483. Afin d'illustrer la reconnaissance et la protection des droits sexuels en droit européen, nous devons désormais nous attarder sur les arrêts de la Cour EDH en la matière. Au vu de la pléthore de décisions rendues relatives à la sexualité, il est inenvisageable de proposer une étude exhaustive de la jurisprudence européenne dans ce domaine. Ainsi, nous n'envisagerons qu'une infime partie des décisions rendues à ce sujet, limitant notre analyse à l'interdiction des discriminations, au respect de la vie privée et à l'interdiction des actes de torture.

484. En application de l'article 14 de la Convention EDH, la Cour a pu considérer « *que l'interdiction de discrimination prévue à l'article 14 de la Convention couvre dûment les questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*⁴⁶⁶ ». Elle rappelle également que « *l'orientation sexuelle fait profondément partie de l'identité d'une personne et que le sexe et l'orientation sexuelle sont deux caractéristiques distinctives et intimes. Elle note, à cet égard, des affaires portées devant la Cour concernant l'identité de genre révélant l'importance intime que l'on lui accorde*⁴⁶⁷ ».

⁴⁶³ « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* », Article 8, CEDH.

⁴⁶⁴ « *À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* », Article 12, CEDH.

⁴⁶⁵ « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* », Article 14, CEDH.

⁴⁶⁶ Cour EDH, *IDENTOBA et autres contre Géorgie*, 12 août 2015, Requête n° 73235/12, § 96.

⁴⁶⁷ Cour EDH, *SOUSA GOUCHA contre Portugal*, 22 mars 2016, Requête n° 70434/12, § 27.

485. Au sujet de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour a rappelé que l'orientation sexuelle relève des « autres situations » protégées par l'article 14 de la Convention⁴⁶⁸ ; la violation de l'article 14 au motif d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ayant été reconnue pour la première fois en 1999 par la Cour EDH à propos d'une affaire concernant l'attribution de l'autorité parentale⁴⁶⁹. Depuis lors, la Cour n'a eu de cesse de statuer sur les questions de discriminations à raison de l'orientation sexuelle des individus, des décisions dans lesquelles étaient en cause l'âge du consentement aux relations homosexuelles fixé par le droit pénal⁴⁷⁰, l'autorisation d'adopter un enfant⁴⁷¹, le droit du partenaire survivant à la transmission du bail contracté par le défunt⁴⁷², la protection sociale⁴⁷³, les conditions de détention⁴⁷⁴, la législation sur les pensions alimentaires⁴⁷⁵, les unions civiles⁴⁷⁶, le mariage⁴⁷⁷, le regroupement familial⁴⁷⁸, la liberté de pensée, de conscience et de religion⁴⁷⁹. En tout état de cause, quel que soit le domaine dans lequel la Cour EDH invoque l'article 14, elle rappelle que « *la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est aussi grave que celles fondée sur la race, l'origine ou la*

⁴⁶⁸ Cour EDH, *SALGUEIRO DA SILVA MOUTA contre Portugal*, 21 décembre 1999, Requête n° 33290/96, § 28 ; Cour EDH, *FRETTE contre France*, 26 février 2002, Requête n° 36515/97, § 32.

⁴⁶⁹ Cour EDH, *SALGUEIRO DA SILVA MOUTA contre Portugal*, 21 décembre 1999, Requête n° 33290/96.

⁴⁷⁰ Cour EDH, *L. et V. contre Autriche*, 9 janvier 2003, Requêtes n°s 39392/98 et 39829/98 ; Cour EDH, *B.B. contre Royaume-Uni*, 10 février 2004, Requête n° 53760/00 ; Cour EDH, *SANTOS COUTO contre Portugal*, 21 septembre 2010, Requête n° 31874/07.

⁴⁷¹ Cour EDH, *X. et autres contre Autriche*, 19 février 2013, Requête n° 19010/07 ; Cour EDH, *E. B. contre France*, 22 janvier 2008, Requête n° 43546/02 ; Cour EDH, *GAS et DUBOIS contre France*, 15 mars 2012, Requête n° 25951/07.

⁴⁷² Cour EDH, *KARNER contre Autriche*, 24 juillet 2003, Requête n° 40016/98 ; Cour EDH, *KOZAK contre Pologne*, 2 mars 2010, Requête n° 13102/02.

⁴⁷³ Cour EDH, *P.B. et J.S. contre Autriche*, 22 juillet 2010, Requête n° 18984/02 ; Cour EDH, *MATA ESTEVEZ contre Espagne*, 10 mai 2001, Requête n° 56501/00.

⁴⁷⁴ Cour EDH, *X. contre Turquie*, 9 octobre 2012, Requête n° 24626/09.

⁴⁷⁵ Cour EDH, *J.M. contre Royaume-Uni*, 28 septembre 2010, Requête n° 37060/06.

⁴⁷⁶ Cour EDH, *VALLIANATOS et autres contre Grèce*, 7 novembre 2013, Requêtes n°s 29381/09 et 32684/09.

⁴⁷⁷ Cour EDH, *SCHALK et KOPF contre Autriche*, 24 juin 2010, Requête n° 30141/04 ; Cour EDH, *CHAPIN et CHARPENTIER contre France*, 9 juin 2016, Requête n° 40183/07.

⁴⁷⁸ Cour EDH, *PAJIC contre Croatie*, 23 février 2016, Requête n° 68453/13 ; Cour EDH, *TADDEUCCI et McCALL contre Italie*, 30 juin 2016, Requête n° 51362/09.

⁴⁷⁹ Cour EDH, *EWEIDA et autres contre Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, Requêtes n°s 48420/10, 36516/10, 51671/10 et *al.*

*couleur*⁴⁸⁰ », l'orientation sexuelle se présentant, pour la Cour, comme une partie intégrante de la personne au même titre que ses distinctions physiques ou ethniques.

486. Si l'orientation sexuelle et les discriminations qui peuvent lui être portées font l'objet d'une jurisprudence abondante, la Cour ne s'en réfère pas uniquement à cet article pour condamner les atteintes aux droits sexuels. Le droit à la vie privée et familiale recouvre également une dimension sexuelle, protégeant à la fois la vie sexuelle érotique et la reproduction.

487. Tout d'abord, dans la décision de la Cour EDH, *P. et S. contre Pologne* en date du 30 octobre 2012⁴⁸¹, les juges européens ont rappelé que la notion de vie privée au sens de l'article 8 recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parents. Les droits sexuels en matière reproductive trouvent écho dans les décisions de la Cour EDH.

488. Ensuite, en matière de vie sexuelle, pour la Cour, les facteurs tels que l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des éléments essentiels de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention⁴⁸². De plus, la marge d'appréciation des États en ce qui concerne les ingérences dans le domaine de l'intime et de la vie sexuelle des individus a été jugée étroite, la Cour estimant que « *l'étendue de la marge d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu. Or la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2), des ingérences des pouvoirs publics*⁴⁸³ ». La Cour

⁴⁸⁰ Cour EDH, *VEJDELAND et autres contre Suède*, 9 février 2012, Requête n° 1813/07, § 55.

⁴⁸¹ Cour EDH, *P. et S. contre Pologne*, 30 octobre 2012, Requête n° 57375/08, § 111. Voir également les décisions dans ce sens : Cour EDH, *EVANS contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, Requête n° 6339/50, § 71 ; Cour EDH, *R.R. contre Pologne*, 26 mai 2011, Requête n° 27617/04, § 180 ; Cour EDH, *DICKSON contre Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/4, § 66 ; Cour EDH, *PARADISO et CAMPANELLI contre Italie*, 24 janvier 2017, Requête n° 25358/12, §§ 163 et 215.

⁴⁸² Cour EDH, *BEIZARAS et LEVICKA contre Lituanie*, 14 janvier 2020, Requête n° 41288/15, § 109 ; Cour EDH, *SOUZA GOUCHA contre Portugal*, 22 mars 2016, Requête n° 70434/12, § 27 ; Cour EDH, *B. contre France*, 25 mars 1992, Requête n° 13343/87, § 63 ; Cour EDH, *BURGHARTZ contre Suisse*, 22 février 1994, Requête n° 16213/90, § 24 ; Cour EDH, *DUDGEON contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, Requête n° 7525/76, § 41 ; *LASKEY, JAGGARD et BROWN contre. Royaume-Uni*, 19 février 1997, Requêtes n°s 21627/93, 21826/93 et 21974/93, § 36 ; Cour EDH, *P.G. et J.H. contre Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, Requête n° 44787/98.

⁴⁸³ Cour EDH, *DUDGEON contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, Requête n° 7525/76, § 52.

considère que la vie sexuelle, du fait de son caractère particulièrement intime, ne doit faire l'objet que de limitations strictes.

489. Outre les décisions relatives à l'article 14 et l'article 8 de la Convention, la Cour EDH protège les droits sexuels reconnus aux individus par le biais de l'article 4 relatif à l'interdiction des actes de torture. À titre d'illustration, nous pouvons évoquer la condamnation de la stérilisation forcée qui contrevient fondamentalement aux droits sexuels et notamment à la possibilité de pouvoir concevoir une progéniture. Ainsi, dans un arrêt en date du 8 novembre 2011⁴⁸⁴, « *la Cour observe que la stérilisation constitue une atteinte majeure à la capacité d'une personne à procréer. Comme cette intervention concerne l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains, elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale. Elle peut être pratiquée de manière légitime à la demande de la personne concernée, par exemple comme mode de contraception, ou à des fins thérapeutiques lorsque l'existence d'une nécessité médicale est établie de façon convaincante. Toutefois, dans le droit fil de la jurisprudence rappelée ci-dessus, la Cour précise que la situation est différente lorsque pareil traitement médical est imposé à un patient adulte et sain d'esprit sans son consentement. Une telle manière de procéder doit être considérée comme incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme, qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention* ». Par conséquent, la Cour EDH considère que la stérilisation forcée, au-delà d'être une entrave à la possibilité de concevoir un enfant, se révèle être un acte de torture dès lors qu'elle est pratiquée sans le consentement de la personne qui en est le sujet.

490. En définitive, nous pouvons, au travers de la jurisprudence ci-devant étudiée, considérer que les droits sexuels sont efficacement protégés par la Convention EDH ainsi que par la Cour. Certes, la reconnaissance de tels droits n'est qu'indirecte et n'intervient que par l'intermédiaire des interprétations des droits reconnus mais une telle entremise nous paraît d'une remarquable efficacité ; les individus issus des Etats membres s'estimant victime d'une atteinte à leurs droits sexuels pouvant aisément saisir la Cour pour faire valoir leurs droits et réparer l'atteinte qui leur a été portée et ceci par la condamnation des Etats

⁴⁸⁴ Cour EDH, *V.C. contre Slovaquie*, 8 novembre 2011, Requête n° 18968/07, §§ 106 et 107.

membres les enjoignant de se conformer à la reconnaissance et à la protection constantes des droits sexuels.

491. Néanmoins, si la jurisprudence de la Cour EDH en matière de droits sexuels est particulièrement abondante et efficiente, une disparité dans la reconnaissance des droits sexuels persiste au sein des Etats membres. La Cour EDH, bien que compétente pour juger des violations des droits fondamentaux, ne bénéficie pas d'un pouvoir coercitif⁴⁸⁵. En conséquence, si nombre de législations sur la reconnaissance des droits sexuels ont été modifiées au gré des décisions de la Cour, certains Etats refusent encore de s'y conformer, un refus limitant, sans conteste, les droits sexuels de leurs ressortissants.

492. **Reconnaissance et mise en œuvre constantes des droits sexuels en France** – Alors que certains Etats persistent dans un certain refus de reconnaissance des droits sexuels, la France s'est relativement adaptée aux exigences européennes en la matière. Pourtant, bien que la législation n'a eu de cesse d'évoluer vers une plus grande reconnaissance, une telle reconnaissance des droits sexuels par le droit français ne s'est construite que sur des décennies.

493. Les mœurs attachées à la sexualité furent longtemps un frein à la mise en œuvre des droits sexuels. En effet, si la sexualité est aujourd'hui tournée principalement vers le plaisir, elle fut anciennement associée à la procréation. Néanmoins, l'évolution des mentalités et les luttes menées pour reconnaître une sexualité détachée de la procréation vont pousser le législateur français à se conformer aux nouvelles exigences sexuelles. Pour mieux analyser l'évolution de la législation française en matière de droits sexuels, il est impératif d'établir un inventaire⁴⁸⁶ établissant l'évolution de la législation en matière de droits sexuels.

⁴⁸⁵ En effet, « *les arrêts de violation des articles de la Convention n'ont qu'un caractère déclaratoire et ne valent pas titre exécutoire sur le territoire des États ayant commis la violation. L'exécution de l'arrêt dépend des États, ces derniers ayant le choix quant aux moyens à utiliser dans leur ordre juridique interne* », Y. **ROBINEAU**, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », Intervention de M. Le Président Y. ROBINEAU à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan le 24 octobre 2014.

⁴⁸⁶ Nous n'évoquerons pas dans notre développement les droits sexuels attachés aux mineurs. Une telle étude étant particulièrement spécifique et étendue, nous préférons laisser le soin à d'autres de s'en charger, M. **DE MAXIMY**, « Les droits et la protection des mineurs », *Enfances & Psy*, volume 17, n° 1, 2002, pages 70

494. Parce que la sexualité est une activité qui s'appréhende au fur et à mesure de l'existence, nous débiterons notre analyse par la législation en matière d'éducation sexuelle. Bien qu'innée et naturelle, la sexualité ne s'exerce pas toujours dans l'amour, le plaisir et le respect. De ce fait, le législateur, afin de garantir les droits sexuels, s'est attelé à offrir à ses justiciables un corpus juridique sur l'éducation sexuelle, une éducation sexuelle reconnue comme droit sexuel par les textes internationaux.

495. L'éducation à la sexualité et les valeurs qui y sont attachées se transmettent relativement tôt ; à l'âge pubère où certains ne savent pas encore ce qu'impliquent les relations sexuelles mais à un âge où la question de la sexualité se développe peu à peu dans les esprits.

496. La question de l'éducation à la sexualité n'est pas nouvelle. La sexualité pénétrant tous les siècles, la volonté d'éduquer la jeunesse à une bonne sexualité débuta promptement⁴⁸⁷. Si l'éducation sexuelle d'autrefois se limitait à la procréation et à la prohibition du désir sexuel, la nécessité de contrôler la sexualité naissante des enfants se mua progressivement en une volonté d'éduquer, d'instruire⁴⁸⁸.

497. La première véritable intervention en matière d'éducation sexuelle s'est imposée avec la circulaire FONTANET du 23 juillet 1973⁴⁸⁹ qui a défini des lignes conductrices dans le cadre de l'information et de l'éducation à la sexualité en milieu scolaire⁴⁹⁰. Les objectifs de la circulaire se présentent ainsi : « *Il a longtemps été admis que les éducateurs devaient tenir les enfants à l'écart des problèmes de l'âge adulte, et plus spécialement à l'égard de ceux qui concernent la sexualité. Mais les fables racontées aux plus petits et le silence opposé aux plus grands paraissent aujourd'hui chargés d'inconvénients très lourds, du*

à 80 ; Collectif Raison Garder, *Mineurs et sexualité : des droits en débat*, Ed. Dalloz, Coll. « Les sens du droit », 2020, 192 pages.

⁴⁸⁷ P. **BRENOT**, *L'éducation à la sexualité*, Ed. PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2007, 128 pages.

⁴⁸⁸ H. **ELLIS**, *Études de psychologie sexuelle, La pudeur. La périodicité sexuelle. L'auto-érotisme*, Tome I d'Études de psychologie sexuelle, Ed. Mercure de France, 1908, 418 pages ; H. **FISCHER**, *De l'éducation : hygiène de l'enfance*, Paris, Ed. Charles, 1903, 343 pages ; L. **MATHE**, *L'enseignement de l'hygiène sexuelle à l'école*, Tome I, Paris, Ed. Vigot, 1912, 140 pages.

⁴⁸⁹ Circulaire n° 73-299 du 23 juillet 1973 dite circulaire FONTANET.

⁴⁹⁰ J.-M. **JUTANT**, « Histoire de l'éducation sexuelle à l'école », in P. HUERRE et D. LAURU, *Les professionnels face à la sexualité des adolescents. Les institutions à l'épreuve*, Ed. Erès, Coll. « Enfances & Psy », 2001, 232 pages, pages 137 à 140.

double point de vue de l'évolution psychologique et de la relation de l'adolescent à l'adulte. Ils sont devenus inacceptables du fait de la civilisation ambiante, de l'évolution des modes de vie, du recrutement mixte des établissements. La nécessité s'impose donc de substituer à une formule dépassée d'éducation protectrice une formule nouvelle, reposant d'une part, sur la maîtrise de l'information et d'autre part, sur l'éveil de la responsabilité. C'est dans cette double perspective que l'école en association avec les familles, peut contribuer à prémunir les jeunes contre les dangers de l'ignorance et à les aider à accéder à un comportement responsable⁴⁹¹ ». D'une part, la circulaire évoque la nécessité d'une information scientifique et progressive⁴⁹² intégrée aux programmes de biologie et de préparation à la vie familiale et sociale et, d'autre part, elle préconise une éducation à la responsabilité sexuelle⁴⁹³, sous la forme de séances facultatives avec autorisation des parents pour les plus jeunes. La circulaire évoque l'évolution des mœurs et des mentalités pour justifier du besoin de recourir à l'accès à une éducation sexuelle dès le plus jeune âge.

⁴⁹¹ Circulaire n° 73-299 du 23 juillet 1973 dite circulaire FONTANET, Préambule.

⁴⁹² « À cet égard l'école qui a dans ses fonctions essentielles la transmission du savoir, a une responsabilité particulière. L'information donnée en classe se différencie de l'information parcellaire diffusée - dans l'environnement de l'élève en ce qu'elle sera scientifique et progressive. Elle viendra s'insérer normalement et tout naturellement dans les programmes de biologie : d'abord simple sensibilisation aux problèmes des commencements de la vie, puis reconnaissance du vivant et discernement des différentes fonctions vitales, enfin, étude du corps humain et de son fonctionnement. Elle sera adaptée aux possibilités de compréhension et au degré de culture scientifique des élèves et sera accompagnée des notions nécessaires d'hygiène et de puériculture. Le temps consacré à l'étude de la reproduction ne devra pas être disproportionné par rapport à celui accordé à l'étude des autres fonctions vitales », Circulaire n° 73-299 du 23 juillet 1973 dite circulaire FONTANET, I.

⁴⁹³ « Dans une période d'évolution des mœurs et de remise en cause de nombreuses notions traditionnelles, un consensus est difficile à établir. En même temps, le besoin et la recherche de valeurs nouvelles sont vifs, et la demande d'éducation est très forte à l'école. La solution du problème ainsi posée semble être dans la préparation de l'élève à une conduite librement assumée et à l'exercice de sa responsabilité. Informé de la réalité l'élève sera amené à percevoir ce qui dépend de lui seul, c'est-à-dire le choix de son comportement. L'Éducation appliquée aux problèmes concernant la sexualité aura donc pour objet de permettre aux adolescents de réfléchir sur le sujet ; de parvenir à des choix raisonnés dans leur conception de la vie personnelle, de la relation à autrui, et d'institutions comme celles du mariage et de la famille ; de prendre conscience des conséquences de leurs actes vis-à-vis d'eux-mêmes vis-à-vis d'autrui, vis-à-vis de la société ; d'arriver par-là à une meilleure intelligence des problèmes humains et sociaux qu'ils ne manqueront pas de rencontrer et d'avoir à leur égard une attitude, plus compréhensive et plus responsable. Il y aura lieu également de faire reconnaître que les choix concernant les comportements ont une correspondance dans l'ordre et impliquent des conceptions morales différentes. Mais pour considérer ces conceptions, l'école ne peut se placer sur un autre plan que celui de la connaissance, et du respect des diverses formes de pensées. En aucun cas, elle n'a le droit de peser sur les consciences », Circulaire n° 73-299 du 23 juillet 1973 dite circulaire FONTANET, II.

Les normes sexuelles évoluant au gré du temps, une éducation sexuelle était nécessaire pour permettre de responsabiliser chacun face à la pratique sexuelle.

498. Si la circulaire FONTANET usait de l'expression « éducation sexuelle », la parution d'une circulaire du 19 février 1998⁴⁹⁴ va remplacer le terme par « éducation à la sexualité », une telle modification révélant la volonté du législateur de ne plus éduquer sexuellement les plus jeunes mais de leur donner les outils indispensables à la compréhension de la sexualité ; la morale perdant peu à peu du terrain dans le cadre de l'éducation.

499. Bien que l'éducation à la sexualité ne fût longtemps l'objet que de circulaires, les revendications en faveur d'un droit à l'éducation à la sexualité vont inciter le législateur à l'intégrer dans la loi. Ainsi, la loi du 4 juillet 2001 incorpore dans le Code de l'éducation l'article L312-16 qui prévoyait, à l'origine, que « *une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge homogène* ». Désormais, l'éducation à la sexualité entre dans le domaine législatif, le législateur ne déterminant plus une ligne d'action à suivre mais rendant obligatoire une information et une éducation à la sexualité dans les établissements scolaires. Par l'adoption de la loi du 4 juillet 2001, le législateur prend pleinement en considération la reconnaissance des droits sexuels impliquant un droit à l'éducation à la sexualité ; un droit à l'éducation qui va, au fur à et mesure, être renforcé, le législateur y intégrant l'enseignement de l'égalité entre les hommes et les femmes, du respect dû au corps humain et la sensibilisation contre les violences sexuelles et sexistes⁴⁹⁵.

500. Si l'éducation à la sexualité est l'un des piliers majeurs des droits sexuels, la procréation et les droits sexuels qui y étaient attachés furent très longtemps indissociables de la sexualité, un tel état de fait qui nécessita une intervention législative.

⁴⁹⁴ Circulaire n° 98-234 du 19 novembre 1998 relative à l'éducation à la sexualité et à la prévention du sida.

⁴⁹⁵ « *Une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge homogène. Ces séances présentent une vision égalitaire des relations entre les femmes et les hommes. Elles contribuent à l'apprentissage du respect dû au corps humain et sensibilisent aux violences sexistes ou sexuelles ainsi qu'aux mutilations sexuelles féminines* », Article 312-16, Code de l'éducation ; « (...) *Les écoles, les collèges et les lycées assurent une mission d'information sur les violences, y compris en ligne, et une éducation à la sexualité ainsi qu'une obligation de sensibilisation des personnels enseignants aux violences sexistes et sexuelles ainsi qu'aux mutilations sexuelles féminines et à la formation au respect du non-consentement* », Article L121-1, Code de l'éducation.

501. Alors que procréation et sexualité s'entremêlaient sans cesse, la révolution sexuelle, initiée par les mouvements sociaux, des années 1960 va considérablement changer la vision des justiciables français à l'encontre de la sexualité⁴⁹⁶. De la procréation au plaisir, des revendications vont s'élever à l'encontre des restrictions législatives à une vie sexuelle érotique. Affirmant la volonté de jouir sans entrave, les actions menées par les mouvements sociaux vont commencer à porter leurs fruits, l'enjeu procréatif de la sexualité perdant, au fur et à mesure, du terrain dans le domaine législatif.

502. En effet, l'adoption de la loi NEUWIRTH⁴⁹⁷ va devenir la première avancée majeure dans le recul du lien entre sexualité et procréation. Initiée par le député NEUWIRTH, qui souhaitait libéraliser la contraception, la loi du 28 décembre 1967 va venir abroger celle du 31 juillet 1920 qui interdisait toute contraception. L'adoption de cette loi permet à la sexualité de s'émanciper de sa fonction procréatrice, plaçant le plaisir sexuel au même niveau que la procréation. La sexualité n'est désormais plus uniquement affaire de progéniture mais d'activité érotique.

503. La rupture entre sexualité et procréation va être consommée huit ans plus tard lors de l'adoption de la loi VEIL⁴⁹⁸ venant dépénaliser l'avortement. Dès lors, le droit sexuel de pouvoir embrasser ou non la voie de la procréation se concrétise pleinement. Les femmes sont désormais libres de choisir leur sexualité, une sexualité soit procréative, soit érotique.

504. Depuis lors, la France va n'avoir de cesse que de renforcer le droit sexuel relatif au choix procréatif en adoptant successivement diverses mesures législatives ; de la publicité de la contraception⁴⁹⁹ à la possibilité de la stérilisation à visée contraceptive⁵⁰⁰ jusqu'à la suppression du délai de réflexion⁵⁰¹ et l'allongement du délai légal⁵⁰².

⁴⁹⁶ B. PLAQUEVENT, « Penser la révolution sexuelle dans les années 1960 : intellectuel(le)(s) et étudiant(e)(s) en quête de subversion », *Ethnologie française*, volume 49, n° 2, 2019, pages 277 à 292.

⁴⁹⁷ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique dite loi NEUWIRTH.

⁴⁹⁸ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

⁴⁹⁹ Loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales.

⁵⁰⁰ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception dite loi AUBRY.

⁵⁰¹ Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.

⁵⁰² Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception ; Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.

505. La sexualité procréative ne va pas être le seul point sur lequel la législation française va se modifier. Alors que les textes internationaux prévoient, en tant que droit sexuel, le droit de se marier, le droit français va prendre acte des revendications en la matière. Si le mariage français fut longtemps conditionné à la binarité des sexes, les requêtes en faveur d'une suppression des discriminations dans le cadre matrimonial vont être entendues. Déterminé dans un premier temps à réduire les discriminations en instaurant une forme d'union pour les couples de même sexe⁵⁰³, le législateur français va peu à peu réduire les discriminations fondées sur le mariage, d'une part, en ce qui concerne l'âge légal des époux⁵⁰⁴, d'autre part, en ouvrant le mariage aux couples de même sexe⁵⁰⁵, une nouvelle condition du mariage garantissant également le droit de choisir ses partenaires. Forte des réclamations constantes pour éliminer les discriminations, la législation française, au fil du temps, a su se conformer aux exigences du droit international en matière de droits sexuels, une conformité qui se retrouve également en droit pénal.

506. Parce que les droits sexuels doivent assurer à chacun la possibilité de vivre une sexualité dénuée de toute contrainte et de toute violence, il était impératif pour le législateur français de prendre les mesures adéquates afin de garantir une telle sécurité. Les textes législatifs en matière pénale étant particulièrement nombreux, nous n'établirons qu'une liste fragmentée des normes législatives réprimant tout comportement qui contreviendrait aux droits sexuels. Tout d'abord, dans le domaine du mariage, si le droit français a mis tout en œuvre pour supprimer les discriminations, il a également pris en considération la contrainte qui peut s'exercer au sein même du cadre matrimonial. Ainsi, en adoptant des mesures visant à interdire les mariages forcés⁵⁰⁶, le législateur prend en

⁵⁰³ « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* », Article 515-1, Code civil ; Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

⁵⁰⁴ « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* », Article 144, Code civil ; Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

⁵⁰⁵ « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* », Article 143, Code civil ; Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁵⁰⁶ « *Le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende* », Article 222-14-4, Code pénal ; Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

considération les droits sexuels et notamment le droit de ne pas contracter mariage sous la contrainte. De plus, si les mariages forcés enfreignent indubitablement les droits sexuels attachés au mariage, les relations sexuelles non consenties entre époux se placent également dans la même catégorie. Si le consentement aux relations sexuelles matrimoniales fut anciennement considéré comme présumé, la prise en considération croissante du consentement comme élément de la liberté sexuelle a contraint le législateur à s'intéresser aux cas des viols entre époux⁵⁰⁷. Ainsi, avec la loi du 4 avril 2006⁵⁰⁸, toute relation non consentie, même entre époux, peut être qualifiée de viol ou d'agression sexuelle au sens de la loi pénale.

507. Au-delà des infractions relatives aux contraintes imposées dans le cadre du mariage, le législateur s'est penché sur les actes de violence en matière sexuelle. Les droits sexuels imposant la nécessité d'une vie sexuelle pratiquée en toute sécurité et de manière volontaire, il était du devoir du Droit d'établir un corpus juridique pour réprimer tout comportement sexuel contraint et violent assujetti à une absence de consentement. D'une part, la contrainte va être sanctionnée par les mesures relatives au harcèlement sexuel⁵⁰⁹, au viol⁵¹⁰, aux agressions sexuelles⁵¹¹ et à l'exhibition sexuelle⁵¹² et d'autre part, la répression des actes sexuels violents interviendra avec l'établissement de la prohibition de

⁵⁰⁷ Nous utilisons le terme « viol entre époux » par souci de ne pas alourdir notre développement, mais une telle circonstance aggravante est également applicable pour les relations concubines ou les partenaires liés par un PACS.

⁵⁰⁸ Si depuis 1990, les juges considéraient que l'un des époux pouvait prouver qu'il n'avait pas consenti à l'acte sexuel, il faut véritablement attendre la loi de 2006 pour que le viol entre époux soit inscrit dans la loi à l'article 222-24 du Code pénal.

⁵⁰⁹ « *Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* », Article 222-33, Code pénal ; Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

⁵¹⁰ « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol* », Article 222-23 ; Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

⁵¹¹ « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur* », Article 222-22, Code pénal.

⁵¹² « *L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Même en l'absence d'exposition d'une partie dénudée du corps, l'exhibition sexuelle est constituée si est imposée à la vue d'autrui, dans un lieu accessible aux regards du public, la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé* », Article 222-32, Code pénal.

tout acte sexuel commis avec violence⁵¹³. Quelles que soient les infractions établies par le Droit, qu'elles s'exercent de manière violente, ou de façon contrainte, elles disposent toutes d'un facteur commun : l'absence de consentement de la victime, une absence de consentement contraire au droit sexuel d'avoir des rapports volontaires et désirés.

508. La reconnaissance et la protection accordées aux droits sexuels par le droit pénal ne s'effectuent pas uniquement au travers de l'établissement d'infractions caractérisées par l'absence de consentement à l'acte de la victime, la violence ou la contrainte. Si ces critères sont fondamentaux pour établir une violation des droits sexuels, la reconnaissance des droits sexuels passe également par l'instauration de critères précis. L'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle de la victime sont des éléments qui doivent être pris en considération. Ainsi, si la loi du 16 novembre 2001⁵¹⁴ avait introduit dans le Code du travail le critère de l'orientation sexuelle, celui-ci ne sera intégré au Code pénal qu'avec la loi du 18 mars 2003 au travers de l'adoption de l'article 132-77. Avec l'introduction de ce critère, toute infraction qui entre dans le champ de l'article 132-77 du Code pénal peut être aggravée lorsque les faits ont été commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime.

509. La prise en considération de l'orientation sexuelle comme circonstance aggravante va dépasser le champ des atteintes aux personnes pour intégrer le domaine des infractions contre les biens⁵¹⁵. De plus, au-delà des infractions commises contre les biens, le critère de l'orientation sexuelle va être élargi aux propos injurieux, diffamatoires ou appelant à la haine ou à la violence. Ainsi, la loi du 30 décembre 2004 va venir aggraver les sanctions encourues par les auteurs de diffamation ou d'injures publiques envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle et créer un nouveau délit de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination à l'égard d'une

⁵¹³ Le viol, les agressions sexuelles et les violences ayant entraîné une mutilation sexuelle font partie de cette catégorie. La répression des mutilations sexuelles se trouve à l'article 222-9 du CP qui déclare que « *Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ». Les mutilations sexuelles sont aussi une circonstance aggravante de certaines infractions à caractère sexuel. De plus, à l'appui de ces articles, il faut se tourner vers la jurisprudence de la Cour de cassation qui estime que « (...) *le clitoris et les lèvres de la vulve sont des organes érectiles féminins ; que leur absence à la suite de violence constitue une mutilation au sens de l'article 312-2 du Code pénal* », Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 août 1983.

⁵¹⁴ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

⁵¹⁵ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite Loi PERBEN II.

personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle⁵¹⁶.

510. Dès lors, le législateur prend note des revendications en la matière, assurant à toute personne de ne pas subir d'entrave dans le choix de son orientation sexuelle. Pourtant, si l'intégration de l'orientation sexuelle dans le Code pénal était une avancée majeure, la reconnaissance continue de l'identité sexuelle et la montée en puissance de l'incursion de la notion de genre dans notre société vont pousser le législateur à accroître les critères retenus.

511. Bien que nous évoquions l'irruption de la notion d'identité de genre dans les mœurs et mentalités, sa reconnaissance juridique n'interviendra qu'en 2016 ; le législateur incorporant, tout d'abord, la notion d'identité sexuelle comme nouveau critère de discrimination et comme circonstance aggravante. Ainsi, la loi du 6 août 2012⁵¹⁷ relative au harcèlement sexuel est venue ajouter comme motif de discrimination le critère de l'identité sexuelle. Dès cet instant, à l'image de la protection accordée à l'orientation sexuelle, le législateur est venu attribuer à l'identité sexuelle une protection spécifique. Pourtant, bien que plus protectrice des droits sexuels des personnes transidentitaires, de nouvelles revendications vont émerger, les transidentitaires considérant que la notion d'identité sexuelle ne correspondait pas parfaitement à leur situation et engendrait une protection limitée par la loi.

512. Désireux de satisfaire à ces revendications, d'aucuns ont saisi la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) pour qu'elle rende un avis consultatif sur le sujet de l'intégration de la notion d'identité de genre en droit français. Voici des extraits de l'avis de la Commission qui déclare que : « *Les personnes transidentitaires sont souvent stigmatisées, voire discriminées, et il n'est pas certain que les termes de la législation actuelle les protègent suffisamment contre les actes et les menaces dont elles peuvent être victimes (...)* De l'ensemble de ces travaux, et après débats

⁵¹⁶ Y. PAVODA, « La genèse de la loi du 30 décembre 2004 : présentation des nouveaux délits et des nouvelles règles de poursuites », *LEGICOM*, volume 35, n° 1, 2006, pages 117 à 124 ; C. MECARY, « La loi du 30 décembre 2004 : une pierre à l'édifice de lutte contre les discriminations en droit de la presse », *LEGICOM*, volume 35, n° 1, 2006, pages 131 à 134.

⁵¹⁷ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

contradictoires entre ses membres, la CNCDH a retenu le principe de l'introduction dans la loi du critère d'« identité de genre ». L'urgence d'un changement dans la procédure de modification de la mention de sexe dans l'état civil a par ailleurs incité les membres à recommander une démedicalisation totale et une déjudiciarisation partielle de la procédure⁵¹⁸ ». Rappelant les termes des principes de Yogyakarta ainsi que les propos du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, la CNCDH rappelle les recommandations faites aux États dans leur devoir de mettre en œuvre, afin d'assurer le respect des droits sexuels, « les normes internationales des droits de l'homme sans distinction et interdire expressément la discrimination fondée sur l'identité de genre dans la législation nationale anti-discrimination⁵¹⁹ ».

513. La loi⁵²⁰ du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle va incorporer la notion d'identité de genre dans l'article 225-1 du Code pénal, supprimant, de surcroît, la notion d'identité sexuelle jugée inadaptée. Dès lors, le législateur français s'accorde à reconnaître et à protéger les droits sexuels des transidentitaires et ceci de manière plus efficiente, en prenant en considération, la notion d'identité de genre déjà présente dans les textes internationaux et européens⁵²¹.

514. **Les droits sexuels et l'évolution des mœurs** – Du fait de l'évolution des mœurs et des mentalités, les droits sexuels ont été l'objet de nombreuses modifications. Si les premiers droits sexuels se focalisaient sur la protection de la procréation et le lien indivisible qu'elle entretenait avec la sexualité, la libéralisation de la sexualité à engendrer la reconnaissance de nouveaux droits sexuels.

⁵¹⁸ CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, JORF n° 0176 du 31 juillet 2013.

⁵¹⁹ T. HAMMARBERG, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Document thématique, octobre 2009.

⁵²⁰ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁵²¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Observation générale n° 20 sur la non-discrimination ; Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Présentés devant le Conseil des droits de l'homme des Nations unies, Organisation des Nations unies, Yogyakarta, 26 mars 2007 ; Directives 2011/95/UE (directive qualification asile) et 2012/29/UE (directive sur les droits des victimes de la criminalité).

515. Initialement centrés sur une protection limitée à l'ordre public, à la santé et à la morale⁵²², les droits sexuels vont faire l'objet d'un changement d'objectif en reconnaissant un droit au bien-être. L'évolution des mœurs va être le moteur de ce bouleversement. En effet, la sexualité était autrefois synonyme de pudeur et d'honneur. Ainsi, dans la Convention de Genève de 1949⁵²³, il est énoncé en son article 27 que « *les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur* ». Les droits sexuels et les atteintes qui pouvaient leur être portées s'analysaient au regard de l'honneur et de la pudeur, les atteintes physiques n'entachant pas spécifiquement le corps des femmes mais particulièrement leur honneur et, accessoirement, l'honneur de leurs proches. Les mœurs sexuelles s'attachaient principalement aux maux qui pouvaient être causés à la réputation.

516. La morale et l'ordre public vont également être à l'origine de l'établissement de certains droits sexuels. La législation sur la traite des êtres humains⁵²⁴ n'avait été, fut un temps, adoptée uniquement que pour son caractère immoral⁵²⁵ ; une immoralité qui se retrouvait dans les actes d'embauchage, d'entraînement ou de détournement des femmes

⁵²² « - Nous croyons en la fabrication de contraceptifs sans risques qui ne nuisent pas et en la nécessité de combattre l'avortement et la pénalisation de l'avortement (...) - Une conception des aberrations du désir sexuel non pas comme un crime, un péché ou une forme de vice mais comme un phénomène plus ou moins pathologique (homosexualité) (...) », Programme de la Ligue mondiale pour la réforme sexuelle, Londres, 1929.

⁵²³ Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949.

⁵²⁴ Arrangement international du 18 mai 1904 pour la répression de la traite des blanches ; Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches ; Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la répression de la traite des femmes et des enfants ; Convention internationale du 11 octobre 1933 pour la répression de la traite des femmes majeures ; Convention des Nations unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui de 1949.

⁵²⁵ « *Considérant que la prostitution et le mal qui l'accompagne, à savoir la traite des êtres humains en vue de la prostitution, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine et mettent en danger le bien-être de l'individu, de la famille et de la communauté* ». Le terme « immoral » n'est pas explicitement utilisé dans le préambule de la Convention mais la référence à la dignité et à la valeur de la personne humaine nous laisse à penser que c'est bien la protection de la moralité qui était recherchée, Préambule, Convention des Nations unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui de 1949.

dans un but purement sexuel⁵²⁶, conduisant les victimes à la débauche⁵²⁷ et ceci même si leur consentement avait été donné.

517. La référence à la morale va se dissiper peu à peu pour laisser place à une nouvelle mentalité : le bien-être. Désormais, le respect des droits sexuels ne se focalise plus sur l'honneur mais sur la sécurité physique et mentale. Ainsi, les violences sexuelles sont considérées comme des violations des droits humains et la sexualité doit être protégée⁵²⁸ pour garantir un certain bien-être duquel découle une sécurité physique et mentale.

518. Le bien-être va s'accompagner progressivement du « droit de mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité⁵²⁹ », une vie sexuelle libérée de toute violence même si la pression procréative, bien que diminuée, persiste⁵³⁰. Détacher la procréation de la sexualité n'est pas encore à l'ordre du jour, tant le lien entre elles s'est enraciné depuis des siècles.

519. Pourtant, la libéralisation de la sexualité et des mœurs va reléguer progressivement la procréation au simple rang d'élément de la sexualité et non plus comme la finalité de celle-ci. Les mœurs qui étaient autrefois celles d'une sexualité reproductive vont s'émanciper de ce but. Si les textes internationaux n'avaient pas encore pris la mesure du besoin social de distinguer procréation et sexualité, les organisations non-gouvernementales vont jouer le rôle d'interpréteur des mœurs en reconnaissant des droits sexuels libérés de toute connotation reproductive⁵³¹.

⁵²⁶ « Les Parties à la présente Convention conviennent de punir toute personne qui, pour satisfaire les passions d'autrui : 1) *Embauche, entraîne ou détourne en vue de la prostitution une autre personne, même consentante* ; 2) *Exploite la prostitution d'une autre personne, même consentante* », Article 1er, Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches.

⁵²⁷ « *Doit être puni quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, a embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille majeure en vue de la débauche dans un autre pays, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents* », Article 1^{er}, Convention internationale du 11 octobre 1933 pour la répression de la traite des femmes majeures.

⁵²⁸ Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, Vienne, 14-25 juin 1993, § 38.

⁵²⁹ Rapport de la Conférence Internationale sur la Population et le Développement, Organisation des Nations unies, Le Caire, 5-13 septembre 1994, § 7.2.

⁵³⁰ Conférence mondiale sur les femmes, Organisation des Nations unies, Beijing, 4-15 septembre 1995.

⁵³¹ Déclaration des droits sexuels, WAS, 1996.

520. Outre le recul de la procréation indivisible de la sexualité dans les mœurs, les revendications en matière sexuelle vont, au fur et à mesure, portées sur la reconnaissance de la diversité sexuelle. Si, fut un temps, les individus revendiquaient des droits sexuels liés à la sécurité et à la vie privée, d'aucuns vont mettre en avant la nécessité de reconnaître des droits à ceux qui n'entrent pas dans le schéma « classique » de la sexualité hétérosexuelle, les individus n'inspirant plus à être seulement protégés et non importunés dans leur sexualité mais à être également reconnus et protégés dans le cadre de la diversité sexuelle⁵³².

521. De la morale au bien-être, de la reproduction à la reconnaissance de la diversité sexuelle, les mœurs en matière de droits sexuels ont progressivement évolué ; une évolution qui risque, encore longtemps, de se poursuivre tant la sexualité est une activité humaine qui se renouvelle perpétuellement.

SECTION II – Liberté sexuelle et droit à la sexualité

522. La liberté sexuelle, pierre angulaire des droits sexuels, n'a jamais reçu les honneurs d'une consécration explicite. Pourtant, celle-ci se présente, sans conteste, comme une liberté, une liberté tout à la fois protégée, encadrée et limitée. Néanmoins, la liberté sexuelle doit-elle être entendue comme une simple liberté ou comme un véritable droit ?
(§ I)

523. Dans la sphère des termes juridiques, où droit et liberté s'apparentent mais ne se confondent pas, la question intrigue. D'un côté, la liberté, avec son pouvoir d'action sans entraves, de l'autre, le droit, avec ses obligations. Un lien entre droit et liberté complexe d'où émergent des interrogations sur la nécessité de reconnaître un droit à la sexualité et les implications profondes que cela engendrerait (§ II).

§ I – La liberté sexuelle : une liberté consacrée, protégée et limitée

⁵³² Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Présentés devant le Conseil des droits de l'homme des Nations unies, Organisation des Nations unies, Yogyakarta, 26 mars 2007.

524. **La sexualité : une liberté ?** – Le mariage entre la sexualité et la morale fut longtemps un mariage solide, la sexualité ne se pratiquant, durant des siècles, que dans le respect d'une certaine moralité⁵³³. Pourtant, l'évolution des mœurs et le recul constant de la morale dans la sexualité des individus va offrir la possibilité à la liberté sexuelle d'émerger, la sexualité s'émançant peu à peu du poids de la morale.

525. *Quid* de la notion même de « liberté sexuelle » ? Tout d'abord, il s'agit bien entendu d'une liberté. Une liberté se caractérise par la « *possibilité, le pouvoir d'agir sans contrainte*⁵³⁴ ». Sur le plan juridique, « *la « liberté », au sens juridique, peut s'analyser comme la possibilité d'accomplir – ou de ne pas accomplir – un acte qui n'est ni interdit ni imposé par les règles en vigueur : c'est la sphère d'autonomie laissée par l'ordonnement juridique à l'individu*⁵³⁵ ».

526. La liberté peut être ainsi identifiée comme le fait pour un individu de pouvoir agir à sa guise, sans qu'il y soit contraint et dans le respect des normes juridiques. À la notion de liberté s'ajoute celle de « sexuelle ». Si nous nous sommes efforcés de définir la liberté, il est indispensable de délimiter la notion de « sexuelle ». Le terme « sexuelle » s'entend de tout ce qui est « *relatif au sexe, à la sexualité*⁵³⁶ ». Le sexe et la sexualité. Deux notions différentes et pourtant, indissociables. Pourtant, ces deux notions, en Droit, se doivent d'être dissociées. La première évoquant le sexe dans un cadre biologique ou psychologique, la seconde impliquant les pratiques et orientations sexuelles ; une seconde définition qui entre dans notre champ d'étude de la liberté sexuelle.

527. À la lumière de ces éclaircissements, nous pouvons désormais appréhender plus aisément ce qu'est la liberté sexuelle. La liberté sexuelle est la liberté que possède les individus dans le cadre de leur sexualité. Plus précisément, la liberté sexuelle s'interprète comme la possibilité d'entretenir ou pas des relations sexuelles avec le partenaire de son

⁵³³ Nous ne reviendrons pas sur le lien entre sexualité et morale, celui-ci ayant été longuement démontré dans une partie relative à l'histoire de la sexualité.

⁵³⁴ <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/liberte>

⁵³⁵ D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » in D. BORRILLO et D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Paris, Ed. PUF, 2005, 240 pages, page 14.

⁵³⁶ <https://www.cnrtl.fr/definition/sexuelle>

choix et au moment qu'ils auront choisi⁵³⁷, une liberté faisant l'objet d'une consécration par le Droit.

528. **La liberté sexuelle : victime d'une consécration implicite** – Dans le chapitre intitulé « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » issu de l'ouvrage *La liberté sexuelle*, Danièle LOCHAK déclare que « *la liberté sexuelle n'est consacrée par aucun texte*⁵³⁸ ». Or, il est depuis longtemps reconnu que les individus disposent d'une liberté sexuelle.

529. Bien que dépourvue de toute consécration textuelle, la liberté sexuelle existe bien. Néanmoins, pour en trouver les sources, il faut creuser au sein des droits fondamentaux. En effet, celle-ci n'est garantie que comme composante ou comme corollaire d'autres droits, la liberté sexuelle ne disposant d'aucune indépendance juridique.

530. Pour comprendre la consécration de la liberté sexuelle, il faut se pencher sur le droit à la vie privée et notamment sur la jurisprudence de la Cour EDH, particulièrement riche en arrêts relatifs à la liberté sexuelle, composante du droit à la vie privée.

531. La construction européenne de la consécration de la liberté sexuelle s'est inaugurée avec la saisie de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, ancienne instance européenne chargée de recevoir toute demande de violation des droits fondamentaux en vue de procéder à un compromis à l'amiable. Dans sa décision en date du 13 mai 1976, la Commission avait à trancher d'un litige concernant la vie privée et plus précisément, l'interdiction établie par l'État islandais de détenir un chien sauf conditions précises⁵³⁹.

⁵³⁷ J. PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamental ? Éléments de réflexion » in J. PINI, L. LEVENEUR et al., *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages, page 15.

⁵³⁸ D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » in D. BORRILLO et D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Paris, Ed. PUF, 2005, 240 pages, page 9.

⁵³⁹ « *Le requérant est un ressortissant islandais. Il habite Reykjavik où, depuis 1924, une réglementation interdit de détenir des chiens. Le Règlement n° 11 du 20 janvier 1950, actuellement en vigueur, renferme la disposition suivante : Il est interdit de détenir des chiens, à l'exception des chiens nécessaires à l'exploitation d'une ferme officiellement reconnue et assujettis au contrôle de la Commission de santé publique (...). Le requérant allègue la violation de l'article 8 de la Convention* », Commission Européenne des Droits de l'Homme, D6825/74, X. contre Islande, 13 mai 1976 ; E. CARPANO et C. MOISAN, « Liberté sexuelle et droit européen » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, pages 135 à 136.

Certes, nous direz-vous, la détention d'un chien n'a strictement rien à voir avec la liberté sexuelle des individus et pourtant, les termes de la décision vont poser les premières fondations, quoique légèrement imprécises, de la liberté sexuelle au travers de l'élaboration des composantes du droit à la vie privée. En effet, la Commission déclare que « *ce droit*⁵⁴⁰ *comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité* ». La Commission évoquant expressément les termes de « relations », « autres êtres humains » et « domaine affectif⁵⁴¹ », il n'était pas absurde de penser qu'elle citait, dans une certaine mesure, le droit d'avoir des relations sexuelles.

532. La position de la Commission allait rapidement être reprise par la Cour EDH. Dès 1981, dans son arrêt *DUDGEON contre Royaume-Uni*⁵⁴², la Cour se montre plus explicite. Saisie d'une requête en violation de l'article 8 de la Convention, elle déclare que « *la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 paragraphe 1*⁵⁴³ ». Bien que la référence à la vie sexuelle soit mise entre parenthèse, démontrant un manque d'affirmation claire et une certaine timidité, le simple fait qu'elle l'évoque explicitement prouve une volonté de rattacher la liberté sexuelle à la vie privée.

533. À la suite de cette décision, la Cour EDH ne va cesser de reconnaître la liberté sexuelle et son attachement à la vie privée. Ainsi, dans une décision intervenue quatre ans plus tard, la Cour, qui avait à se prononcer sur des violences sexuelles, réaffirme la liberté sexuelle comme composante du droit à la vie privée, énonçant que la vie privée « *recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle*⁵⁴⁴ ».

534. Si la Cour avait déjà évoqué la vie sexuelle comme composante du droit à la vie privée, elle va venir englober également au sein même de ce droit, d'autres composantes.

⁵⁴⁰ Le droit à la vie privée.

⁵⁴¹ Commission Européenne des Droits de l'Homme, D6825/74, *X. contre Islande*, 13 mai 1976.

⁵⁴² Cour EDH, *DUDGEON contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, Requête n° 7525/76 ; N. DEFFAINS, « Liberté sexuelle et répression : le paradoxe pénal » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, page 83 à 84.

⁵⁴³ Cour EDH, *DUDGEON contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, Requête n° 7525/76, § 41.

⁵⁴⁴ Cour EDH, *X. et Y. contre Pays-Bas*, 26 mars 1985, Requête n° 8978/80, § 22.

D'une part, le droit à un épanouissement personnel⁵⁴⁵ et d'autre part, le droit à l'autonomie personnelle⁵⁴⁶, des droits qui peuvent parfaitement se combiner à la liberté sexuelle. Une sexualité exercée en toute liberté doit s'entendre d'une sexualité épanouie. De plus, vivre librement sa sexualité, de manière autonome, permet d'accéder à la concrétisation d'un développement personnel.

535. En parallèle de la reconnaissance d'un droit à l'autonomie personnelle, la Cour va y ajouter le droit de disposer de son corps. Un droit qui s'applique parfaitement à la matière sexuelle tant la sexualité est liée au corps des individus. Si, la Cour EDH, s'est montrée, dans un premier temps, réticente à reconnaître une pleine application du droit de disposer de son corps dans le cadre des relations sexuelles⁵⁴⁷, elle va exécuter, par la suite, un revirement de jurisprudence.

536. Dans son arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique* en date du 17 février 2003, la Cour EDH, s'appuyant largement sur ses jurisprudences précédentes en la matière, va déclarer que « l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel (*GOODWIN contre Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 90) ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (*PRETTY contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 61). Ce droit implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (*BURGHARTZ contre Suisse*, 22 février 1994, § 24), en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère

⁵⁴⁵ « L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur », Cour EDH, *BENSAID contre Royaume-Uni*, 6 février 2001, Requête n° 44599/98, § 47.

⁵⁴⁶ « L'article 8 comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 », Cour EDH, *PRETTY contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Requête n° 2346/02, § 61 ; E. **CARPANO** et C. **MOISAN**, « Liberté sexuelle et droit européen » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, page 136.

⁵⁴⁷ « Toute pratique sexuelle menée à huit clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 (...) 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 », Cour EDH, *LASKEY, JAGGARD et BROWN contre Royaume-Uni*, 19 février 1997, Requêtes n°s 21627/93, 21826/93 et 21974/93, § 36 ; E. **CARPANO** et C. **MOISAN**, « Liberté sexuelle et droit européen » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, page 139.

privée et est à ce titre protégé par cette disposition (SMITH et GRADY contre Royaume-Uni, 27 septembre 1999, § 89). Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. À cet égard, la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps⁵⁴⁸ ».

537. Nous ne pouvons que souligner l'exhaustivité d'un tel arrêt, rappelant, point par point, la construction de la liberté sexuelle par le juge européen et démontrant parfaitement que la liberté sexuelle est une composante fondamentale du droit à la vie privée.

538. L'étude de la jurisprudence européenne nous contraint nécessairement à nous pencher sur la consécration interne de la liberté sexuelle. La liberté sexuelle est-elle une liberté consacrée explicitement par le droit français ? Sur le modèle du juge européen, la Cour de cassation rattache la liberté sexuelle au droit à la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention EDH⁵⁴⁹. De ce fait, si la liberté sexuelle ne connaît pas une consécration propre, sa qualité de composante du droit à la vie privée lui permet, malgré tout, une protection efficace, le droit à la vie privée ayant valeur constitutionnelle⁵⁵⁰ et étant prévu par l'article 9 du Code civil⁵⁵¹.

539. En tout état de cause, la notion de vie privée revêtant un caractère général et pouvant faire l'objet d'une appréciation large, il n'est pas curieux que la liberté sexuelle

⁵⁴⁸ Cour EDH, *K.A. et A.D. contre Belgique*, 17 février 2003, Requêtes n^{os} 42758/98 et 45558/99, § 83. Sur le consentement aux actes sadomasochistes, voir P.-Y. **QUIVIGER**, « Du consentement. Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux Témoins de Jéhovah », *Raisons politiques*, 2012, volume 2, n^o 46, pages 79 à 94.

⁵⁴⁹ Sur la vie sentimentale, Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 24 avril 2003, pourvoi n^o 01-01.186 ; Sur l'orientation sexuelle, Cour de cassation, Première chambre civile, 9 avril 2015, pourvoi n^o 14-14.146.

⁵⁵⁰ Conseil constitutionnel, 23 juillet 1999, Décision 99-416 DC.

⁵⁵¹ « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* », Article 9, Code civil.

puisse entrer dans le champ de ce droit, une liberté sexuelle qui, au-delà de sa consécration, est largement protégée mais, également, limitée.

540. **Une liberté protégée ...** – La liberté sexuelle, bien que consacrée, n'est pas épargnée par les atteintes qui peuvent lui être portées. Par conséquent, le législateur se doit de mettre en œuvre des mesures visant à protéger la liberté sexuelle de ses justiciables.

541. Lorsqu'il est question d'évoquer le terme de « liberté », l'idée première est que la liberté permet aux individus de se comporter comme bon leur semble. Pourtant, la liberté ne doit pas être analysée comme une zone de non-droit où chaque individu peut jouir d'une pleine irresponsabilité de ses actes et ceci au nom de la liberté. La liberté implique des contraintes et notamment lorsqu'une telle liberté est partagée entre tous les justiciables.

542. John Stuart MILL, dans son célèbre ouvrage *De la liberté*⁵⁵², professait que « *la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres* ». Il en est de même dans le domaine de la liberté sexuelle. La liberté sexuelle des uns s'arrête là où commence celle des autres. De ce constat, le Droit en tire toute sa substance. La liberté sexuelle est reconnue à tous mais dans le respect d'autrui.

543. De quelle manière le Droit protège-t-il la liberté sexuelle des justiciables ? La première des protections accordées est la répression de tout acte sexuel constitué sans le consentement de l'une des parties à l'acte. Certes, la liberté sexuelle implique de choisir son partenaire, encore faut-il que celui-ci accepte la relation sexuelle. Si ce n'est pas le cas, il n'est pas possible d'invoquer une quelconque liberté sexuelle ; l'absence de consentement primant, bien évidemment, sur la liberté sexuelle du sujet demandeur. Le consentement est l'élément essentiel qui fonde la liberté sexuelle. En l'absence de celui-ci, nul ne peut se prévaloir de sa liberté sexuelle pour légitimer une relation sexuelle. Il se présente comme la pierre angulaire de la liberté sexuelle.

544. D'ailleurs, la plupart des infractions pénales en matière sexuelle sont constituées en l'absence de consentement à l'acte. Ainsi, le viol, les agressions sexuelles, le harcèlement sexuel et l'exhibition sexuelle sont toutes des infractions qui, pour être

⁵⁵² J. S. MILL, *De la liberté*, Ed. Folio Essais, 1990, 242 pages.

constituées, nécessitent une absence de consentement de la victime⁵⁵³. En érigeant ces comportements sexuels en infractions pénales, le législateur confirme que la sexualité est une activité qui doit être pratiquée dans un consentement mutuel et exemptée de toute contrainte.

545. En érigeant le consentement au rang de condition fondamentale de l'exercice de la sexualité, le législateur protège entièrement la liberté sexuelle accordée à ses justiciables.

546. Dans un second temps, la liberté sexuelle ne s'entend pas uniquement du fait d'avoir des relations sexuelles consenties mais également du fait de choisir librement le sexe de la personne avec laquelle l'individu souhaite entreprendre une activité charnelle. Si l'hétérosexualité fut longtemps, moralement et juridiquement, la norme en matière de sexualité, la dépénalisation de l'homosexualité et la reconnaissance constante de la protection accordée aux LGBTI a ouvert un nouveau volet de protection de la liberté sexuelle : la prohibition de la discrimination sexuelle.

547. Ainsi, au-delà de la protection de la liberté sexuelle par la répression des actes sexuels non consentis, la liberté sexuelle fait l'objet d'une protection des choix sexuels, une protection qui se matérialise par la répression des actes discriminatoires à l'encontre des individus n'ayant pas opté pour l'hétérosexualité. Dès lors, tout acte jugé discriminatoire à raison de l'orientation sexuelle de la victime est déclaré contraire à la liberté sexuelle et ainsi prohibé au nom de l'égalité des orientations sexuelles.

548. Si le champ de protection du droit pénal en matière de liberté sexuelle ne se restreint pas au consentement et aux discriminations, ceux-ci se présentent comme les deux objets fondamentaux de la protection de la liberté sexuelle, l'une protégeant le choix à l'acte sexuel, l'autre protégeant le choix du partenaire à l'acte.

549. Bien que la liberté sexuelle soit une liberté particulièrement protégée, à l'instar des autres libertés reconnues par le Droit, elle est l'objet de limitations, des limitations se

⁵⁵³ Nous reviendrons ultérieurement sur le défaut de mention de l'absence de consentement dans les textes répressifs, ceux-ci ne le mentionnant jamais expressément.

justifiant à raison de certains principes juridiques tels que la non-patrimonialité du corps humain, la dignité mais également au regard d'une certaine forme de moralité.

550. ... **et limitée** – Tantôt protégée, tantôt limitée, la liberté sexuelle oscille. Si elle est un objet de protection, sa portée ne connaît pas un caractère absolu, le Droit, dans certaines situations, en limitant l'application.

551. Tout d'abord, nous ne reviendrons que promptement dessus, la liberté sexuelle est limitée dès lors que le consentement est vicié. Comme exposé précédemment, la liberté sexuelle s'arrête dès qu'intervient le refus, s'agissant là d'une limite parfaitement compréhensible.

552. Ensuite, par-delà la limite établie à raison d'une absence de consentement, la limitation de la liberté sexuelle se justifie par sa contradiction avec d'autres principes. Pour appuyer notre argumentation, nous exposerons, successivement, le principe de non-patrimonialité du corps humain ainsi que le principe de dignité.

553. *Quid* du principe de non-patrimonialité du corps humain, composante du principe d'indisponibilité du corps humain ? Aux termes de l'article 16-1 du Code civil, « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». Par conséquent, en l'état actuel du Droit, le principe de non-patrimonialité signifie que le corps ne peut être mis à disposition, vendu, ou faire l'objet d'une convention, quelle que soit sa nature, gratuite ou onéreuse. Le lien entre liberté sexuelle et non-patrimonialité du corps humain se doit d'être éclairci. Afin de permettre une meilleure compréhension de l'analyse qui va suivre, nous nous devons de prendre en illustration un cas concret : la prostitution.

554. La prostitution se caractérise comme le fait, pour une personne, de livrer son corps à des plaisirs sexuels avec autrui et ceci moyennant rémunération. Outre la prostitution forcée ou celle des mineurs – prostitutions qui n'entrent pas dans le champ de notre étude du fait de leur spécificité –, l'acte prostitutionnel se présente comme un acte consenti entre deux personnes majeures, l'une offrant ses services sexuels, l'autre en profitant en contrepartie d'une rémunération. Deux points qui vont être l'objet même de notre étude : un acte sexuel consenti et un acte onéreux.

555. Comment la limite à la liberté sexuelle s'exerce-t-elle en l'espèce ? Au regard du principe de non-patrimonialité du corps humain, le fait d'offrir des services sexuels, services sexuels pratiqués à l'aide du corps humain, en échange d'une rémunération contrevient indubitablement au principe de non-patrimonialité du corps humain ; la prostitution se présentant comme une « vente » du corps humain parfaitement contraire à la protection et au respect qui doit être accordé à celui-ci. Ici, la limite à la liberté sexuelle se présente dès lors que l'acte sexuel n'est pas pratiqué sans contrepartie financière.

556. De quelle manière le Droit limite la liberté sexuelle sur le fondement du respect de ce principe ? Si la prostitution n'est, de nos jours, plus un acte infractionnel, le recours aux services prostitutionnels, contrevenant au principe de non-patrimonialité du corps humain, est, à l'inverse, sanctionné.

557. Admettons que la non-patrimonialité du corps humain soit un obstacle à l'accomplissement de la liberté sexuelle, le consentement, lui, étant l'élément fondamental de la liberté sexuelle, ne permet-il pas de supplanter le principe ci-avant exposé ? Nous nous devons de répondre par la négative. En effet, qu'importe si le consentement est au cœur de la liberté sexuelle, celui-ci sera, de la même manière, limité et ceci au regard du principe de non-patrimonialité du corps humain mais également du principe de dignité, le principe de dignité étant une composante de l'ordre public, qui justifie que le recours à des services sexuels même consentis ne peut être protégé au nom de la liberté sexuelle⁵⁵⁴.

558. La limite imposée par le principe de dignité ne s'arrête pas uniquement aux actes prostitutionnels. Dans un autre champ sexuel qui est celui de la nécrophilie⁵⁵⁵, le principe de dignité est, de la même manière, évoqué. Certes, la prohibition de ces pratiques, au regard de ce principe, ne tient qu'au lieu et place de l'article relatif à l'interdiction des atteintes au cadavre dans le Code pénal⁵⁵⁶, mais le choix précis de son emplacement illustre parfaitement le renvoi à un tel principe et la limite imposée par celui-ci.

⁵⁵⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-761 QPC, 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres*.

⁵⁵⁵ Selon le Dictionnaire de l'Académie française, la nécrophilie est une « *perversion sexuelle qui se caractérise par une attirance morbide pour les cadavres* », <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0204>

⁵⁵⁶ L'article 225-17 du Code pénal relatif aux atteintes à l'intégrité du cadavre se trouve dans un chapitre V intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ».

559. Enfin, la liberté sexuelle connaît d'une limitation morale, une limitation qui s'incarne admirablement à travers la répression de la zoophilie. La zoophilie, par ailleurs nommée bestialité, se caractérise comme une attirance sexuelle envers les animaux, une attirance qui est réprimée par le Code pénal au titre de l'article 521-1-1. Pourquoi évoquons-nous la morale pour justifier de la limite à la liberté sexuelle, alors que d'aucuns arguent que la zoophilie n'est réprimée qu'à raison de l'atteinte physique portée aux animaux ? Pour répondre à une telle interrogation, il faut analyser précisément les termes de la loi. Alors que la loi, anciennement adoptée en la matière, réprimait les sévices de nature sexuelle commis envers les animaux, l'instauration du nouvel article 521-1-1 du Code pénal est venue remettre en cause toute la légitimité de la répression puisque, désormais, le terme général d'« atteinte sexuelle » est suffisant pour qualifier l'infraction ; une infraction ne nécessitant plus le recours à une quelconque forme de violence. Si la violence était, auparavant, l'élément constituant de l'infraction de zoophilie, la généralité des termes employés dans le nouvel article ne laisse aucune place au doute quant à la référence explicite à la morale.

560. En tout état de cause, que la limite imposée à la liberté sexuelle tire sa source de principes juridiques ou moraux, il est une chose certaine : bien que protégée, la liberté sexuelle n'est jamais absolue, une liberté limitée qui est, parfois, sacrifiée.

561. **La liberté sexuelle : liberté ou droit ?** – Droit ou liberté. La question en matière de réglementation de la sexualité est fondamentale. La liberté sexuelle est-elle uniquement une liberté ou s'apparente-t-elle à un droit ? Pour répondre à cette interrogation, il faut, en priorité, précisément distinguer les deux notions, droit et liberté.

562. Alors que la liberté s'exerce seule, sans imposer d'obligations, le droit, à l'inverse, suppose la réunion de deux éléments : un titulaire du droit et un débiteur de l'obligation découlant de ce droit. Ainsi, le « droit » et la « liberté » sont deux notions, certes, complémentaires, mais également différentes ; la liberté s'analysant en « une liberté de faire ou de ne pas faire » alors que le droit s'observe en « un droit à » ou « un droit de » dont l'exécution incombe à celui qui le reconnaît. Par conséquent, si la liberté ne suppose

aucune obligation de mise en application⁵⁵⁷, le droit nécessite impérativement une action de la part de celui qui le proclame.

563. À la lumière de ce développement, nous pouvons désormais tenter de répondre à la problématique ci-avant exposée. La liberté est-elle une liberté ou un droit ? Partons de l'idée que la liberté sexuelle est un droit. Dans ce cas, dès l'instant où les individus souhaitent entretenir des relations, ils doivent obliger le débiteur de ce droit à qui il l'oppose de prendre les mesures nécessaires à la réalisation de celui-ci. À l'inverse, si la liberté sexuelle s'analyse comme une liberté, elle ne nécessite aucune obligation positive pour s'exercer et peut se réaliser de manière parfaitement indépendante. D'un tel exercice de différenciation, nous pouvons en tirer la conclusion suivante : la liberté sexuelle est une liberté.

564. Dès lors, nous devons affirmer que la liberté sexuelle, dans notre droit positif, est d'interprétation stricte et se distingue clairement d'un droit à la sexualité, le droit à la sexualité devant s'analyser comme un droit qui garantit aux individus la possibilité d'avoir des relations sexuelles quelle que soit leur situation. La liberté sexuelle n'est pas un droit. Elle ne présente ainsi aucune obligation⁵⁵⁸ pour l'État de la rendre effective. L'État doit simplement s'abstenir d'interférer dans les relations sexuelles des individus⁵⁵⁹, dès le moment où ces relations sont exercées dans le respect du consentement.

565. Pourtant, certaines voix s'élèvent pour modifier considérablement la nature de la liberté sexuelle, en revendiquant non plus une « liberté de » mais en sollicitant véritablement un « droit à ». Un « droit à » imposant des obligations positives à l'État,

⁵⁵⁷ Danièle LOCHAK énonce, tout de même que, « toute liberté, à partir du moment où elle est consacrée par le droit positif, produit des conséquences à l'égard d'autrui, au moins sous la forme d'une obligation de respecter cette liberté, de ne pas l'empêcher de s'exercer », D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » in D. BORRILLO et D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Paris, Ed. PUF, 2005, 240 pages.

⁵⁵⁸ La seule obligation qui incombe à l'État est celle de garantir la répression et la condamnation des actes sexuels non consentis.

⁵⁵⁹ « Le droit d'entretenir des relations sexuelles et de choisir sa sexualité est protégé « négativement », comme élément de la vie privée à l'abri (relatif) des ingérences de l'État », D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » in D. BORRILLO et D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Paris, Ed. PUF, 2005, 240 pages, page 12.

l'imposition de certaines obligations notamment face aux situations particulières des prisonniers ou des handicapés physiques ou mentaux dont la liberté sexuelle est sacrifiée.

§ II – La liberté sexuelle : un droit circonstancié ?

566. *La reconnaissance d'un droit à la sexualité : possible réalité ?* – Avant d'approfondir spécifiquement les situations précises de la sexualité des détenus ainsi que des handicapés physiques, il faut nous arrêter sur des questions primordiales : La liberté sexuelle peut-elle se muer en droit à la sexualité ? L'État peut-il, au-delà de reconnaître une liberté sexuelle à tous, offrir les instruments nécessaires à sa mise en application ? Plus précisément, est-il envisageable, pour l'État, d'instaurer un droit à la sexualité ?

567. Que ceci impliquerait-il ? Considérer la liberté sexuelle, soit le droit d'avoir des relations sexuelles, comme un droit reviendrait au créancier de ce droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour rendre ce droit effectif. Dès cet instant, l'État devrait prendre toutes mesures visant à offrir une vie sexuelle à ses justiciables, un tel droit lui conférant des obligations positives.

568. Ainsi, dès lors qu'un individu ne serait pas en mesure d'avoir des relations sexuelles, il invoquerait le devoir de l'État de prendre les mesures adéquates pour satisfaire à son droit. De ce fait, l'État devrait s'assurer et garantir à tous ses justiciables une protection et une mise en œuvre d'un droit à la sexualité et ceci en mettant, par exemple, en place des structures vers lesquelles chacun pourrait, dès qu'il en ressent le besoin, se diriger afin d'assouvir son désir sexuel.

569. L'instauration de maisons closes serait le moyen le plus efficace pour l'État de remplir ses obligations mais ceci reviendrait pour lui à considérer la prostitution comme une profession à part entière et non plus comme une activité forcée et dans laquelle chaque prostituée est une victime.

570. De plus, l'instauration d'un droit à la sexualité, en conséquence, reviendrait, pour l'État, à devoir pallier toutes les solitudes sexuelles de ses justiciables. Nous en convenons, imposer une telle obligation à l'État semble parfaitement inconcevable. D'une part, parce qu'offrir à tous les justiciables un droit à la sexualité reviendrait à mettre en place un nombre considérable de structures opérationnelles pour satisfaire au nombre conséquent de demandes tout en

reconnaissant la prostitution comme une profession et d'autre part, parce que l'État ne possède pas un rôle d'entremetteur, d'agent matrimonial.

571. Bien que l'État puisse, dans le domaine de la sexualité, se montrer d'un paternalisme conséquent, il n'est pas de son devoir d'offrir à chaque individu la possibilité d'une vie sexuelle active ou épanouie mais simplement de s'assurer que chacun puisse vivre librement sa sexualité sans entrave, ni de la part de l'État lui-même, ni de la part d'autrui.

572. Néanmoins, bien qu'offrir à chacun une vie sexuelle épanouie ne relève pas des obligations de l'État, la montée en puissance du mouvement « *incel* » et des actes désastreux – tuerie de masse⁵⁶⁰ – qui en découlent ne serait-il pas une justification légitime à la mise en œuvre d'un droit à la sexualité ? Nous devons, dès lors, préciser nos propos.

573. *Quid* du mouvement « *incel* » ? Le mouvement « *incel* », abréviation de « *involuntary celibate* » (célibataire involontaire en français), est un groupe en ligne composé principalement d'hommes qui se considèrent exclus de la sexualité et des relations amoureuses. Les membres de ce mouvement se sentent frustrés, isolés et souvent en colère, attribuant leur manque de succès romantique à des facteurs tels que les facteurs génétiques, les structures sociales⁵⁶¹ ou encore, plus personnellement, à des rejets justifiés par leur apparence physique, leur statut social ou leur manque de confiance

⁵⁶⁰ G. **DUCHAINE**, « Le tueur de Toronto, les « *incel* » et la haine des femmes », 26 avril 2018, *Courrier international*, <https://www.courrierinternational.com/article/le-tueur-de-toronto-les-incel-et-la-haine-des-femmes> ; N. **GUERINEAU DE LAMERIE**, « Après la fusillade à Plymouth, des interrogations autour du suspect », 13 août 2021, *Libération*, https://www.liberation.fr/international/europe/royaume-uni-cinq-morts-dans-une-fusillade-a-plymouth-20210813_DU4TXQDINNACBAR6VGVU4LW4O4/ ; « Un américain qui haïssait les femmes planifiait une fusillade pour les massacrer », 22 juillet 2021, *Paris Match*, <https://www.parismatch.com/actu/societe/un-americain-qui-haissait-les-femmes-planifiait-une-fusillade-pour-les-massacrer-10782> ; S. **HENDRIX**, « He always hated women », 7 juin 2019, *The Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/graphics/2019/local/yoga-shooting-incel-attack-fueled-by-male-supremacy/>

⁵⁶¹ « *Les incels croient que leur incapacité perçue à avoir des relations sexuelles et/ou romantiques est prédéterminée par la génétique et la société. Cette perception trouve ses racines dans les idées d'hypergamie (les femmes ne sont intéressées que par les hommes les plus séduisants et par ceux qui ont le mieux réussi) et de gynocentrisme (la société moderne est structurée de façon à avantager les femmes et oppresse donc les hommes – particulièrement ceux qui sont considérés comme inférieurs, en l'occurrence les incels)* », Commission européenne, *Communication and Narratives Working Groupe* (RAN C&N), Le phénomène incel, Document de conclusion, 17 et 18 juin 2021.

en eux⁵⁶². Ainsi, les « *incels* » se présentent comme des célibataires involontaires pour qui le fait d'avoir des rapports sexuels devrait être dû. Ils s'estiment lésés dans leur sexualité du fait que les femmes se refusent à eux.

574. Si chaque membre de ce mouvement ne tombe pas dans la violence, la misogynie et la misanthropie, certains se montrent particulièrement extrémistes⁵⁶³, soit dans les propos qu'ils tiennent sur leurs groupes de discussion en appelant à une forme de haine et de violence à l'égard des femmes, soit, en passant directement à l'acte criminel.

575. Dès lors, nous devons nous questionner sur le rôle de l'État pour pallier ces formes d'extrémisme. En revenant sur notre idée précédemment abordée, la mise en œuvre de structures visant à offrir une sexualité active aux justiciables ne permettrait-elle pas d'endiguer ces comportements sexuels extrémistes ? En pratique, il semblerait que ceci soit la solution idéale puisque, même si l'État ne met pas fin à leur statut de célibataire, il met en place des moyens afin de réduire leur sentiment de rejet et leur permet d'assouvir leur désir en entérinant leur croyance que la sexualité est une activité humaine qui devrait être due à chacun.

576. Pourtant, nous le concédons, si chacun a droit à vivre une sexualité épanouie – garantie de la santé sexuelle – la lutte contre les formes extrémistes du mouvement « *incel* » ne repose pas uniquement sur la mise en œuvre d'un accès effectif à la sexualité pour tous mais surtout sur la promotion de la santé mentale⁵⁶⁴, de l'estime de soi, de

⁵⁶² Commission européenne, *Communication and Narratives Working Groupe* (RAN C&N), Le phénomène incel, Document de conclusion, 17 et 18 juin 2021.

⁵⁶³ « *La communauté incel repose sur le nihilisme et la haine de soi. Tous les incels ne sont pas violents, mais l'écosystème incel en ligne nourrit et encourage des attitudes extrêmes relatives au suicide, aux violences interpersonnelles et à la misogynie violente. Il faut reconnaître que l'état d'incel ne se limite pas à l'incapacité de trouver un partenaire sexuel : il correspond aux profondes incertitudes que connaissent aujourd'hui les hommes. Pour être en mesure de reconnaître les griefs et les besoins des incels (pressions/normes sociales, sentiment d'appartenance, sécurité, ostracisme, etc.), il est essentiel de connaître la profondeur de leurs problèmes sous-jacents* », Commission européenne, *Communication and Narratives Working Groupe* (RAN C&N), Le phénomène incel, Document de conclusion, 17 et 18 juin 2021.

⁵⁶⁴ « *Il y a eu un consensus sur le fait qu'il est aussi important de traiter les problèmes de santé mentale que les éventuels problèmes de sécurité. Ce point est particulièrement important en ce qui concerne la prévention. Si vous voulez empêcher un individu de s'identifier comme un incel, vous devez d'abord prendre en compte ses problèmes sous-jacents. L'idéologie et les forums incel sont particulièrement attrayants pour les jeunes hommes vulnérables. L'anxiété et la dépression sont très répandues chez les incels* », Commission

l'égalité des sexes et sur la lutte contre toute forme de violence, physique ou verbale. Instaurer des structures permettant l'accomplissement de la sexualité reviendrait à conforter ces individus dans leur croyance d'une sexualité due⁵⁶⁵ alors même que les membres du mouvement « *incel* » révèlent des symptômes liés à la solitude, au manque de confiance en soi ou encore, à la difficulté de vivre une relation sexuelle ou affective ; des symptômes qui ne peuvent malheureusement pas être soulagés par le seul accès effectif à la sexualité.

577. Si la revendication d'un droit à la sexualité peut découler de mouvements extrémistes considérant la sexualité comme une activité humaine due à chacun, il existe d'autres situations dans lesquelles le droit d'avoir des relations sexuelles est particulièrement limité voire parfois même sacrifié.

578. ***Une liberté sexuelle sacrifiée*** – Nous venons de le démontrer précédemment : la liberté sexuelle est une liberté qui ne garantit pas une obligation positive de la part de l'État pour s'exercer. Pourtant, si la liberté sexuelle est accordée à chacun d'entre nous, force est de constater, qu'au vu des multiples situations personnelles des individus, la liberté ne s'exerce pas de la même manière pour tous ; une disparité entraînant incontestablement une inégalité quant à la mise en application de la liberté sexuelle.

579. Ainsi, si dans la majeure partie des situations, les individus peuvent librement s'adonner à des activités sexuelles, la liberté sexuelle se voit sacrifiée pour certaines catégories de la population, le sort réservé aux prisonniers⁵⁶⁶ ainsi qu'aux handicapés en témoigne parfaitement.

européenne, *Communication and Narratives Working Groupe* (RAN C&N), Le phénomène incel, Document de conclusion, 17 et 18 juin 2021.

⁵⁶⁵ De plus, même s'ils estiment que la sexualité est une activité due, la mise en œuvre de structures dans lesquelles les *incels* pourraient assouvir leur désir leur rappellent leur obligation de payer pour pouvoir accéder à la sexualité, renforçant leur idée que la sexualité est réservée aux privilégiés, Commission européenne, *Communication and Narratives Working Groupe* (RAN C&N), Le phénomène incel, Document de conclusion, 17 et 18 juin 2021.

⁵⁶⁶ Pour plus d'informations sur la sexualité des détenus, voir B. **GONCALVES**, « Sexe et lieux de privation de liberté » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, pages 95 à 113.

580. Comment la liberté sexuelle est-elle appliquée en prison ? Si, comme à chacun d'entre nous, la liberté sexuelle est reconnue aux personnes détenues, c'est à dire qu'elles possèdent la faculté d'avoir recours à des relations sexuelles ou non avec la personne de leur choix et au moment qu'elles le souhaitent, la mise en application d'une telle liberté va se montrer hâtivement limitée, l'enfermement et les contraintes qui y sont attachées se présentant comme une barrière de taille au libre exercice de la sexualité. En effet, il est incontestable que, dès lors qu'une personne est détenue, son statut se modifie. Elle ne peut, désormais, plus être considérée comme une personne libre de ses mouvements, de ses choix, de ses envies, son existence étant conditionnée à la vie carcérale. Une vie carcérale dans laquelle tout est relativement limité. Mais, au-delà du statut particulier qui empêche les détenus de vivre librement leur sexualité du fait de leur impossibilité d'aller et venir, il est une mesure bien plus forte qui anéantit toute forme de sexualité : l'interdiction.

581. Bien que les textes n'évoquent pas formellement une interdiction stricte de la sexualité en milieu carcéral, le fait d'interdire « *d'imposer à la vue d'autrui des actes obscènes ou susceptibles d'offenser la pudeur*⁵⁶⁷ » constitue, sans conteste, une interdiction des relations sexuelles au sein des établissements pénitentiaires. Le législateur, sans l'interdire formellement, use d'une généralité des termes, pour légitimer son interdiction.

582. De plus, de manière plus générale, l'article 222-32 du Code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible au regard du public ; une infraction qui peut parfaitement être constituée, dans ce cas, d'une part, du fait que, la prison étant un lieu nécessairement surveillé, des mesures sont mises en place pour limiter les huit-clos et d'autre part, il s'agit d'une structure qui accueille du public tel que les professionnels du droit ou les familles des détenus.

⁵⁶⁷ Auparavant réprimées sur la base du Code de procédure pénale (articles D249-2 et D408), elles sont désormais contenues dans le Code pénitentiaire qui prévoit, en son article R232-5 alinéa 4, que « *constitue une faute disciplinaire du deuxième degré le fait, pour une personne détenue : (...) d'imposer à la vue d'autrui des actes obscènes ou susceptibles d'offenser la pudeur* ».

583. De ce fait, en application de ces articles, tout détenu surpris dans des rapports intimes au parloir, ou avec d'autres détenus, est passible d'une sanction disciplinaire.

584. L'interdiction de la liberté sexuelle peut-elle être justifiée par la particularité de la situation carcérale ? Si nous admettons que la privation de la liberté d'aller et venir, composante indispensable au bon fonctionnement de la sanction pénale, soit totalement justifiée, la privation de la liberté sexuelle ne nous semble pas, à notre sens, légitime, la liberté sexuelle ne contrevenant pas au but premier de l'enfermement soit la préservation de la société.

585. Pourtant, le sacrifice de la liberté sexuelle en prison trouve, selon les autorités, à se justifier par la nécessité de maintenir un environnement sûr et sécurisé en prison. Les relations sexuelles entre détenus peuvent entraîner des problèmes de sécurité, de coercition, d'inégalité et de violence.

586. Outre le cas particulier des détenus dont la liberté sexuelle est sacrifiée en raison de leur enfermement à la suite de l'accomplissement d'un comportement illicite, les handicapés physiques ou mentaux connaissent, eux aussi, d'une liberté sexuelle sacrifiée ; un sacrifice qui peut être attribué d'une part, à l'incapacité physique, d'autre part, à la complexité d'entretenir des relations sexuelles du fait d'une maladie mentale⁵⁶⁸.

587. Depuis quelques années, la relation entre handicap et sexualité a été l'objet de nombreux débats. S'il n'existe plus de règle interdisant aux personnes handicapées, physiques et mentales, d'avoir une vie sexuelle⁵⁶⁹, la question de la sexualité des personnes handicapées reste néanmoins source de difficultés.

588. En premier lieu, une difficulté intervient à raison de la différence physique des personnes handicapées. En termes de sexualité, les « *limitations physiques peuvent faire douter de sa capacité d'être autonome, ce qui peut lui donner le sentiment d'être moins*

⁵⁶⁸ Nous préférons ne pas aborder le droit à la sexualité des personnes handicapées mentales. Un tel sujet nécessite un plus long travail d'analyse notamment puisqu'il inclut des questions relatives à la capacité de consentir, aux violences sexuelles.

⁵⁶⁹ Au début du XXe siècle, les handicapés physiques et mentaux n'avaient pas le droit d'exercer une sexualité normale, c'est-à-dire, pour l'époque, procréatrice, afin d'éviter les risques de transmission de la dégénérescence, P.-A. ROSENAL, *Destins de l'eugénisme*, Paris, Seuil, 2016, 553 pages.

*intéressant ; sa difformité corporelle a pour effet de le déprécier et de le disqualifier : il ne possède pas les conditions d'admissibilité dans le cercle des rapports socio-sexuels*⁵⁷⁰ ». Ainsi, le handicap physique, avant d'être une limite à la sexualité du fait de la réduction des moyens sexuels, est d'abord perçu du point de vue de l'autre, « *la personne handicapée est souvent perçue comme la personne « monstrueuse » car son apparence s'écarte des normes en vigueur dans une société*⁵⁷¹ ». De ce fait, un tel rejet peut conduire à une misère sexuelle procurant indubitablement souffrance et dépression⁵⁷².

589. En second lieu, la sexualité des handicapés va se retrouver sacrifiée en raison d'une incapacité physique de pouvoir entretenir une relation sexuelle dite « normale ». En effet, si « *de nombreuses personnes vivent une sexualité satisfaisante malgré leurs incapacités physiques (...) certaines d'entre elles se plaignent d'une vie sexuelle misérable*⁵⁷³ ». Le handicap physique peut se manifester de différentes manières, s'il peut être léger et ne pas empêcher une personne d'avoir des relations intimes sans trop de complications – comme des difficultés à trouver un partenaire sexuel –, certains handicaps sont plus lourds et la sévérité des incapacités physiques peut s'opposer à des relations sexuelles communes telles que l'absence d'érection ou l'impossibilité de ressentir la pénétration.

590. Victimes soit d'une différence physique entraînant rejet, soit d'une incapacité physique limitant inévitablement leurs capacités sexuelles, à l'instar des détenus, la liberté sexuelle des personnes handicapées se trouve, également, sacrifiée. Ainsi, qu'il s'agisse des personnes en situation de handicap physique ou des détenus, leur situation particulière crée nécessairement une limite à leur liberté sexuelle ; celle des détenus étant sacrifiée au profit de la sécurité, celle des handicapés physiques en raison de leurs difficultés physiques et sociales pour entretenir une relation sexuelle.

591. Si le rôle premier de l'État en matière de sexualité est celui de la non-ingérence – sauf en cas d'infractions sexuelles –, la particularité de ces situations devrait être

⁵⁷⁰ A. DUPRAS, « La sexualité des hommes en situation de handicap en quête d'identité et de reconnaissance », *VST – Vie sociale et traitements*, volume 123, n° 3, 2014, pages 44 à 50.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

⁵⁷² A. DUPRAS, « Handicap et sexualité : quelles solutions à la misère sexuelle ? », *Alter*, volume 6, n° 1, janvier-mars 2012, pages 13 à 23.

⁵⁷³ *Ibidem*.

amplement considérée. Instaurer un droit à la sexualité ne pourrait pas se limiter à de telles situations spécifiques mais, sans reconnaître pleinement un droit à la sexualité, l'État devrait prendre les mesures adéquates, au même titre que lorsqu'il intervient pour réprimer les infractions sexuelles, pour assurer un accès à la sexualité à ces catégories distinctes.

592. ***Un droit à la sexualité implicite mis en place*** – Dans ses recommandations, le Contrôleur Général des Lieux de Privation de Libertés rappelle que « *les personnes privées de libertés conservent, au titre de leur intimité et de leur vie privée, leur liberté sexuelle dans les limites du droit commun*⁵⁷⁴ ». Ainsi, si comme nous l'avons énoncé, la liberté sexuelle peut-être sacrifiée, il a été mis en œuvre des mesures pour tenter, sobrement, de pallier l'atteinte à cette liberté.

593. La nécessité de remédier au problème de la sexualité en prison n'est pas nouvelle. Déjà évoquée dès le XIX^e siècle, et maintes fois rappelée dans les rapports de l'administration pénitentiaire⁵⁷⁵, il faudra attendre un rapport de 1995⁵⁷⁶ pour venir concrétiser cette situation juridique indéterminée. Ce rapport, plus exhaustif que ses prédécesseurs, préconisait l'organisation de visites intimes sans surveillance pour les condamnés à de longues peines, évoquant notamment l'humiliation subie par les détenus et leurs proches dans leurs rapports sexuels cachés ainsi que le malaise de l'administration pénitentiaire, forcée malgré elle, de surveiller les rapports intimes.

594. Il faudra attendre plus de dix ans pour que les détenus obtiennent un début de droit à l'intimité. En effet, une circulaire de 2003 va venir ouvrir l'expérimentation aux unités de vie familiale (UVF), lieux de rencontre intime au sein même de l'établissement pénitentiaire, une expérimentation qui est devenue généralisation⁵⁷⁷ avec la loi

⁵⁷⁴ CGLPL, *Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, 9 décembre 2019, 8.2, 178.

⁵⁷⁵ C. LANCELEVEE, « Une sexualité à l'étroit. Les unités de visite familiale et la réorganisation carcérale de l'intime », *Sociétés contemporaines*, volume 83, n° 3, 2011, pages 107 à 130.

⁵⁷⁶ Rapport de la Direction de l'Administration Pénitentiaire sur les unités de visite familiale, 1995.

⁵⁷⁷ « *Les unités de vie familiale ou les parloirs familiaux implantés au sein des établissements pénitentiaires peuvent accueillir toute personne détenue. Toute personne détenue peut bénéficier à sa demande d'au moins une visite trimestrielle dans une unité de vie familiale ou un parloir familial, dont la durée est fixée en tenant compte de l'éloignement du visiteur. Pour les prévenus, ce droit s'exerce sous réserve de l'accord de l'autorité judiciaire compétente* », Article 36, Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

pénitentiaire de 2009. Ainsi, l'article L341-8 du Code pénitentiaire prévoit légalement la possibilité pour les détenus de faire une demande d'accueil au sein d'une unité spécifique pour une durée déterminée.

595. Pourtant, bien que la mise en œuvre légale d'un droit de « visite conjugale » soit une avancée majeure pour assurer la liberté sexuelle des détenus, une difficulté se pose quant aux détenus qui, parce qu'ils n'ont aucune relation affective à l'extérieur, se retrouvent privés de toute interaction intime du fait de leur enfermement, un enfermement leur ôtant toute possibilité de faire des rencontres amenant à des rapports intimes encadrés. Au vu de ce contexte spécifique où la liberté sexuelle est totalement anéantie, il semble désormais être nécessaire pour le législateur de s'y intéresser précisément, faute de quoi il pourrait se voir désigner comme discriminatoire.

596. Outre la situation particulière des détenus, des mesures pour assurer la liberté sexuelle des personnes handicapées physiques doivent également entrer dans les obligations de l'État.

597. En effet, même si l'État français a instauré des organisations spécialisées dans l'accompagnement des personnes handicapées dans le domaine de la sexualité⁵⁷⁸, rien n'a été mis en œuvre pour leur assurer une vie sexuelle effective.

598. Pourtant, « *les personnes en situation de handicap éprouvent des besoins sexuels dont la satisfaction est parfois complexe. C'est notamment le cas pour les personnes de grande dépendance*⁵⁷⁹ » et ceci nécessite l'intervention de l'État pour leur garantir un épanouissement sexuel.

599. Quels sont les moyens au service de l'État pour assurer l'effectivité de la liberté sexuelle des personnes handicapées physiques ? Dans un premier temps, nous pouvons évoquer le recours à la prostitution, forme rémunérée de sexualité. Pour certaines personnes handicapées, le recours à la prostitution constituerait un mécanisme efficace

⁵⁷⁸ Circulaire n° DGCS/SD3B/2021/147 du 5 juillet 2021 relative au respect de l'intimité, des droits sexuels et reproductifs des personnes accompagnées dans les établissements et services médico sociaux relevant du champ du handicap et de la lutte contre les violences.

⁵⁷⁹ J. BERREWAERTS et al., « Handicap, sexualité et citoyenneté », *La Revue Nouvelle*, volume 3, n° 3, 2016, pages 48 à 55.

pour pallier la misère sexuelle, la solitude et la dépression qui l'accompagnent. Néanmoins, si nous ne déplorons pas le recours à un tel service sexuel, celui-ci comprend certains inconvénients pouvant décourager les demandeurs tels que l'indisponibilité du travailleur du sexe ou encore, des tarifs relativement élevés⁵⁸⁰. De plus, la prostitution et la morale connaissant toujours un fort lien, certains peuvent réprocher l'idée du recours à la prostitution, considérant cela comme un acte empreint d'immoralité.

600. Toutefois, si certains sujets ne seraient pas contre le recours à la prostitution, au vu de l'état actuel du Droit en ce qui concerne le statut de celle-ci, il paraît inenvisageable que l'État mette en place un système prostitutionnel pour offrir aux justiciables dans une situation de handicap les services sexuels d'un travailleur du sexe.

601. Dans un second temps, il est possible de suggérer le recours à des assistants sexuels. Que faut-il entendre par le terme « assistant sexuel » ? L'assistant sexuel va se présenter comme l'acteur d'un accompagnement sexuel qui « *consiste à prodiguer des actes sensuels, érotiques ou sexuels chez des adultes en situation de handicap qui en font la demande*⁵⁸¹ », un système existant déjà dans de nombreux pays tels que la Belgique, la Suisse, le Danemark, les Pays-Bas ou encore, l'Allemagne.

602. Néanmoins, bien que relativement institutionnalisée à l'étranger, la France interdit l'activité des assistants sexuels considérant celle-ci comme assimilable à la prostitution du fait de la contrepartie financière. Si le droit français ne réprime pas l'activité des travailleurs du sexe, il ne saurait, en déclarant comme illégal le recours à la prostitution, y recourir lui-même pour assurer une sexualité aux personnes handicapées.

603. Pourtant, d'aucuns ne voient pas le recours aux assistants sexuels comme un service prostitutionnel. Ainsi, en 2020, la secrétaire d'État chargée des personnes handicapées, Sophie CLUZEL, s'est dite favorable à l'instauration d'assistants de vie sexuelle pour les personnes en situation de handicap⁵⁸² afin de leur assurer une vie intime, affective et

⁵⁸⁰ A. DUPRAS, « Handicap et sexualité : quelles solutions à la misère sexuelle ? », *Alter*, volume 6, n° 1, janvier-mars 2012, pages 13 à 23.

⁵⁸¹ J. BERREWAERTS et al., « Handicap, sexualité et citoyenneté », *La Revue Nouvelle*, volume 3, n° 3, 2016, pages 48 à 55.

⁵⁸² Sophie CLUZEL avait notamment saisi le Conseil National Consultatif d'Éthique (CCNE) de la question du recours à des assistants sexuels.

sexuelle, sans qu'il s'agisse pour autant « d'ouvrir un réseau de prostitution » mais simplement « de remettre les personnes handicapées en pleine citoyenneté, dans le respect et la dignité⁵⁸³ ». Si le CCNE a rendu un avis défavorable⁵⁸⁴ à l'instauration d'un service d'assistants sexuels, nous déplorons un tel positionnement en considérant que la mise en œuvre d'un service d'assistants sexuels peut se présenter comme favorable à l'accès à la sexualité des personnes en situation de handicap physique ; le recours aux assistants sexuels dépassant largement le cadre d'une simple relation sexuelle tarifée et permettant aux personnes handicapées de se réapproprier leur sexualité. Des assistants sexuels qui pourraient également être mis en place dans le cadre de la sexualité carcérale et notamment pour les individus n'ayant pas de relations avec l'extérieur.

604. La liberté sexuelle a été consacrée en droit français imposant au législateur de reconnaître, à côté de celles-ci des droits sexuels. Pourtant, le droit français n'est pas encore complet quant à sa réglementation sur la sexualité ; le fait de reconnaître la liberté sexuelle engendre aussi la nécessité d'ouvrir le champ du droit à la sexualité.

605. Malgré le fait que la sexualité soit devenue un domaine essentiel du Droit, sa régulation ne se limite pas à la simple reconnaissance des droits sexuels ; une sexualité que le Droit interdit, tolère, suggère et dont le renouvellement perpétuel l'enjoint à continuellement régler.

⁵⁸³ « Le gouvernement relance le débat sur l'assistance sexuelle des personnes handicapées », 9 février 2020, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/02/09/le-gouvernement-relance-le-debat-sur-l-assistance-sexuelle-des-personnes-handicapees_6028986_3224.html

⁵⁸⁴ CCNE, Réponse du CCNE à la saisine de la Ministre chargée des personnes handicapées sur l'accès à la vie affective et sexuelle et l'assistance sexuelle des personnes handicapées, 13 juillet 2021, https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2022-02/reponse_a_la_ministre_sophie_cluzel.pdf

Partie II

LA SEXUALITÉ

CONFRONTÉE AUX SUJETS DE DROIT

606. La sexualité est l'activité humaine où se mêlent désirs les plus secrets et émois les plus profonds.

607. Au cœur de la sphère juridique des relations sexuelles réside un concept fondamental et incontournable : le consentement. Ce principe, bien plus qu'une simple formalité légale, incarne le pilier central qui distingue les échanges sexuels légaux et respectueux de ceux qui sont illégitimes et coercitifs. Il est un élément essentiel de la légalité attachée à la sexualité, tout en incarnant une évolution significative dans notre compréhension contemporaine des relations intimes.

608. Au-delà de ses implications juridiques, le consentement revêt une importance majeure sur le plan sociétal. Il incarne le respect mutuel et l'autonomie individuelle de chaque personne. En promouvant le consentement, la société s'efforce de créer des environnements dans lesquels les individus se sentent libres et en sécurité pour exprimer leurs désirs, leurs limites et leurs choix en matière de sexualité.

609. Pourtant, derrière le consentement, se dresse le principe de dignité, gardien de la morale. Le droit à la dignité humaine s'étend également à l'intimité des individus, y compris leur vie sexuelle. Cette liaison entre la dignité et la sexualité est profonde et délicate. La dignité, un principe aux contours flous, mais dont la présence ne saurait être ignorée, questionnant la moralité des actes et leur conformité aux normes sociales.

610. La sexualité, le Droit et la morale sont trois domaines d'interaction étroits qui façonnent profondément nos sociétés et nos vies individuelles. Leur relation délicate et parfois conflictuelle donne lieu à des débats profonds sur la manière dont la société régule, comprend et juge les comportements sexuels (Titre I).

611. Le mariage a longtemps été considéré comme l'institution traditionnelle de la sexualité. Il a évolué au fil des siècles, passant d'un contrat principalement axé sur la procréation et l'alliance entre familles à une union basée sur l'affection, l'amour et le désir. Devenu un véritable contrat civil, le mariage joue un rôle central dans la régulation de la sexualité.

612. L'intimité conjugale est un élément essentiel du mariage. Le devoir de fidélité, une composante traditionnelle du mariage, implique généralement l'exclusivité sexuelle entre conjoints. Parallèlement, le devoir conjugal, se présente, tout à la fois, comme indispensable à la cohabitation des époux et comme contraire à la législation pénale en vigueur.

613. Cependant, la sexualité, façonnée par les héritages ancestraux du mariage, s'est redéfinie à travers de nouvelles formes de sexualité, incarnant ainsi un renouveau inédit dans nos vies intimes. La sexualité renouvelée, un territoire en constante évolution, mêle nouvelles pratiques et technologies, repoussant les limites de la compréhension traditionnelle de la sexualité (Titre II).

TITRE I – Consentement, dignité et morale

614. Le consentement. Un principe fondamental qui régit les interactions sexuelles et qui, pourtant, évolue au fil du temps et des sociétés. Le consentement est le précieux sésame de l'intimité.

615. Dans une société où la notion de coercition plane sur les relations sexuelles, l'étude de l'absence de consentement, les moyens coercitifs qui l'entourent, ainsi que les problématiques sur la preuve de la résistance forgeront notre analyse. Comment le Droit aborde-t-il ces questions sensibles, et quelle place accorde-t-il à la notion de consentement dans la définition des infractions sexuelles ?

616. Mais le consentement, ce n'est pas seulement une question de contrainte ou de violence. Dans un monde en constante évolution, la question de la liberté absolue de consentir, notamment dans le contexte de l'activité prostitutionnelle, se présente comme essentielle ; la prostitution, un univers atypique, où le consentement est mis à l'épreuve, où la morale se confronte à la réalité, et où la dignité devient un enjeu majeur (Chapitre I).

617. L'impact du principe de dignité sur la réglementation de la sexualité ne s'étend pas simplement à l'activité prostitutionnelle. La dignité humaine, principe juridique universellement reconnu, sera au cœur de notre réflexion. Comment ce principe évolue-t-il dans le contexte de la sexualité humaine ? Est-il conditionné à la vie, ou perdure-t-il au-delà de la mort ? La dignité, ce concept délicat, servira de moteur pour appréhender les questions les plus controversées. La nécrophilie, où les frontières entre la vie et la mort s'effritent, sera scrutée avec une attention particulière.

618. Parallèlement au principe de dignité, les interdits sexuels peuvent trouver leur source d'une protection de la morale. Afin de comprendre la relation étroite entre Droit et morale, l'étude de l'infraction de zoophilie sera indispensable ; un sujet dans lequel la protection animale, la répression morale et la question du consentement de l'animal se mêlent dans un débat inédit (Chapitre II).

CHAPITRE I – Consentement et sexualité

619. Au cœur des relations humaines, la notion de consentement dans le domaine de la sexualité s'érige en une énigme complexe, suscitant un dédale de questions morales, éthiques et juridiques. Pour dévoiler les mystères de cette notion, l'histoire du consentement au mariage puis du consentement à l'acte sexuel sera d'une aide précieuse.

620. Le consentement, telle une pierre angulaire, repose sur des limites fragiles, entre la capacité à consentir, les influences qui l'entourent, et les critères qui le qualifient de libre et éclairé. Des limites auxquelles s'ajoute l'analyse des relations sexuelles dépourvues de consentement, un élément clé de la compréhension des infractions sexuelles. Dans notre système juridique, ces infractions dépendent de la preuve de méthodes coercitives telles que la violence, la menace, la contrainte et la surprise. Des moyens qui suscitent des interrogations profondes sur la nécessité de repenser notre législation pour intégrer pleinement la notion de consentement (Section I).

621. Pourtant, si le consentement est le fondement de la légalité des relations sexuelles, il n'est pas une liberté absolue. L'ombre de la prostitution plane sur cette question. Dans l'Histoire, les travailleurs du sexe ont été considérés tantôt comme coupables, tantôt comme victimes à protéger. Cette transformation a été marquée par une limitation de la liberté du consentement au nom du droit à la dignité humaine, un droit teinté de considérations morales profondes. Dans ce contexte complexe, le droit à la dignité doit être repensé, à la lumière de la prostitution et de ses nuances particulières (Section II).

SECTION I – La difficile appréhension de la notion de consentement dans le domaine de la sexualité

622. La notion de consentement se dresse comme un phare au sein des débats contemporains sur la sexualité, éclairant un territoire où se mêlent l'Histoire, la morale et le Droit. Comprendre la notion de consentement ne peut s'envisager sans en scruter l'évolution au fil du temps, sa définition précise dans le domaine de la sexualité, ainsi que les caractéristiques qui le façonnent (§ I).

623. Évoquer le consentement nous contraint à pénétrer également dans les méandres de son absence au sein des relations sexuelles. Le Droit reconnaît que les infractions sexuelles se forment en son absence, même si ce terme n'est pas expressément invoqué dans les textes législatifs. En contrepartie, la loi recherche des preuves du manque de consentement à travers des méthodes coercitives telles que la violence, la menace, la contrainte et la surprise. De plus, au-delà de l'absence de termes précis dans la loi, se profile la question de la subjectivité du consentement (§ II).

§ I – Le consentement : notion, principe, limites et capacité

624. **Évolution de la notion de consentement à travers les siècles** – Afin d'appréhender efficacement une notion, il est primordial de ne pas en négliger l'histoire. La notion de consentement ne déroge pas à la règle. L'histoire du consentement, comme quantité de notions, débute au cours de l'Antiquité. Durant cette époque lointaine – à noter que les siècles suivants n'y dérogeront pas davantage –, le consentement ne s'accorde qu'au féminin, l'importance octroyée au consentement masculin n'interviendra que bien des siècles plus tard. Pour autant, si le consentement masculin ne connaît aucune condition, il est au cœur même de la compréhension de la notion.

625. Si le sujet traité dans la thèse est essentiellement celui du consentement à l'acte sexuel, il est indispensable de comprendre la manière dont était perçu le consentement au mariage, le mariage étant l'une des sources premières régissant la sexualité. Telle sera la première partie consacrée à l'histoire du consentement. En second lieu, il sera impératif de procéder à une rétrospective du consentement à l'acte sexuel, de sa prise en considération à sa répression due à son absence dans les relations sexuelles.

626. **Du consentement au mariage** – Le contexte patriarcal de l'Antiquité suppose que seul le consentement qui vaut est celui du père, la figure du *pater familias*. Considérée comme l'autorité suprême, le père décide pour sa progéniture, notamment lorsqu'il s'agit des unions matrimoniales⁵⁸⁵. Plus précisément, selon Franck BERNARD, « *Le fils, presque*

⁵⁸⁵ F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, page 12 ; L. DUGUIT, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625.

*partout, se marie librement*⁵⁸⁶. *Le mariage des filles, au contraire, est subordonné de bonne heure, à la volonté despotique de la famille. C'est que la fille restant auprès de ses parents constitue pour ceux-ci une source de profits. Dès lors, qui veut enlever la fille doit la payer. Le consentement de la famille s'achète. La forme primitive du mariage est la vente, vente de gré à gré, ou vente aux enchères publiques*⁵⁸⁷ ». Néanmoins, l'autorité du *pater familias*, ne va pas durer tout au long de l'existence de la femme : dès l'instant où elle se marie, l'autorité est transférée à son époux et seul ce dernier est maître de son consentement⁵⁸⁸. En tout état de cause, si le consentement masculin est relativement libre, le consentement féminin n'appartient pas directement à la femme mais, en premier lieu, à son père qui le transmet, par la suite, à son époux . D'ailleurs, ce système s'oppose profondément à ce que nous puissions user du terme « consentement féminin », celui-ci n'existant qu'à travers un consentement masculin. En définitive, le consentement sous l'Antiquité ne peut ainsi, en aucun cas, être assimilé à la notion de consentement telle que nous l'employons de nos jours, n'incomant pas à l'individu lui-même mais à la personne qui faisait office d'autorité.

627. L'émergence du Christianisme va venir modifier considérablement la notion de consentement. Si auparavant, le consentement était une notion qui n'appartenait pas à l'individu lui-même mais à la personne qui en était le garant, la religion va élever le consentement au rang de principe fondamental du mariage⁵⁸⁹. À partir du XII^e siècle, le mariage est celui d'un homme et d'une femme qui sont seuls maîtres de leur consentement. *« L'Église a fait du mariage entre chrétiens sa chose propre, Jésus Christ l'ayant mis au nombre des sacrements. Mais en même temps elle a reconnu le caractère de véritable mariage à l'union librement consommée de l'homme païen et de la femme païenne en vue de fonder une famille. Et par là, elle a fait œuvre juridique autant que morale. Le fondement du droit n'est-il pas le respect de la liberté des personnes ? Le respect*

⁵⁸⁶ La liberté d'union, et ainsi de consentement, se retrouvait notamment en Mésopotamie et en Grèce. Chez les romains, en revanche, les fils étaient également soumis à l'autorité du père, F. **BERNARD**, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, page 20.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, page 8.

⁵⁸⁸ M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁵⁸⁹ Les premiers préceptes relatifs à la formation du mariage en droit canon prévoyaient la nécessité de l'obtention du consentement parental, L. **DUGUIT**, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625.

de la liberté individuelle, l'Église l'a introduit dans le mariage⁵⁹⁰ ». Pour autant, malgré l'instauration de ces préceptes, d'aucuns vont vouloir remettre en cause la nécessité du consentement des époux et imposer la pleine reconnaissance du consentement parental. Ainsi, en 1556, un édit⁵⁹¹ du roi Henri II, en contradiction avec les préceptes religieux, établit l'autorisation parentale à l'union matrimoniale⁵⁹² ; une autorisation qui, si elle n'était pas respectée, faisait encourir exhérédation et déchéances pécuniaires⁵⁹³.

628. L'autorisation parentale aux unions matrimoniales était, dès lors, un sujet qui faisait toujours débat. Pour le droit canonique, il fallut attendre l'occasion de la réunion en 1563 du Concile de Trente pour trancher cette problématique. Si la volonté première des membres réunis au sein de la congrégation était d'entériner l'édit d'Henri II, un revirement soudain fut opéré : les mariages conclus sans le consentement des parents ne pouvaient être frappés de nullité, formulant ainsi la doctrine définitive de l'Église en la matière⁵⁹⁴. Cette position créa, dès lors, une opposition entre droit canonique et droit civil français, même si la majorité de la doctrine considérait, tout de même, la primauté du droit civil sur le droit canonique⁵⁹⁵. Pour autant, la position de l'Église au sein même de l'État était telle que les politiques se refusaient à négliger les préceptes religieux, cherchant à concilier décrets et ordonnances. De la volonté de respecter, d'un côté, le droit canonique, de

⁵⁹⁰ *Decretum Gratiani* ou *Concordia discordantium canonum*, vers 1140 ; F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, pages 65 et 83.

⁵⁹¹ Cet édit va, par la suite, être réaffirmé par l'Ordonnance d'Orléans de 1560, F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, page 117.

⁵⁹² Pour l'anecdote, Henri II publia cet édit à la suite d'une plainte émanant d'un duc qui refusait que son fils épouse la fille d'un comte qu'il avait demandé en mariage. Il semblait être convenu que le fils du duc devait épouser la fille du roi, un édit permettant assurément d'arranger les deux parties. Outre la volonté de garantir cet accord, le roi avait également, par cet édit, le désir de renforcer l'autorité paternelle, d'entraver les mariages clandestins et de faire cesser les possibles mésalliances, F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, pages 110 et 112.

⁵⁹³ L. DUGUIT, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625 ; F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, pages 114 à 116.

⁵⁹⁴ L. DUGUIT, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625 ; F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, pages 97 à 105.

⁵⁹⁵ L. DUGUIT, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625.

l'autre, le droit civil naît une nouvelle théorie : le rapt de séduction⁵⁹⁶, pouvant entraîner la nullité du mariage dès lors que la demande émanait soit de la victime de la séduction, soit des parents dont le consentement n'avait pas été obtenu⁵⁹⁷. Outre la nullité du mariage, le rapt de séduction engendrait peines pécuniaires et constituait un crime public dont le procureur pouvait se saisir. La peine applicable en la matière était la peine de mort⁵⁹⁸. Sur quel fondement le législateur se basait-il pour interdire le rapt de séduction ? Il y a deux justifications à une telle interdiction : le respect dû à l'autorité parentale et la menace de l'ordre public⁵⁹⁹. Par ailleurs, la séduction était un acte assimilé à celui de la violence qui viciait nécessairement la liberté du consentement. Si le rapt de violence s'exerçait sur le corps, le rapt de séduction s'exerçait sur l'esprit⁶⁰⁰. Il est intéressant de constater que l'absence de la liberté du consentement soit mise en avant pour justifier d'une telle infraction alors même que les descendants qui se trouvaient dans cette situation voyaient déjà leur consentement violé dès lors que leur mariage devait être consenti par l'autorité parentale. Il est parfaitement hypocrite d'évoquer une absence de consentement pour légitimer une obligation d'obtention de consentement.

⁵⁹⁶ « Dans cette doctrine ingénieuse, on respecte à la fois les lois de l'Église et les lois de l'État : on respecte les lois de l'Église en n'annulant point le mariage des enfants pour défaut de consentement des parents ; on respecte aussi les lois de l'État, puisqu'on casse tout mariage contracté par un enfant sans le consentement des père et mère ; et on obtient ainsi, par une voie détournée, le but que poursuivent les auteurs des ordonnances françaises », L. DUGUIT, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625. Le rapt de séduction peut être défini comme l'acte où « on engage une femme à quitter la maison de son mari, pour vivre dans le désordre ; ou une fille à sortir de la maison de son père ou de son tuteur, soit pour satisfaire une passion déréglée, soit pour se marier contre la volonté de ceux de sous la puissance desquels elle se trouve », J. DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, édition de 1768, Paris, Supplément des lois civiles, Livre III^e du droit public, titre X, XIV.

⁵⁹⁷ L. DUGUIT, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625.

⁵⁹⁸ « Cette peine n'était que très rarement prononcée et appliquée. La peine de mort n'était prononcée que par contumace, ou lorsqu'il y avait des circonstances particulièrement aggravantes », L. DUGUIT, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625.

⁵⁹⁹ F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, page 137.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, page 138.

629. Qu'importe, le crime de rapt de séduction va persister tout au long des siècles suivants⁶⁰¹ et ce jusqu'à la Révolution française. En effet, le Code pénal de 1791 n'y fait aucune référence⁶⁰², n'envisageant que le rapt de violence⁶⁰³. Bien que passionnante, nous achèverons ici l'étude du rapt de séduction, celle-ci sollicitant un plus grand approfondissement⁶⁰⁴ que nous ne pouvons, malheureusement, apporter.

630. Avec la Révolution française, une nouvelle ère va débiter, élevant le consentement au rang de liberté⁶⁰⁵. Faisant fi des préceptes religieux et des anciennes dispositions juridiques, le législateur révolutionnaire va, dès lors, consacrer le principe que le seul mariage valide est le mariage civil, abandonnant le principe de la puissance paternelle en instaurant l'idée que l'individu est le seul garant de ses droits⁶⁰⁶ et offrant aux individus

⁶⁰¹ Ordonnance de Blois de 1579 ; Édit de Louis XIII de 1639 ; Édit de Louis XIV en 1697 ; Ordonnance de Louis XV en 1730. L'influence de l'Église ne va pas empêcher le législateur d'adopter des dispositions en faveur d'une obligation d'autorité parentale pour les unions matrimoniales ; néanmoins, toutes ces dispositions ne rendent pas le mariage nul mais illicite – les peines se durcissant nettement au fur et à mesure – afin de se mettre en conformité avec les prérogatives adoptées durant le Concile de Trente de 1563, F. **BERNARD**, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, pages 123 à 135.

⁶⁰² Le rapt de séduction va être réintégré dans le Code pénal de 1810 (loi 1810-02-17) en son article 356 qui prévoyait que « *celui qui, sans fraude ni violence, aura enlevé ou détourné, ou tenté d'enlever ou de détourner, un mineur de dix-huit ans, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 500 F à 15000 F. Lorsqu'une mineure ainsi enlevée ou détournée aura épousé son ravisseur, celui-ci ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont qualité pour demander l'annulation du mariage et ne pourra être condamné qu'après que cette annulation aura été prononcée* ». L'infraction pour rapt de séduction perdurera jusqu'en 1994 date à laquelle il sera abrogé (loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992) dans le contexte de la réforme du Code pénal visant à moderniser et à simplifier la législation pénale française.

⁶⁰³ Le rapt de violence se caractérise comme le fait d'enlever un individu en vue de commettre des violences sexuelles à son encontre.

⁶⁰⁴ Pour un examen plus précis du sujet voir F. **BERNARD**, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages ; L. **DUGUIT**, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625 ; A. **DUVILLET**, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe – XXe siècles)*, Thèse, Droit, Université de Bourgogne, 2011, 532 pages.

⁶⁰⁵ « *La Révolution promeut la valeur d'autonomie individuelle (...). Le consentement des époux revient au centre de l'union avec l'idée que le désir sexuel n'est pas nécessairement mauvais, que la recherche du bonheur est légitime et la liberté individuelle un bien précieux* », A. **CHEMIN**, « Entretien avec la sociologue Irène THERY à propos du mouvement #MeToo », 16 septembre 2022, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/09/16/irene-thery-les-jeunes-generations-recusent-la-dissymetrie-entre-une-sexualite-masculine-de-conquete-et-une-sexualite-feminine-de-citadelle_6141834_3232.html

⁶⁰⁶ F. **BERNARD**, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, pages 149 à 150.

ayant atteint la majorité la possibilité de se marier sans obtenir le consentement familial⁶⁰⁷. La consécration du consentement va, dès cet instant, perdurer. Le Code civil de 1804 dispose qu' « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement*⁶⁰⁸ ». Pour autant, les siècles précédents ayant mis en lumière une obligation de consentement des ascendants, il est légitime de se demander si le Code civil, dans la formulation de son article 146, n'envisage que le seul consentement des époux ? Si le Code civil déclarait qu'il était toujours nécessaire d'obtenir l'avis de ses ascendants dans le cadre d'une union matrimoniale⁶⁰⁹, et ce même si l'âge de la majorité avait été atteint, l'obligation de consentement n'était applicable qu'aux seuls époux.

631. Le consentement des époux ne sera dès lors plus jamais remis en question. D'ailleurs, la légitimité de l'article 146 du Code civil est telle qu'il n'a connu aucune modification depuis son adoption, le consentement au mariage restant la règle dont la consécration constitutionnelle ne fit qu'en renforcer le bien-fondé⁶¹⁰.

632. ***Du consentement à l'acte sexuel*** – La sexualité et le consentement ne se limitant pas à la sphère matrimoniale, il est désormais indispensable d'entreprendre une rétrospective du consentement à l'acte sexuel à proprement parler.

633. Nous débuterons notre analyse, comme toujours, par l'étude de l'Antiquité, source première de compréhension des notions. À l'instar du consentement au mariage, dans l'Antiquité grecque, le corps de la femme n'appartient pas à celle-ci. Ainsi, lorsqu'un acte de violence sexuelle était commis, l'offense n'entachait pas la victime, et ce même si c'était

⁶⁰⁷ Les mineurs restent soumis à l'accord parental, une obligation d'accord qui perdure encore dans notre droit actuel, Décret du 20 septembre 1792, Titre IV, Section I, Articles 3 à 9.

⁶⁰⁸ Article 146, Code civil.

⁶⁰⁹ Le Code civil prévoyait que les futurs époux, même s'ils avaient atteint l'âge de la majorité matrimoniale, ne nécessitant plus l'autorisation des parents, étaient tenus par la loi de demander le conseil de leurs ascendants ou, à défaut, de leur notifier leur projet de mariage par des actes respectueux. L'obligation de sommation respectueuse a été abrogée – en tout point – par la loi du 2 février 1933.

⁶¹⁰ D'abord rattachée à l'article 66 de la Constitution relatif à la protection de la liberté individuelle (Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France), la liberté du mariage va, ensuite, être liée à la liberté personnelle fondée sur les articles 2 et 4 de la DDHC (Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-542 DC, 9 novembre 2006, Loi relative au contrôle de la validité des mariages).

son corps et son consentement qui avaient été violés, mais la personne qui en avait la charge. Le viol d'une esclave par un individu qui n'était pas son maître était une offense à celui-ci et une dégradation du bien dont il était propriétaire, le viol d'une épouse offensait le mari et celui d'une jeune fille, son père⁶¹¹. Le viol dans l'Antiquité repose non pas sur la problématique d'une absence de consentement de la victime mais bien sur le fait de salir l'honneur de celui qui en est le garant. De manière concrète, « *le viol à Athènes est davantage considéré comme une violence physique et symbolique portant atteinte à l'honneur d'un individu que comme un rapport non consenti*⁶¹² ».

634. L'Antiquité romaine, dans la même mesure, ne sera pas épargnée par le phénomène. Si une multitude de termes fait écho aux violences sexuelles, il est un terme qui qualifie le mieux ce que notre système juridique contemporain assimile au viol : le *stuprum per vim* se traduisant littéralement par « viol par force ». Cette forme de violence sexuelle se caractérise comme un acte sexuel non consenti imposé par la violence ou la force. De sa nature brutale, il est, de ce fait, réputé illicite⁶¹³. Néanmoins, une condition s'impose : le viol doit avoir été commis avec violence, sans quoi, l'infraction ne peut être caractérisée, l'absence de violence faisant planer sur la femme victime une présomption de consentement⁶¹⁴.

635. Le viol au Moyen-Âge ne va pas connaître une plus forte répression ainsi qu'une plus grande reconnaissance des sévices subis par les victimes. En ce temps, les violences sexuelles sont des actes qui entachent l'honneur des proches, compromettent la lignée et la descendance. Au-delà des questions d'honneur et de pureté, en pratique, les victimes sont, très régulièrement, suspectées d'avoir consenties⁶¹⁵, engendrant la rareté des peines pour ces infractions. Malgré l'absence de procès et de reconnaissance, le Moyen-Âge verra

⁶¹¹ M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ N. **PAPAKONSTANTINO**, « Le raptus saisi par le droit. Enseigner un crime dans les écoles rhétoriques à Rome (Ier-IIe siècles) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, volume 52, n° 2, 2020, pages 21 à 41 ; M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶¹⁴ N. **PAPAKONSTANTINO**, « Le raptus saisi par le droit. Enseigner un crime dans les écoles rhétoriques à Rome (Ier-IIe siècles) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, volume 52, n° 2, 2020, pages 21 à 41.

⁶¹⁵ La littérature érotisant la résistance féminine est l'une des premières responsables de la croyance du consentement systématique, M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

naitre la notion de viol telle que nous l'employons dans notre langage contemporain. Alors que ce terme s'appliquait à tout acte commis avec violence, dès 1190, la notion devient spécifique aux violences sexuelles⁶¹⁶. Une telle spécificité n'aura cependant aucune incidence sur la répression de tels actes, les condamnations étant très exceptionnelles et les cas se soldant généralement par arrangement financier ou mariage⁶¹⁷.

636. « *L'homme qui se tait refuse ; la femme qui se tait consent*⁶¹⁸ ». Cette citation de Louis MASSIGNON, universitaire et islamologue français, peut parfaitement être replacée dans le contexte de la pensée du XVIII^e siècle. L'intérêt de l'étude d'une telle période porte essentiellement sur la preuve du consentement. Si, jadis, les victimes étaient habituellement soupçonnées d'avoir consenti, le XVIII^e siècle va pouvoir leur offrir la possibilité de démontrer leur absence de consentement. Néanmoins, prouver l'absence de consentement s'avèrera une charge particulièrement ardue, une charge sans laquelle les victimes ne peuvent espérer obtenir réparation du dommage infligé. En effet, afin de prouver l'absence de consentement la victime doit attester, du début à la fin de l'acte, de cris⁶¹⁹, de résistance, de blessures administrées par son agresseur. En outre, elle doit faire valoir la ruine de son honneur en faisant foi de la perte de sa virginité ou de sa chasteté conjugale. Tel est l'unique moyen de preuve en ces temps. Si les femmes ne résistent pas vaillamment, elles sont réputées avoir consenti nécessairement. Une résistance doit être prouvée afin de qualifier l'infraction de viol⁶²⁰. Dans son ouvrage intitulé *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Maëlle BERNARD précise la résistance en indiquant que « *prouver l'absence de consentement revient à décrire des gestes stéréotypés pour apporter de la crédibilité à la plainte (...). Céder revient à*

⁶¹⁶ Si la notion de « viol » a été adoptée dès cette époque, celui-ci n'était pas considéré comme une infraction spécifique mais plutôt comme une circonstance aggravante de l'infraction de « rapt de violence », S. JOYE, *La femme ravie. Le mariage par rapt dans les sociétés occidentales du Haut Moyen-Âge*, Turnhout, Ed. Brepols, 2012, 528 pages.

⁶¹⁷ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶¹⁸ L. MASSIGNON, *L'expérience mystique et les modes de stylisation littéraire*, Paris, Ed. Plon, 1927, 36 pages.

⁶¹⁹ Si les cris n'ont pas été entendus, la victime doit prouver qu'elle se trouvait dans un endroit clos qui étouffait ses protestations, sans quoi la preuve de sa résistance ne pourra être retenue, M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶²⁰ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

*consentir*⁶²¹». D'où provient cette obligation de résistance afin de prouver l'infraction de viol ? Il semble que son origine trouve sa source dans la religion chrétienne. L'Ancien Testament, dans le livre du Deutéronome, évoque explicitement la résistance comme élément probatoire d'une relation sexuelle prohibée⁶²² ; un passage biblique pouvant nettement expliquer les moyens de preuve retenus par les juridictions du XVIII^e siècle.

637. Outre l'absence de résistance, qu'il s'agisse des tenues dont elles étaient affublées, ou des lieux qu'elles fréquentaient, ces éléments pouvaient plaider en faveur de l'accusé, dévoilant une certaine légèreté de la victime ou son irresponsabilité⁶²³.

638. Le siècle suivant, sur certains points, n'améliorera pas la situation des victimes. Les discours scientifiques relatifs à l'étude de l'utérus intervenus dès le XVI^e siècle vont prodiguer maintes justifications aux agresseurs. Les écrits d'Ambroise PARE⁶²⁴ sur la domination de l'utérus seront exploités pour bafouer le consentement. Ainsi, selon les savants de l'époque, au regard du rôle joué par l'utérus, les femmes ont nécessairement besoin de relations sexuelles pour survivre, besoin vital qui va être détourné pour expliquer l'idée selon laquelle une femme consent assurément à tout acte sexuel⁶²⁵. Si la science ne joue pas en la faveur des victimes, des avancées juridiques vont permettre de reconnaître progressivement la spécificité du crime de viol. Antérieurement assimilée à une circonstance aggravante du rapt de violence, l'infraction va, peu à peu, prendre son indépendance. En 1791, l'infraction de viol entre pour la première fois dans le Code pénal en son article 29⁶²⁶. La résistance de la victime reste une preuve de la constitution de celui-

⁶²¹ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶²² Pour autant, il semble que ce qui soit prohibé ce n'est pas le viol en soi mais le fait d'avoir des relations sexuelles avec une personne mariée ou fiancée ; ceci transgressant les règles du célibat, les relations sexuelles étant limitées au cadre marital, Livre du Deutéronome, 22 : 22 – 27.

⁶²³ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶²⁴ « Or pour le dire en un mot, la matrice a ses sentiments propres, étant hors de la volonté de la femme ; de manière qu'on la dit être un animal, à cause qu'elle se dilate et raccourcit plus ou moins, selon la diversité des causes. Et quand elle désire, elle frétille et se meut, faisant perdre patience et toute raison à la pauvre femmelette, lui causant un grand tintamarre », A. PARE, *De la génération*, Paris, Ed. André Wechel, 1573, 645 pages.

⁶²⁵ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶²⁶ Article 29, Code pénal de 1791, « Le viol sera puni de six années de fers ».

ci. Le Code pénal de 1810 va entériner la prohibition du viol⁶²⁷ en y ajoutant également l'atteinte à la pudeur, une infraction assimilable à l'infraction d'agression sexuelle actuelle. L'adoption de cet article se doit d'être soulignée. Au-delà de la répression du viol, le Code pénal prend acte du fait que les violences sexuelles ne sont pas subies, exclusivement, par les femmes. Si des siècles durant, le consentement ne s'accordait qu'au féminin, l'entrée en vigueur d'une telle disposition vient repenser la notion de consentement ; la possible violation du consentement devenant binaire : à la fois féminin, à la fois masculin. Certes, la rédaction de cet article expose clairement la pensée qui veut que le viol ne puisse être administré que par un homme à l'encontre d'une femme⁶²⁸. Pour autant, il ne faut pas négliger l'évolution que cette disposition nouvelle a pu engendrer dans l'avenir ; la pratique considérant une impossibilité de violation du consentement des hommes, la théorie, malgré tout, reconnaissant qu'une telle situation pouvait être envisageable.

639. Cependant, même si le législateur a adopté une disposition prohibant le viol, celui-ci n'en a fourni aucune définition précise. *Quid* des éléments constitutifs de l'infraction ? La tâche de délimiter le crime de viol va revenir aux instances judiciaires. Ainsi, dans un arrêt de 1844, la Cour de cassation déclare que « *le crime de viol n'étant pas défini par la loi, il appartient au juge de rechercher et constater les événements constitutifs de ce crime, d'après son caractère spécial et la gravité des conséquences qu'il peut avoir pour les victimes et pour l'honneur des familles ... Attendu ce crime consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte d'une violence physique ou morale, exercée à son égard, soit qu'il réside dans tous les autres moyens de contrainte ou de surprise, pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action*⁶²⁹ ». Il est à noter que la définition introduite par la Cour de

⁶²⁷ Article 331, Code pénal de 1810, « *Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de toute autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre les individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de réclusion* ».

⁶²⁸ La jurisprudence a longtemps considéré que le viol n'était que la pénétration forcée du sexe d'une femme par le sexe d'un homme, les hommes ne pouvant pas être violés et les actes commis envers ceux-ci ne relevant que de l'attentat à la pudeur.

⁶²⁹ *Bulletin de la Cour de cassation*, 2 mai 1844, cité par A.-C. **AMBROISE-RENDU**, *Une histoire des sensibilités*, volume 3, « Enfants violés, une histoire des sensibilités. XIXe – XXe siècles », Thèse d'habilitation à diriger des recherches, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2009-2010 cité par P. **MORTAS**, *Une rose épineuse : La défloration au XIXe siècle en France*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2017, 468 pages, page 192 ; M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

cassation⁶³⁰ n'est pas sans nous faire penser à notre définition contemporaine du viol : des moyens coercitifs et une absence de volonté. La Haute Cour n'use pas expressément du terme de consentement, cependant, l'usage du terme « volonté » amorce les prémices de la place qui lui sera par la suite accordée⁶³¹.

640. Malgré une reconnaissance accrue, le viol va rester longtemps une infraction dirigée contre les femmes nécessitant preuve de résistance⁶³². Les siècles nous l'ont démontré, le viol à l'encontre d'un homme est une réalité parfaitement inconnue et qui, de surcroît, ne peut être envisagée. L'homme est un sujet qui ne peut être soumis par la force à un acte sexuel. Une pensée commune qui est pourtant parfaitement inexacte. Si d'aventure, le Code pénal de 1810 considérait que les violences sexuelles pouvaient être perpétrées à l'encontre des deux sexes, il était désormais indispensable de reconnaître la binarité des sexes dans la pratique.

641. La prise en considération de la gravité de l'infraction et des conséquences sur les victimes ainsi que la reconnaissance de la binarité des individus pouvant en être victimes va s'opérer dans les années 1970 – 1980. Le premier évènement déclencheur est le viol de deux campeuses dans le sud de la France à l'été 1974. Initialement poursuivis pour coups et blessures et attentat à la pudeur, les auteurs présumés, attestant du consentement des plaignantes, vont être, à la suite de la déclaration d'incompétence du tribunal correctionnel, renvoyés devant la cour d'assises en raison de la nature criminelle des

⁶³⁰ L'appréciation du crime de viol par la chambre criminelle de la Cour de cassation sera réitérée dans un arrêt du 25 juin 1857 : « *Le crime de viol consiste dans le fait d'abuser une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action* », cité dans les conclusions de l'avocat général, arrêt n° 3675 du 23 janvier 2019, Chambre criminelle, pourvoi n° 18-82.833 ; Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 juin 1857, *Affaire DUBAS*.

⁶³¹ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

⁶³² Voici les quatre faits probants, selon F. E. FODERE, démontrant la résistance de la victime qui peuvent être accueillis par les tribunaux : « *qu'il y a eu une résistance constante et toujours égale de la personne prétendue violée ; 2° qu'il y ait eu une inégalité évidente de ses forces avec celle du prétendu violeur ; 3° qu'elle ait poussé des cris ; 4° qu'il soit resté sur elle des traces de la violence qui lui aurait été faite* », F. E. FODERE, *Traité de Médecine légale et d'Hygiène publique ou de Police de Santé, adapté aux codes de l'Empire Français et aux connaissances actuelles : À l'usage des gens de l'Art, de ceux du Barreau, des Jurés et des Administrateurs de la santé publique, civils, militaires et de marine*, Paris, Ed. Mame, 1813, 596 pages.

faits⁶³³. L'intérêt de cette affaire ne porte pas sur les peines dont les auteurs ont été affligés – celles-ci étant relativement minimales au vu des actes reprochés – mais bien sur les conséquences juridiques qui se sont, par la suite, succédées. Dans le sillage du procès d'Aix-en-Provence, la sénatrice Brigitte GROS va présenter une proposition de loi au Sénat⁶³⁴, une proposition de loi qui ne va pas rester sans effet. La loi du 23 décembre 1980⁶³⁵ est venue offrir une définition légale à l'infraction de viol. Désormais, l'article 332 du Code pénal précise que : « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise, constitue un viol*⁶³⁶ ». Il était temps qu'une définition légale soit posée, une définition permettant, *a fortiori*, de protéger les victimes des violences sexuelles mais également d'offrir la possibilité de donner une spécificité juridique – dans sa constitution et sa répression – à chaque acte sexuel répréhensible commis⁶³⁷.

642. La seconde avancée va intervenir avec la reconnaissance de la binarité des sexes dans le cadre des violences sexuelles. Si auparavant, il était inconcevable qu'un homme puisse être la victime de tels actes⁶³⁸, la loi du 23 décembre 1980, en donnant une définition légale à l'infraction de viol, va également ouvrir le champ des victimes possibles. L'usage de la formule « sur la personne d'autrui » induit que chaque être humain, quel que soit son sexe, peut désormais être considéré comme victime d'un acte de violence sexuelle.

⁶³³ G. HALIMI, *Viol. Le procès d'Aix-en-Provence*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2012, 418 pages.

⁶³⁴ « *Une femme qu'on viole est une femme qu'on torture, une femme violée est une femme blessée, meurtrie, abaissée, humiliée, parfois sa vie entière. Le viol, c'est vrai, est un crime intolérable, sa répression mais aussi sa prévention sont devenues une nouvelle exigence de civilisation* », Discours de la sénatrice Brigitte GROS pour la proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol, n° 324, 20 avril 1978.

⁶³⁵ Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

⁶³⁶ Ancien article 332, Code pénal.

⁶³⁷ La législation en matière d'infractions sexuelles va considérablement changer les années qui suivront. La répression sera aggravée, l'usage de la menace comme moyen coercitif sera inséré (loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes), le viol entre époux sera reconnu (loi n° 2006-399 du 4 avril 2006), la définition du viol sera élargie (loi n° 2018-703 du 3 août 2018, dite loi SCHIAPPA). Pour autant, malgré l'intérêt majeur de ces avancées, notre partie est consacrée au consentement et nous nous tiendrons à l'étude de celui-ci.

⁶³⁸ Comme démontré précédemment, l'article 331 du Code pénal de 1810 prévoyait les violences sexuelles sur les deux sexes mais les violences à l'encontre du sexe masculin, pour la jurisprudence, ne pouvaient constituer l'infraction de viol.

Il s'agit d'un progrès majeur dans la reconnaissance de la nécessité du consentement aux relations sexuelles.

643. Il est toutefois nécessaire de revenir sur le premier évènement ci-avant. Certes, il était indispensable, pour le législateur, d'offrir une définition légale à la notion de viol afin d'appréhender de manière plus efficace tout acte qui pourrait être l'élément matériel d'une telle infraction. Néanmoins, la définition légale si, elle évoque la violence, la menace, la contrainte ou la surprise, n'apparaît toujours que comme une réplique des législations anciennes, le viol ne pouvant se perpétrer que par le biais de moyens coercitifs et la victime se devant de prouver sa résistance à un tel acte. Pour autant, et ceci sera l'objet de notre analyse, il sera impératif, dans la partie consacrée, d'examiner précisément l'omission et l'indispensable insertion, dans les textes, de l'absence du consentement de la victime à l'acte, une absence de consentement se présentant comme l'élément principal caractérisant les violences sexuelles.

644. **La notion de consentement** – Issue du latin *consentio* qui signifie « être de même sentiment », la notion de consentement est au cœur même des théories politiques libérales. De quelle manière se définit-il ? Le consentement est une action par laquelle un individu va donner son accord à un acte. Par cet accord, il acquiesce pleinement à l'acte et aux conséquences qui vont en découler. Plus précisément, « le verbe « *consentir* » signifie : « *accepter qu'une chose se fasse et ne pas l'empêcher ; approuver et souscrire ; autoriser et permettre* ». Cela veut dire que le consentement revêt des significations assez différentes, bien que liées entre elles. Au moins d'un point de vue terminologique, la notion oscille entre un sens « négatif », ne pas empêcher, et un sens « positif », approuver. Ne pas empêcher, permettre et approuver ne sont d'ailleurs pas synonymes. Dans l'approbation de quelque chose, il y a une participation autre que celle que l'on trouve dans l'autorisation ou dans la permission. Ce qui semble caractériser le consentement est la posture de celui qui le donne, c'est-à-dire le fait que celui qui donne son consentement se trouve soit dans l'obligation de répondre à une sollicitation, soit dans l'état de celui qui prend l'initiative d'un acte et qui, à son tour, attend la réponse de quelqu'un d'autre. De ce point de vue, celui qui donne son consentement exprime son « oui » ou son « non » à quelque chose, un « oui » et un « non » qui peuvent effectivement être la manifestation active de sa volonté et de son désir, mais

*qui peuvent aussi tout simplement être l'expression d'une envie ou l'acceptation tiède d'une proposition qui émane d'autrui*⁶³⁹ ».

645. De quelle manière un consentement peut-il être donné ? La philosophe Geneviève FRAISSE, dans son ouvrage intitulé *Du consentement* le décrit ainsi : il est parfois « (...) *implicite, muet et, entre mimique et silence, les interprétations vont bon train ; inversement, il peut être acté, ou prouvé par des marques et des signes, des gestes et des mots*⁶⁴⁰ ». Un individu peut consentir à un acte sexuel en exprimant clairement, de manière verbale ou non verbale, son accord pour participer à l'acte. À propos de la communication verbale, elle se formalise lorsque l'individu donne explicitement son accord en usant des termes et formules : « oui », « je souhaite faire cela » ou encore, « je suis d'accord pour essayer ceci ». La communication non verbale, à l'inverse, se matérialise de cette manière : la personne démontre son consentement à l'acte par des actions ou des gestes qui attestent de son accord ; le hochement de tête, le sourire ou l'initiation volontaire à la relation témoignent, en principe, d'une volonté. Qu'importe la manière dont est apporté le consentement, il est nécessaire de ne pas omettre qu'il doit être apprécié à tout moment de la relation. Il doit perdurer tout au long de l'acte, sans quoi le consentement ne peut être considéré comme valide. Tous ces éléments doivent être appréciés pour vérifier de la validité du consentement, un consentement sans lequel l'acte sexuel se transmue de licite à illicite.

646. Dans le domaine juridique, le consentement se présente comme l'expression de la liberté individuelle, de l'autonomie personnelle. Le consentement se retrouve dans nombre de domaines juridiques, tels que le droit des contrats. Lorsqu'un individu adhère à un contrat, il donne son consentement à l'acte. Néanmoins, le consentement ne se trouve pas simplement dans le droit contractuel. Véritable pilier de la liberté individuelle, il est au cœur du droit pénal et notamment des infractions à caractère sexuel. Le consentement est le fondement même de toute relation sexuelle et son absence au sein d'une telle relation la qualifie dès lors d'infraction sexuelle.

⁶³⁹ M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, volume 48, n° 2, 2008, pages 109 à 130.

⁶⁴⁰ G. FRAISSE, *Du consentement*, Paris, Seuil, 2017, 160 pages.

647. Comment une relation sexuelle passe-t-elle d'un acte licite à un acte illicite ? Toute la licéité d'un acte passe par la notion même de consentement. Selon Daniel BORRILLO, « *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*⁶⁴¹ ». Ainsi, lorsqu'une relation charnelle naît entre deux individus, il est une première interrogation que les protagonistes doivent se poser : mon partenaire est-il consentant pour entamer une relation sexuelle ? Si en majorité, le consentement est vivement affirmé, il est des cas où celui-ci fait défaut. C'est à ce moment précis qu'intervient la loi. Lorsqu'un individu se trouve dans une relation charnelle à laquelle il n'a pas consenti, le Droit considère cet acte comme de l'ordre de l'illicite. Quelles en sont les conséquences ? Tout dépend de l'acte sexuel en cause. Si l'acte sexuel suggère une pénétration, l'individu s'y étant adonné sans le consentement du partenaire se voit poursuivi pour viol, infraction passible de la cour d'assises. En revanche, s'il n'y a pas eu d'acte de pénétration, l'infraction ne sera plus considérée comme criminelle mais comme délictuelle. En tout état de cause, s'adonner à un acte sexuel sans le consentement de la personne place son auteur dans l'illégalité lui faisant encourir le risque d'une condamnation pénale.

648. **De la capacité à consentir** – « *La légitimité de l'activité sexuelle trouve son fondement dans la capacité à consentir ; celle-ci devient désormais la clé du dispositif juridique*⁶⁴² ». Tout individu est-il véritablement libre de consentir à tout acte ? Si dans la théorie, nous pouvons considérer que lorsqu'un individu donne son consentement, tout acte qui en découle est licite, en pratique, le Droit se refuse à ce que les individus puissent librement consentir à tout. Comment pouvons-nous expliquer l'ingérence du Droit dans les choix des individus ? Pourquoi le consentement n'est-il pas considéré comme la justification volontaire de tout acte ?

649. Dire « oui », il n'y a rien semble-t-il de plus simple. Pourtant, dire « oui » ne signifie pas toujours que la personne qui le prononce soit en mesure d'en comprendre toute l'étendue. De ce fait, le Droit se refuse à ce que certains actes soient empreints de licéité du seul fait du consentement de la personne. Pourtant, nous direz-vous, lorsqu'une

⁶⁴¹ D. BORRILLO, « La liberté érotique et l'exception sexuelle », in D. BORRILLO et D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Paris, Ed. PUF, 2005, 240 pages, page 52.

⁶⁴² *Ibidem*, page 45.

personne consent, elle est en mesure de comprendre à quoi elle s'engage. Ce n'est pas toujours le cas. En effet, certaines catégories de personnes, même si elles ont la capacité de dire « oui », n'ont pas la possibilité de maîtriser toutes les conséquences de leur engagement. Les mineurs⁶⁴³, par exemple, font partie de cette catégorie d'individus qui, lorsqu'ils consentent, ne possèdent pas tous les enjeux de l'accord qu'ils donnent. Toute l'incapacité à consentir du mineur en matière de relations sexuelles va intervenir par la notion même d'âge. L'âge est un facteur déterminant pour considérer qu'un individu avait, ou non, la capacité de consentir à une relation sexuelle.

650. Ces dernières années, nombre d'affaires de viol sur mineur ont défrayé la chronique⁶⁴⁴, le consentement des victimes mineures faisant office d'argumentation majoritaire. Ainsi, parce que certains auteurs présumés de viol apportaient comme preuve, à l'appui de leur argumentation, le consentement du mineur, la loi est venue créer une nouvelle infraction plus spécifique. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2021⁶⁴⁵, le crime de viol sur majeur ou sur mineur était caractérisé par tout acte de pénétration sexuelle commis sur la personne d'autrui ou de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise. Qu'il s'agisse d'une victime majeure ou d'une victime mineure, il était obligatoire, afin de démontrer le caractère imposé de l'acte, de caractériser un moyen

⁶⁴³ Lorsqu'est évoquée la minorité comme cause d'incapacité, ceci ne concerne pas la minorité dans son ensemble soit de 0 à 18 ans. Un majeur ne peut pas avoir de relation sexuelle avec un mineur de 15 ans. En revanche, il est possible pour lui d'avoir des relations sexuelles avec un mineur de plus de 15 ans, à condition que ce dernier y ait consenti librement.

⁶⁴⁴ « Un adulte jugé pour « atteinte sexuelle » et non pas pour « viol » sur une fille de 11 ans, 26 septembre 2017, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/09/26/un-adulte-juge-pour-atteinte-sexuelle-et-non-pas-pour-viol-sur-une-fille-de-11-ans_5191883_1653578.html ; « Une cour d'assises acquitte un homme accusé d'avoir violé une fille de 11 ans », 11 novembre 2017, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/11/11/une-cour-d-assises-acquitte-un-homme-accuse-d-avoir-viole-une-fille-de-11-ans_5213592_1653578.html

⁶⁴⁵ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

contraignant mis en œuvre par l'auteur de l'infraction⁶⁴⁶. Désormais, la loi⁶⁴⁷ a créé un article spécifique au viol sur mineur⁶⁴⁸. En sus de l'infraction générale de viol contenue dans l'article 222-23 du Code pénal, le Code s'est enrichi d'un nouvel article, l'article 222-23-1. Tels en sont les termes : « *Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue également un viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans* ». L'entrée en vigueur de ce nouvel article fait souffler un vent nouveau sur la qualification de viol, abandonnant – pour le viol sur mineur en tout cas – la nécessité de moyens coercitifs pour qualifier l'infraction. Il ne s'agit plus ici de rechercher si l'auteur a usé de violence, de menace, de contrainte ou de surprise pour obtenir un acte sexuel mais seulement de vérifier si la différence d'âge entre le mineur et le majeur est d'au moins cinq ans, une telle différence viciant inévitablement le consentement⁶⁴⁹.

651. Si, désormais, la loi ne se fonde plus sur les moyens coercitifs pour qualifier l'infraction, elle n'évoque, pourtant, pas expressément le consentement. L'absence de consentement se déduit de la différence d'âge. Pourquoi le législateur est-il si hésitant quand il doit évoquer l'absence de consentement ? Ne serait-il pas plus précis de retranscrire pleinement dans la loi cette absence de consentement ? Le législateur peine à utiliser les termes adéquats. Retenir une différence d'âge pour reconnaître une absence de consentement revient à en déduire que parce qu'il y a une telle différence, il ne pouvait y avoir consentement. À ce sujet, le Droit déduit, le Droit présume. S'il est honorable pour le

⁶⁴⁶ Auparavant, afin de reconnaître l'infraction de viol sur mineur, la Cour de cassation (Chambre criminelle, 7 décembre 2005, pourvoi n° 05-81.316) pouvait fonder son argumentation sur le fait que le très jeune âge de la victime était un élément démontrant l'utilisation soit de la surprise, soit de la contrainte. Néanmoins, la Cour suprême se fondait toujours sur l'un de ces éléments pour caractériser l'infraction et non pas sur la notion même de consentement. Avec la nouvelle loi et la création d'un article spécifique, les éléments constitutifs de l'infraction – violence, menace, contrainte ou surprise – ne sont plus nécessaires pour qualifier l'infraction de viol ; la différence d'âge suffit à considérer qu'une telle relation est illégale.

⁶⁴⁷ Sur la proposition de loi, voir A. **BEILIN**, « Infractions sexuelles et âge du consentement, quelle (r)évolution ? », *L'En-droit – DGEMC*, 16 mars 2021, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article681>

⁶⁴⁸ La loi du 21 avril 2021 est venue également modifier l'article 222-22 du Code pénal relatif à l'infraction d'agression sexuelle qui prévoit, désormais, qu'il n'est plus nécessaire, lorsque la relation concerne un mineur et un majeur, d'apporter la preuve de l'existence de moyens coercitifs.

⁶⁴⁹ A. **BEILIN**, « Le cas Y. Agnel ou la question de l'application de la nouvelle loi pénale », *L'En-droit – DGEMC*, 25 janvier 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article1444>

législateur de vouloir protéger davantage les mineurs contre les infractions sexuelles à leur encontre en reconnaissant que la différence d'âge est qualificative d'une absence de consentement, la protection serait d'autant plus précise si le législateur évoquait clairement dans les textes que le viol sur mineur se caractérise par une absence de consentement due à l'impossibilité pour le mineur, au vu de son jeune âge, de consentir pleinement à une relation sexuelle. Encore aujourd'hui, la législation en la matière n'est pas complète. Le Droit est venu remplacer une présomption par une autre. Si auparavant, il présumait de l'absence de consentement au vu de moyens coercitifs, désormais, les juges doivent présumer de l'absence de consentement en raison de la différence d'âge. Le Droit « tourne autour du pot » sans jamais user clairement des termes appropriés. Une telle frilosité pourrait éventuellement s'expliquer par la difficulté à appréhender pleinement la notion de consentement, une notion qui, si elle semble objectivement admise, est largement empreinte de subjectivité.

652. Au-delà du cas très particulier du consentement des mineurs, le Droit reconnaît d'autres situations dans lesquelles la personne n'avait pas la capacité de consentir à l'acte sexuel. Tout d'abord, une personne se trouvant sous l'empire de l'alcool ou de stupéfiants sera considérée comme incapable de donner un consentement éclairé à l'acte⁶⁵⁰. En effet, l'alcool et les stupéfiants pouvant grandement altérer le discernement, il est inconcevable de penser qu'un consentement donné dans ces conditions a pu avoir été délivré en pleine conscience, dans la parfaite maîtrise de l'étendue de l'acte qui va suivre.

653. Dans le même esprit, le consentement d'une personne à un acte sexuel ne peut être caractérisé comme éclairé lorsque la personne était inconsciente. À l'instar de la personne sous l'empire de stupéfiants ou d'alcool, l'inconscience est un état qui manifeste pleinement une incapacité à consentir.

654. Si la capacité à consentir est essentielle dans certaines situations, il est des cas où, au-delà de se demander si la personne était en mesure de donner son consentement et d'en connaître toutes les conséquences, le Droit se doit de vérifier si le consentement

⁶⁵⁰ Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 octobre 2021, pourvoi n° 21-84.318 ; Cour de cassation, Chambre criminelle, 9 août 2017, pourvoi n° 17-83232.

donné l'a été dans le respect de deux conditions : un consentement libre et un consentement éclairé.

655. **Un consentement libre et éclairé** – Si la notion de consentement est parfaitement connue du droit pénal, le Code pénal français ne le définit pas concrètement. Pourtant, la notion même est considérée comme capitale. Au-delà du simple fait de consentir, le consentement revêt deux critères fondamentaux.

656. En effet, le consentement ce n'est pas simplement dire « oui » à un acte. Afin qu'un consentement soit considéré comme parfaitement valide, deux conditions doivent être remplies. D'abord, le consentement doit être libre et volontaire. Un consentement libre est un consentement dépourvu de toute contrainte extérieure. User de la menace pour parvenir à obtenir une faveur sexuelle rend le consentement dénué de toute liberté⁶⁵¹. La liberté suppose que la personne qui donne son consentement le donne sans pression extérieure. À titre d'exemple, contraindre une personne en la menaçant de lui faire du mal si elle ne se soumet pas relève d'une absence de liberté du consentement.

657. Ensuite, le consentement doit être éclairé. Considérer un consentement comme éclairé revient à estimer que la personne qui a donné son consentement connaît toutes les conséquences qui résultent de l'acte qu'elle s'apprête à entreprendre. Mentir sur le déroulement de l'activité charnelle revient à retirer tout son caractère éclairé au consentement. Il ne peut être considéré dans ce cas que l'individu connaissait tous les éléments de l'acte avant d'y consentir⁶⁵². Néanmoins, si ces deux conditions semblent essentielles pour valider un consentement et rendre les relations charnelles dépourvues de toute atteinte, celles-ci semblent ne pas être suffisantes pour n'encourir aucune dérive.

658. Même si le Droit, lorsqu'il se réfère à la notion de consentement, précise que le celui-ci doit être donné de manière libre et éclairée, les textes juridiques traitant des violences sexuelles ne se rapportent pas à la notion de consentement pour qualifier les infractions sexuelles. En effet, afin de considérer qu'il y a eu infraction sexuelle, le juge va rechercher si l'acte en cause a été commis avec violence, menace, contrainte ou surprise.

⁶⁵¹ D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : Grands enjeux du monde contemporain » in A. BERBARD-GROUPEAU et A. DAGICOUR, *Droit et enjeux du monde contemporain*, Ed. Ellipses, 2013, 192 pages, pages 79 à 84.

⁶⁵² *Ibidem*.

De plus, les juges vont tenter de déterminer si la victime a résisté à son agresseur. L'absence de consentement se déduit de tous ces éléments.

§ II – L'absence de consentement : entre moyens coercitifs et preuve de résistance

659. ***Le défaut de consentement : résultante de l'usage de violence, menace, contrainte ou surprise*** – Alors même que la base de toute violence sexuelle repose inexorablement sur l'absence de consentement, la loi n'en dit mot. En effet, lorsque des faits de violences sexuelles sont mis en lumière devant une juridiction pénale, il existe une présomption implicite de consentement ; présomption de consentement qui disparaît dès lors qu'il a été prouvé, non pas qu'il y a eu un refus de la victime, mais que l'auteur des violences sexuelles a usé de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise pour arriver à obtenir de la victime une relation sexuelle. Le premier arrêt fondateur en la matière est un arrêt de la Cour de cassation en date du 2 mai 1844⁶⁵³ dans lequel la Cour caractérise le viol comme « *le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte d'une violence physique ou morale, exercée à son égard, soit qu'il réside dans tous les autres moyens de contrainte ou de surprise, pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action* », c'est dire que pour la Haute Cour, même si elle évoque la volonté de la victime, l'absence de consentement se déduit principalement des actes de violence, de menace, de contrainte ou de surprise, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la victime a verbalement dit « non ». Ainsi, selon Catherine LE MAGUERESSE, « *l'absence de consentement se déduit donc du comportement intentionnel de l'auteur et de son recours à – au moins – l'un des procédés énumérés par le code qui viennent corroborer la parole de la victime. Car s'il a dû exercer une coercition, c'est que la victime – confrontée à des agissements à connotation sexuelle qu'elle n'a pas*

⁶⁵³ *Bulletin de la Cour de cassation*, 2 mai 1844, cité par A.-C. **AMBROISE-RENDU**, *Une histoire des sensibilités*, volume 3, « Enfants violés, une histoire des sensibilités. XIXe – XXe siècles », Thèse d'habilitation à diriger des recherches, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2009-2010 cité par P. **MORTAS**, *Une rose épineuse : La défloration au XIXe siècle en France*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2017, 468 pages, page 192 ; M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

*sollicités et pour lesquels elle n'a pas donné son accord – a résisté*⁶⁵⁴ ». Ainsi, pour renverser la présomption implicite émise par le droit pénal, la victime doit démontrer qu'elle a opposé une vraie résistance et que les actes ont été commis avec violence, menace, contrainte ou surprise. Telle est la position de la Cour de cassation qui déclare que « *le refus de consentir à la relation sexuelle doit s'apprécier de manière concrète en fonction de la personnalité de la victime et de sa capacité de résistance*⁶⁵⁵ ».

660. La Cour suprême évoque ainsi un état de résistance⁶⁵⁶ permettant de considérer que la victime ne souhaitait pas avoir une relation sexuelle. Cependant, rechercher un état de résistance n'est pas suffisant pour prouver que la victime n'avait pas donné son accord à l'acte. De plus, si le juge déduit inévitablement de la violence, de la menace, de la surprise ou de la contrainte, l'absence de consentement, il ne s'agit là que d'une déduction. La loi doit se montrer claire en la matière. Il n'appartient pas au juge de faire preuve de déduction quant au consentement de la victime. La véracité du consentement ne doit pas être tirée de déduction mais de vérifications précises quant au fait que celui-ci a été manifestement reçu et donné.

661. Par ailleurs, alors que le texte de la loi énonce que « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol* », une remarque se doit d'être apportée. Si estimer que la contrainte, la menace ou la surprise sont des manœuvres pouvant abolir le consentement d'une personne à un acte sexuel semble aisément s'entendre, considérer la violence comme une manœuvre coercitive pose nécessairement problématique. L'article 222-23 précise que tout acte de nature sexuelle commis par violence est un viol. La difficulté intervient en ce qui concerne le cas des relations sadomasochistes. Si nous suivons à la lettre les termes de l'article 222-23, chaque sadomasochiste peut se voir poursuivi pour viol parce qu'il a usé de la violence

⁶⁵⁴ C. LE MAGUERESSE, « De la centralité du consentement », *Les Cahiers de la Justice*, volume 4, n° 4, 2021, pages 613 à 623.

⁶⁵⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 juin 2010, pourvoi n° 10-81.953. La position de la Cour de cassation n'est pas sans nous rappeler clairement la position des juridictions anciennes en la matière ; celles-ci évoquant la nécessité d'apprécier les cris ou les blessures infligées par l'auteur pour constituer l'infraction.

⁶⁵⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 mars 2016, pourvoi n° 15-87-554 ; Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-83-553.

lors de ses rapports sexuels. Une précision des infractions relatives aux violences sexuelles est indispensable afin d'éviter de qualifier des actes relevant de la simple liberté sexuelle en violences sexuelles réprimées par le droit pénal. Ainsi, il est impératif, dès lors, de modifier les termes des articles relatifs aux violences sexuelles en y insérant le non-consentement, la violence n'étant pas toujours synonyme d'absence de consentement mais pouvant relever de la liberté sexuelle.

662. Ainsi, bien des juristes se sont penchés sur la question de savoir s'il ne serait pas plus efficace, non pas de rechercher si la victime a fait preuve de résistance lors de son agression, mais si l'auteur de l'acte s'était correctement assuré du refus. Pour renverser la présomption du consentement qui pèse sur la victime – et ainsi lui éviter de devoir prouver sa résistance à l'acte –, certains s'accordent à proposer de définir les violences sexuelles n'ont pas au regard uniquement du comportement de l'auteur de l'infraction mais surtout eu égard à l'absence de consentement de la victime.

663. ***L'absence de consentement : élément matériel des infractions sexuelles*** – En matière d'infractions sexuelles, le droit pénal français est clair : il y a violation des droits lorsque l'acte a été commis avec violence, menace, contrainte ou surprise. Aucune infraction sexuelle contenue dans le Code pénal n'invoque l'absence de consentement comme élément matériel des infractions sexuelles. Pourtant, avant de rechercher si l'acte a été commis par l'un de ces procédés, il faut rechercher en premier lieu si la victime était consentante à l'acte.

664. Alors que certains États, conformément à la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique dite Convention d'Istanbul adoptée en 2011, ont inscrit dans leur législation le fait que les violences sexuelles résultent d'une absence de consentement de la victime⁶⁵⁷, devenant

⁶⁵⁷ Article 375, Code pénal belge : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol* » ; Sexual Offences Act 2003 : « *Une personne (A) commet une infraction si - (a) il pénètre intentionnellement dans le vagin ou l'anus d'une autre personne (B) avec une partie de son corps ou quoi que ce soit d'autre, (b) la pénétration est sexuelle, (c) B ne consent pas à la pénétration, et (d) A ne croit pas raisonnablement que B y consent* » ; Article 177, Code pénal allemand : « *Quiconque, contre la volonté apparente d'une autre personne, accomplit des actes sexuels sur une autre personne ou les fait accomplir par elle, ou qui détermine*

l'unique critère à rechercher en cas d'affaire de violences sexuelles, le droit français s'en tient toujours à l'obligation de démontrer la violence, la menace, la contrainte ou la surprise émises par l'auteur des violences, affichant un net retard vis-à-vis de ses voisins européens.

665. Dans la vague des législations européennes et pour se conformer aux exigences internationales, le droit français ne peut plus se contenter de qualifier d'infractions sexuelles les actes commis avec violence, menace, contrainte ou surprise. Il est de son devoir, désormais, d'accorder au consentement une place fondamentale au sein des infractions sexuelles⁶⁵⁸. Précisément, l'absence de consentement doit devenir l'élément matériel majeur des violences sexuelles, les autres éléments ne pouvant faire potentiellement office que de circonstances aggravantes de la peine.

666. Les textes de la loi en la matière devraient se présenter ainsi : pour l'infraction de viol, « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur, sans le consentement manifeste des parties à l'acte, est un viol* ». De même, concernant l'infraction d'agression sexuelle, celle-ci devrait être rédigée comme suit : « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise sans le consentement manifeste des parties à l'acte ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur sans le consentement de la personne mineure* ».

667. En désignant comme élément matériel des infractions sexuelles la notion même de consentement, il semble qu'il ne serait désormais plus utile de se référer aux moyens coercitifs autrefois évoqués. Néanmoins, ceux-ci revêtent toujours un certain intérêt. Chaque acte de violence sexuelle est singulier, si certains se produisent sans violence, menace, contrainte ou surprise, nombre d'entre eux sont accomplis avec l'appui de telles manœuvres. Même si l'absence de consentement est suffisante pour qualifier l'infraction,

cette personne à accomplir ou à tolérer des actes sexuels sur ou par un tiers, sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans » ;

⁶⁵⁸ Une proposition de loi modifiant les articles 222-22 et 222-23 du Code pénal a été émise le 22 juin 2022 par la sénatrice BENBASSA afin d'insérer la notion de consentement dans les articles relatifs aux agressions sexuelles et aux viols. Néanmoins, la proposition de loi n'a pas été adoptée, Sénat, Proposition de loi relative au consentement sexuel des adultes, n° 729, 22 juin 2022.

il est nécessaire que certaines manœuvres qui accompagnent l'acte soient également réprimées. La douleur éprouvée par les victimes d'infractions sexuelles peut être aggravée du seul fait de ces agissements contraignants. De ce fait, le Droit se doit de prendre en compte l'aggravation de la douleur de la victime en érigeant ces actes oppressants en circonstances aggravantes des infractions sexuelles de viol et d'agression sexuelle.

668. D'aucuns pourraient nous reprocher de ne faire des moyens coercitifs que des circonstances aggravantes en considérant que de tels moyens amènent forcément à une violation du consentement. En effet, si dans la majeure partie des cas, lorsque des actes sexuels sont intervenus par violence, contrainte, menace ou surprise, ceci justifie parfaitement l'absence de consentement de la victime, il existe également des relations sexuelles non consenties qui ne sont pas le fruit de telles manœuvres et dans lesquelles seule l'absence de consentement doit être recherchée afin de les qualifier comme illicites.

669. De ce fait, le consentement doit devenir l'élément matériel majeur des infractions sexuelles, et ceci même si la notion reste, parfois, difficilement appréhendable, les potentiels agresseurs pouvant invoquer que les gestes explicites de la victime ou l'absence de résistance reflétaient une véritable volonté de relation, les victimes pouvant faire valoir que même si elles n'ont pas spécifiquement dit non – verbalement et physiquement – à l'acte, elles ne voulaient pas l'entreprendre. Toutes ces zones d'ombre dans la réception et le don du consentement amènent les tribunaux à se retrouver face à des situations particulièrement ambiguës.

670. ***La subjectivisation de la notion de consentement*** – Véritable notion subjective, le consentement, lorsqu'il n'est pas stipulé expressément dans un écrit, peut être difficile à qualifier. En réalité, la notion de consentement revêt une dimension morale, celle-ci étant propre à chaque individu. Ainsi, si lors de la rédaction d'un écrit, il ne semble pas y avoir de doute quant au consentement donné, celui-ci, dès lors qu'il est émis dans les relations sexuelles, est plus difficilement perceptible.

671. Notion binaire – oui ou non –, le consentement est avant toute chose une expression de la volonté humaine, volonté humaine manifestement associée à une réalité humaine. Si la notion même semble facilement saisie par tous au regard de sa binarité, la réalité humaine, elle, n'est pas binaire. Un « oui » formulé peut être vrai à un moment

donné de la relation mais ne plus l'être l'instant d'après. Nous pouvons nous demander à quel moment de la relation la rencontre des volontés se situe-t-elle ? Au début de la relation ? Tout au long de celle-ci ? Telle est toute la difficulté liée à la subjectivité de la notion. Le bon sens voudrait que le consentement perdure tout au long de la relation afin qu'il n'existe aucun acte infractionnel. Pourtant certains conditionneront le consentement au premier oui donné. Si le Droit règlemente les relations humaines, le Droit ne connaît pas l'affect et ne mesure pas toutes les divergences qui peuvent intervenir dans un esprit lors d'une relation intime. Le Droit régit des comportements physiques qui ne sont pas toujours en accord avec la raison, une absence de raison pouvant conduire à des relations sexuelles équivoques.

672. Les relations sexuelles découlent souvent d'un jeu de séduction qui balaye tout formalisme écrit. Si dans la majeure partie des situations, l'absence de consentement a été donné clairement par la personne, il est des situations particulièrement ambiguës où le consentement n'a pas été clairement donné et où le refus n'a pas été clairement exposé. Afin d'illustrer nos propos, nous pouvons nous intéresser à un roman de Karine TUIL⁶⁵⁹, adapté⁶⁶⁰ en 2021 par Yvan ATTAL, intitulé *Les Choses humaines*.

673. Après une soirée passée en compagnie d'une jeune fille, un jeune garçon se voit arrêté et poursuivi pour viol. À l'origine de la plainte, la jeune fille avec qui il avait passé la soirée. Si nous pouvons penser qu'il s'agit, une nouvelle fois, d'un récit ordinaire sur l'enquête et le procès d'un violeur présumé, la romancière nous raconte une tout autre histoire et précisément deux histoires. Deux histoires communes et pourtant contraires : celle d'un jeune homme ayant eu une relation sans amour et sans lendemain avec une jeune fille et celle de cette même jeune fille n'ayant, de son point de vue, pas eu le choix de recourir à une relation sexuelle. Même si la volonté de l'auteure était, avant tout, de dénoncer la complaisance du tribunal pour l'auteur présumé du viol issue du fait de sa naissance privilégiée, l'hypocrisie de la société et la place, de plus en plus présente, de la culture du viol ; le roman met en lumière des questions fondamentales autour du

⁶⁵⁹ K. TUIL, *Les choses humaines*, Ed. Gallimard, Coll. « Blanche », 2019, 352 pages.

⁶⁶⁰ *Les choses humaines*, réalisé par Yvan ATTAL, sorti le 1^{er} décembre 2021.

consentement et des zones obscures qui y sont attachées⁶⁶¹. Ainsi, nous pouvons clairement nous demander comment est-il possible de considérer qu'il n'y a pas eu viol lorsque la victime dit ne pas avoir consenti à l'acte ? C'est toute la difficulté de l'affaire, la jeune fille n'ayant jamais verbalement énoncé son refus et ne s'étant jamais physiquement opposé à cet acte, le jeune homme n'ayant manifestement pas utilisé de moyens coercitifs pour l'y contraindre. Néanmoins, par le comportement du jeune homme, elle s'est sentie obligée d'avoir un rapport sexuel avec lui. Si certains ont vu en ce roman, la remise en question de la parole de la femme, il est intéressant de mettre en avant qu'il existe des situations où l'ambiguïté du consentement peut engendrer des conséquences pénales. Il ne suffit pas que la personne qui demande le consentement le fasse de manière manifeste, il est également nécessaire que la personne qui le donne l'exprime de manière claire. Les non-dits n'ont pas leur place dans les relations sexuelles ; ils sont source d'ambiguïté pouvant conduire à des conséquences néfastes pour les parties à l'activité.

674. Afin d'illustrer encore davantage notre pensée, nous pouvons nous pencher sur l'ouvrage de Laura BERLINGO, gynécologue, intitulé *Une sexualité à soi*. Au cours de son développement, l'auteure évoque la notion de « faux-oui ». Selon Laura BERLINGO, un « faux oui » se caractérise comme un accord donné à un acte sexuel soit par amour, soit dans une optique de tranquillité. Plus précisément, il s'agit des personnes qui, même si elles ne souhaitent pas participer à l'acte sexuel, vont préférer s'y soumettre quand même. L'auteure évoque cette notion de « faux-oui » dans les rapports conjugaux. Il est, pour elle, des situations dans lesquelles, l'un des individus n'a pas le souhait, l'envie d'accomplir un acte sexuel mais, pour quelques raisons, s'y adonne malgré tout. Si nous pouvons admettre qu'il est effectivement certaines situations dans lesquelles, afin de satisfaire son conjoint, certaines personnes se soumettent à des relations auxquelles elles n'auraient pas consenti,

⁶⁶¹ L'auteure s'est inspirée d'une affaire intervenue aux États-Unis en 2015, V. **MORIN**, « Le procès pour viol qui scandalise les États-Unis », 7 juin 2016, *Le Monde*, (https://www.lemonde.fr/big-browser/article/2016/06/08/le-proces-pour-viol-qui-captive-les-etats-unis_4942345_4832693.html). Un jeune homme avait violé, sur le campus de Stanford, une jeune fille après l'avoir traînée, inconsciente, derrière une benne à ordures. Il avait écopé d'une peine mineure de six mois de prison, dont trois avec sursis et trois avec mise à l'épreuve. Néanmoins, si l'auteure s'est inspirée d'une telle histoire, à la lecture du roman, le lecteur se rend facilement compte que les faits réels et fictifs divergent totalement, l'une ayant été traînée de force, inconsciente, l'autre s'étant « sentie obligée » d'avoir une relation sexuelle, d'où le questionnement sur le consentement.

dans d'autres cas, la vision de l'auteure fait planer sur l'individu en demande une sorte de comportement infractionnel. Toutefois, si nous admettons le fait que ne pas obtenir le consentement d'une personne afin d'entretenir une relation sexuelle est répréhensible, il n'est pas acceptable de cataloguer ce genre de comportement comme étant inadmissible alors même que la personne qui en est la victime a fait le choix d'y consentir par dépit. L'existence des « faux-oui » ne doit pas conduire à certaines dérives ; des dérives qui pourraient intervenir lorsqu'après coup, la personne ayant donné son consentement qualifie l'acte qu'elle a subi d'acte répréhensible par la loi. La personne ayant obtenu le consentement n'a pas à souffrir des effets d'un consentement accordé à contre cœur par son partenaire. Nous pouvons aller plus loin encore. Reconnaître l'existence de « faux-oui » pourrait revenir à reconnaître également l'existence de « faux-non » ; des « faux-non » dont pourrait user la personne poursuivie pour justifier de son acte. Mettre en évidence la possibilité qu'il existe des consentements faussés dont les individus doivent se méfier est particulièrement nuisible, les « faux-oui » pouvant entraîner des accusations infondées, les « faux-non » pouvant justifier d'une supposée volonté cachée.

675. Admettre que dans certaines situations, telles que les relations sexuelles entre époux, il est des moments où même si la personne ne souhaite pas avoir de relations sexuelles, elle s'y adonne pour faire plaisir, ne doit pas conduire à reprocher à la personne qui a obtenu un tel accord d'avoir dépassé la limite du consentement. Un consentement ne doit pas n'être que libre et éclairé mais également manifeste. En tout état de cause, il n'est pas astucieux pour certains de promouvoir un tel comportement car si bien des dérives existent en matière de sexualité, mettre en lumière une violation involontaire du consentement revient à faire de toute personne ayant cru obtenir un consentement un individu infractionnel. De plus, il n'est nulle question ici d'énoncer que le consentement ne possède aucune valeur. Il est au fondement même de toute relation intime. Il est cependant essentiel de mettre en avant le fait que le manque de clarté du consentement peut conduire à de véritables situations ambiguës pouvant entraîner pour la personne qui en est l'auteur des conséquences irréversibles.

676. **Obtention et don réciproque d'un consentement manifeste** – Si nous avons analysé précédemment l'absolu impératif de faire de l'absence de consentement un élément matériel des infractions sexuelles ainsi que la nécessité d'un consentement libre et éclairé,

les observations mises en lumière dans le paragraphe précédent nous laisse à penser que les deux conditions attachées au consentement ne sont, semble-t-il, pas suffisantes. En effet, au-delà du fait qu'un consentement doit être donné de manière libre et éclairé, il est nécessaire que celui-ci ait été reçu et donné de manière manifeste, un moyen permettant de protéger chaque partie à l'acte. Il n'incombe pas à l'une des parties de recevoir le consentement et à l'autre de le donner. Chaque individu doit recevoir et donner manifestement un consentement. La meilleure solution serait qu'avant toute relation sexuelle, chaque partie stipule dans un écrit qu'elle donne son accord à la relation sexuelle qui va suivre. Nous en convenons, mettre en place ce système contractuel enlèverait aux relations sexuelles tout le charme de la spontanéité ; quand bien même il serait le meilleur moyen de prouver, en cas de doute, l'existence du consentement.

677. Ainsi, obtenir le consentement et le donner de manière manifeste serait un moyen, semble-t-il, de régler plus efficacement les relations sexuelles. Le problème qui intervient lorsqu'une accusation de violences sexuelles est portée est de savoir si l'acte sexuel était consenti. Pourquoi ne serait-il pas uniquement nécessaire, lors d'une instance judiciaire, de s'assurer que l'individu, auteur présumé de l'infraction, l'est reçu manifestement ? Lorsqu'un contentieux existe entre deux individus, les conséquences de celui-ci vont retomber à la fois sur la personne accusée et sur la victime. La protection des justiciables doit aller dans les deux sens : protéger la victime et lui rendre justice mais également éviter toute fausse accusation. Pour ce faire, la loi doit mettre en place une nouvelle définition des violences sexuelles en tenant compte, comme élément matériel, de l'absence manifeste de consentement. Il est nécessaire non pas seulement de s'assurer que le présumé agresseur ait obtenu le consentement de ladite victime mais également que la victime lui ait donné de manière manifeste afin de balayer toute ambiguïté. La responsabilité ne doit pas uniquement reposer sur l'un des membres de la relation mais bien sur les deux individus à l'acte. Dès lors que deux personnes entament une relation intime, chacun est responsable de ses actes, de ses choix. Ne pas émettre de manière évidente, manifeste son consentement peut, par la suite, entraîner des conséquences néfastes pour la partie qui a cru recevoir un consentement qui n'en était pas un. Chaque individu est un justiciable dont le Droit se doit d'assurer la protection ; d'une part, contre les agressions dont il pourrait être victime de la part d'autrui et d'autre part, contre les

conséquences pénales d'une absence de consentement manifeste intervenue en raison du choix du partenaire de ne pas exprimer clairement son désaccord à l'acte. Si dans le cas de violences sexuelles, les souffrances les plus notables sont à l'encontre de la victime, il ne faut pas non plus négliger les conséquences de l'absence de consentement manifeste émis par la victime elle-même, celle-ci ayant pu laisser croire qu'elle consentait pleinement à l'acte. Chaque individu doit s'assurer qu'il obtient le consentement de son partenaire mais chaque individu doit aussi s'assurer que le consentement qu'il donne est clair et sans ambiguïté.

SECTION II – Le consentement : une liberté absolue ?

678. La prostitution, souvent désignée comme le plus ancien métier du monde, émerge au centre de notre analyse sur les limites imposées au consentement. Pour appréhender cette notion dans le contexte de l'activité prostitutionnelle, il est nécessaire de plonger brièvement dans l'histoire de la prostitution, une réalité sociale séculaire qui a suscité une variété de réactions et de régulations au fil des époques. La prostitution se trouve être un domaine où les notions de libre choix et d'asservissement se rencontrent fréquemment, soulevant des questionnements sur la réelle possibilité d'un consentement authentique dans ce contexte (§ I).

679. Si la prostitution jouit désormais d'une tolérance législative, elle fut jadis associée à l'immoralité, le législateur la condamnant comme contraire aux bonnes mœurs. Bien que le Code pénal ait abandonné la notion de bonnes mœurs, elle a progressivement cédé la place au principe de dignité, un principe qui s'applique à l'activité prostitutionnelle et qui soulève maintes questions lorsqu'il est invoqué dans ce contexte particulier (§ II).

§ I – Le droit à la dignité *versus* l'activité prostitutionnelle

680. « *Bien que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en commun à tous les hommes, chaque homme est cependant propriétaire de sa propre personne*⁶⁶² ».

⁶⁶² J. LOCKE, *Essai sur le pouvoir civil*, Deuxième série : Les grandes doctrines politiques – Bibliothèque de la science politique, traduit par J.-L. FYOT, Ed. PUF, 1953, 223 pages ; D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : Grands enjeux du monde contemporain » in A. BERBARD-GROUTEAU et A. DAGICOUR, *Droit et enjeux du monde contemporain*, Ed. Ellipses, 2013, 192 pages, pages 79 à 84.

Dans sa pensée, John LOCKE émet l'idée que l'être humain est propriétaire de sa vie, de sa liberté. Plus précisément, chaque homme est propriétaire, sur sa propre personne, d'un droit particulier que personne ne peut contester. La sexualité est un domaine intime qui relève nécessairement de la vie privée des individus et ainsi qui entre manifestement dans le cadre de la propriété de soi. Pour autant, le Droit s'octroie la possibilité de déposséder les individus dans certains cas, limitant la pleine propriété d'eux-mêmes.

681. Pilier des relations sexuelles, le consentement est-il, pour autant, considéré comme une liberté totale et inconditionnelle ? Le consentement, s'il est une liberté reconnue aux individus dans leurs choix intimes, peut-il tout justifier ?

682. Le consentement est une liberté qui est accordée à tous. Chacun est libre de consentir. Pourtant, il est des situations dans lesquelles le Droit considère que le consentement ne prévaut pas. Telle est le cas lorsque celui-ci est mis en opposition avec le droit à la dignité. Si ce droit n'est pas la seule entrave à la liberté du consentement⁶⁶³, il sera le seul objet de notre étude en raison de son application malgré son caractère subjectif et sa forte connotation morale en matière prostitutionnelle.

683. Consentement et dignité. L'un est une liberté, l'autre est un droit. Deux principes qui s'opposent et que tout oppose. D'une part, la liberté de consentir et d'autre part, le droit à la dignité. Pour que ces deux principes puissent s'accorder, les actes auxquels les individus peuvent consentir doivent respecter le principe de dignité. Pourquoi pas nous diriez-vous, tant que le principe de dignité est respecté, le consentement est libre. Pas vraiment finalement. Dès lors que le consentement est conditionné au respect de la dignité, il n'est plus possible d'évoquer sa liberté. De même, le respect du principe de dignité se caractérise par l'impossibilité de commettre des actes qui portent atteinte à notre dignité. Ainsi, offrir une pleine liberté à l'individu lorsque celui-ci consent c'est courir le risque de créer des situations dans lesquelles, même si la liberté de consentement a été respectée, le principe de dignité va être atteint. La liberté du consentement et le droit à la dignité sont en perpétuel conflit, l'un comme l'autre ne pouvant être mis en œuvre sans se

⁶⁶³ Le principe d'indisponibilité du corps humain ou l'interdiction des atteintes à l'intégrité physique sont deux valeurs juridiques limitant la liberté du consentement, pour plus d'informations sur les limites à la liberté du consentement et à l'autonomie personnelle, voir M. **FABRE-MAGNAN** et *al.*, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, volume 48, n° 2, 2008, pages 3 à 58.

porter mutuellement atteinte. Afin de comprendre plus précisément les difficultés qui apparaissent lorsque ces deux principes s'opposent, il est opportun de s'intéresser à un cas précis dans lequel consentement et dignité s'entravent : la prostitution⁶⁶⁴.

684. **Brève histoire de la prostitution** – Réputée « plus vieux métier du monde », la prostitution est une activité sexuelle qui traverse les âges. De l'Antiquité à nos jours, tous les siècles ont connu leur lot de travailleurs du sexe. Tantôt considérée comme indispensable, tantôt faisant l'objet de répression, la prostitution a, au cours des siècles, acquis pléthore de statuts, entre tolérance, réglementation et interdiction.

685. Dans l'Antiquité – romaine ou grecque - la prostitution était une activité parfaitement acceptée⁶⁶⁵, se pratiquant soit dans la rue, dans les quartiers qui y étaient consacrés, soit à l'abri dans des maisons prévues à cet effet. Si certaines règles devaient être respectées, la prostitution n'était pas perçue comme une activité sexuelle humiliante.

686. Avec l'arrivée des religions monothéistes, la prostitution aurait pu connaître d'une interdiction en raison de son caractère parfois qualifié d'immoral. Ce ne fut pas le cas. La Bible ne réprime pas les activités prostitutionnelles et au-delà de l'absence d'interdiction, l'Ancien Testament contient des passages qui y font directement référence⁶⁶⁶. Cependant, elle est réservée aux étrangères. Le Nouveau Testament va venir légèrement modifier la vision des travailleurs du sexe. Si la prostitution était, sous l'Ancien Testament, une activité acceptable, les individus qui se livrent à cette pratique vont par la suite devenir des pécheurs dont les fautes pourront être expiées par la foi⁶⁶⁷. Néanmoins, si la prostitution

⁶⁶⁴ Tout au long de notre développement, nous nommerons les prostitué(e)s « travailleurs du sexe » afin de ne pas différencier entre les prostitué(e)s hommes ou femmes, qui exercent dans la rue ou dans un espace privé. Même s'il faut reconnaître que la majeure partie des travailleurs du sexe sont des femmes, elles ne sont pas les seules à se livrer à la prostitution. De plus, celle-ci ne s'exerce pas exclusivement dans la rue. Notre volonté est d'évoquer la problématique juridique de la prostitution dans son ensemble sans prendre en considération de quelconques critères physiques ou spatiaux mais uniquement en analysant l'appréhension de la prostitution par le Droit.

⁶⁶⁵ C. LEDUC et P. SCHMITT PANEL, « Prostitution et sexualité à Athènes à l'époque classique. Autour des ouvrages de James N. DAVIDSON et d'Elke HARTMANN », *Clio*, n° 17, 2003, pages 137 à 161 ; F. DUPONT, « La matrone, la louve et le soldat : pourquoi des prostitué(e)s « ingénues » à Rome », *Clio*, n° 17, 2003, pages 21 à 44 ; A. JULIET, « Le sexe rémunéré : approche comparative de la prostitution en tant que prestation de service » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, pages 115 à 116.

⁶⁶⁶ Livre de la Genèse, 38 : 15 et suivants.

⁶⁶⁷ Évangile de Jésus Christ selon Saint Luc, 7 : 36 – 50.

constitue un péché, certains s'accordent à considérer qu'il s'agit d'un mal nécessaire⁶⁶⁸ même si les préceptes religieux rappellent avec force la finalité de la sexualité : la procréation.

687. Les siècles qui vont suivre vont osciller entre tolérance et répression. En effet, durant la période du Moyen-Âge, la prostitution, tolérée socialement, sera une activité sexuelle considérée comme bénéfique ; celle-ci, selon Didier LETT, permettant aux jeunes hommes célibataires de connaître d'une activité sexuelle en dehors du mariage, limitant les adultères et concourant à éviter les violences masculines⁶⁶⁹. Pourtant, si la tolérance fut de mise, la répression va rapidement poindre. Ainsi, une ordonnance⁶⁷⁰ de Louis IX dit Saint Louis datée de 1254 interdit la prostitution, expulsant les travailleurs du sexe des villes et confisquant leurs biens. Les interdictions trouvent leur source dans la religion. Les travailleurs du sexe étant considérés comme des individus détournant inévitablement le projet voulu par Dieu : l'enfantement.

688. L'oscillation va marquer les siècles suivants, la prostitution restant illicite au XVI^e siècle⁶⁷¹ pour connaître une dépénalisation *de facto*⁶⁷² – en raison d'une absence de prohibition légale – au cours de l'établissement des codes révolutionnaires – Code pénal et

⁶⁶⁸ « Ainsi donc, dans le gouvernement humain, ceux qui commandent tolèrent à bon droit quelques maux, de peur que quelques biens ne soient empêchés, ou même de peur que des maux pires ne soient encourus. C'est ce que dit Saint Augustin: « Supprimez les prostituées et vous apporterez un trouble général par le déchaînement des passions ». Ainsi donc, bien que les infidèles pèchent par leurs rites, ceux-ci peuvent être tolérés soit à cause du bien qui en provient, soit à cause du mal qui est évité », **SAINT THOMAS D'AQUIN**, *Somme théologique*, 1271-1272, « La morale détaillée », II a II ae, Article 11 : Doit-on tolérer les rites des infidèles ?, 1170 pages.

⁶⁶⁹ D. **LETT**, « Prostituée : une profession admise », *Histoire et Civilisations*, novembre 2020 ; D. **LETT**, « Prostitution : Un Moyen-Âge étonnamment tolérant », *Histoire et Civilisations*, mars 2023.

⁶⁷⁰ Louis IX, Grande Ordonnance de 1254 ; P. **GALLAND**, *L'Église et l'hygiène au Moyen-Âge*, Thèse, 1933, n° 325, Paris, Librairie M. Lac, 220 pages ; Dr **CABAES**, « La prostitution de 1256 (Ordonnance de Louis IX) à 1560 (États généraux) », *La Chronique Médicale*, n° 5, mai 1918, 160 pages.

⁶⁷¹ Édit d'Orléans, 1561 ; L. **GONZALEZ-QUIJANO** et A. **ROBY**, « Pour une approche spatiale de la prostitution », *Histoire urbaine*, Volume 49, n° 2, 2017, pages 5 à 15 ; E. **PIERRAT**, *Le sexe et la loi*, Paris, Ed. La Musardine, Coll. « L'attrape-corps », 2019, 282 pages, pages 82 à 84 ; N. **DEFFAINS** et B. **PY**, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, 416 pages, page 360.

⁶⁷² C. **PLUMAUILLE**, « Tolérer et réprimer : prostituées, prostitution et droit de cité dans le Paris révolutionnaire (1789-1799) », *La Révolution française* [En ligne], n° 10, 2016.

Code de police – de 1791, même si la répression policière pour trouble à l'ordre public et aux bonnes mœurs perdure⁶⁷³.

689. Le statut de la prostitution, au début du XIX^e siècle, va à nouveau se transformer, notamment dans un contexte d'avancées médicales mettant en lumière de nouvelles pathologies physiques découlant de l'activité sexuelle⁶⁷⁴. Dans une volonté de préserver la santé publique, les municipalités vont reprendre la gestion de l'activité prostitutionnelle en instaurant, entre autres, une obligation d'inscription et des visites médicales pour les individus se livrant à la prostitution. La France va ainsi adopter un système règlementariste à l'égard de ces activités. Des maisons de tolérance sont instaurées afin de contrôler toute activité sexuelle pratiquée dans le cadre de la prostitution, une période qui sera ainsi dénommée « l'âge d'or des maisons closes⁶⁷⁵ ».

690. Une fois de plus, la prostitution va connaître une modification de statut. La France règlementariste perdurera jusqu'à la loi dite Marthe RICHARD⁶⁷⁶ du 13 avril 1946 qui abolit le régime règlementaire de la prostitution. Dès lors, les travailleurs du sexe sont renvoyés sur le trottoir sans aucune possibilité de contrôle sanitaire⁶⁷⁷ ; une erreur qui sera reconnue par la conseillère elle-même qui souhaitera rétablir les maisons de tolérance sous certaines conditions⁶⁷⁸. Sans succès. Pourquoi avoir fait le choix de fermer les maisons de tolérance alors même qu'elles apportaient sécurité aux travailleurs du sexe et aux clients ? Le choix de la fermeture est intervenu à la suite de la montée en puissance des mouvements abolitionnistes, féministes et de lutte internationale contre la traite des blanches.

⁶⁷³ V. DENIS, « Police et ordre public dans les rues du Paris révolutionnaire : les sections des Arcis et du Louvre en 1791 », *Crime, Histoire & Sociétés* [En ligne], Volume 20, n° 1, 2016.

⁶⁷⁴ Voir Dr A. PARENT-DUCHATELET, *De la prostitution dans la ville de Paris, considérée sous le rapport de l'hygiène publique, de la morale et de l'administration : ouvrage appuyé de documents statistiques puisés dans les archives de la Préfecture de police*, Tomes I & II, Paris, Ed. J.-B. Baillière, 1836, 580 pages ; A. CORBIN, *Les filles de noce*, Paris, Ed. Flammarion, Coll. « Champs – Champs Histoire », février 2015, 640 pages.

⁶⁷⁵ L. GONZALEZ-QUIJANO et A. ROBY, « Pour une approche spatiale de la prostitution », *Histoire urbaine*, volume 49, n° 2, 2017, pages 5 à 15.

⁶⁷⁶ Loi n° 46-685 du 13 avril 1946 dite Marthe RICHARD tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme ; N. DEFFAINS et B. PY, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, 416 pages, page 360.

⁶⁷⁷ E. PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Paris, Ed. La Musardine, Coll. « L'attrape-corps », 2019, 282 pages, pages 82 à 84.

⁶⁷⁸ N. HENRY, *Marthe Richard – L'aventurière des maisons closes*, Ed. Punctum, Coll. « Pour d'autres raisons », mars 2006, 232 pages.

L'émergence de ces mouvements va insuffler une véritable prise de conscience sur les dangers du trafic prostitutionnel engendrant la signature – et une ratification plus tardive⁶⁷⁹ –, par de nombreux pays européens dont la France, de la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations unies du 2 décembre 1949.

691. La reconnaissance du statut d'activité tombant sous le joug de la traite et de l'exploitation d'autrui n'a pas empêché la France de durcir sa législation à l'encontre des travailleurs du sexe. Si en 1994, la pénalisation pour racolage passif a été supprimée, une loi du 18 mars 2003⁶⁸⁰ dite loi SARKOZY va venir instaurer le délit pour racolage passif⁶⁸¹, reléguant les travailleurs du sexe au rang de coupable et non de victime. L'adoption d'une telle loi élargit le délit de racolage et aggrave l'infraction, alors qu'antérieurement, seul le racolage actif était punissable et ceci au titre des contraventions de 5^e classe⁶⁸². Si l'objectif premier de l'adoption de la loi SARKOZY était le démantèlement des réseaux de prostitution et la chasse aux proxénètes, il s'est avéré que les premières victimes de la loi n'étaient pas les proxénètes mais les travailleurs du sexe eux-mêmes, une telle loi n'ayant semble-t-il pas atteint le but recherché⁶⁸³.

692. Durant treize années, les travailleurs du sexe devront exercer leur activité dans la plus grande discrétion afin de ne pas encourir le risque de se voir poursuivre pour racolage passif. Le 13 avril 2016, leur statut va de nouveau changer. La loi SARKOZY va être abrogée, une abrogation entraînant, au passage, la suppression de la pénalisation du racolage passif et actif. Pour autant, si le législateur a fait le choix de ne plus poursuivre les travailleurs du

⁶⁷⁹ La France a ratifié la Convention le 2 novembre 1960.

⁶⁸⁰ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁶⁸¹ Article 225-10-1 du Code pénal : « *Le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende* ».

⁶⁸² D'ailleurs, l'instauration du délit de racolage passif n'a pas abrogé l'infraction de racolage actif. Ainsi, les travailleurs du sexe pouvaient se voir poursuivis pour racolage passif et actif.

⁶⁸³ M. **CARTON**, « Racolage passif : dix ans après, un bilan plutôt négatif », 28 mars 2013, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/03/28/racolage-passif-dix-ans-apres-un-bilan-plutot-negatif_3148956_3224.html

sexe pour leurs actes, il s'est trouvé un nouveau cheval de bataille : leurs clients⁶⁸⁴. Désormais, la loi du 13 avril 2016⁶⁸⁵ pénalise non plus les travailleurs du sexe mais les clients de ceux-ci. Une manière détournée d'interdire une nouvelle fois la prostitution par le simple mécanisme du changement de responsable : le travailleur du sexe est une victime, le client est un coupable. Pour autant, la réalité est-elle vraiment celle-ci ? Les travailleurs du sexe sont-ils tous des victimes ?

693. **La prostitution : entre libre choix et asservissement** – Lorsqu'il est question d'évoquer la prostitution, deux doctrines s'affrontent : la première considérant la prostitution comme une activité qui n'est pas exclusivement pratiquée sous la contrainte, la seconde qui soutient que la prostitution est le plus souvent une servitude où le client est maître de son plaisir et le travailleur du sexe un esclave. Afin de mieux comprendre ces deux pensées, nous pouvons mettre en confrontation les idées⁶⁸⁶ de Sylviane AGACINSKI et d'Élisabeth BADINTER, philosophes.

694. Pour Sylviane AGACINSKI, « *l'illusion serait pourtant de croire qu'un tel choix relève d'un pur libre arbitre, et que celle qui le fait n'est pas atteinte dans son intégrité physique et psychique. C'est la violence d'une situation qui l'oblige à ce choix (...) c'est aussi tout simplement pour survivre, pour se loger, pour manger et pour nourrir leurs enfants ou leur famille, que les femmes recourent généralement à la prostitution, d'autant plus qu'elles sont sollicitées ou recrutées par tous les moyens. Ainsi, rien n'est plus injuste que de les voir subir l'opprobre d'une société incapable de les protéger et contre la misère et contre le proxénétisme⁶⁸⁷* ». De plus, elle met en lumière l'inégalité existante entre les clients et les prostituées : « *Quelle que soit la grande diversité des profils précis des clients et des prostituées, on peut apercevoir quelle dissymétrie et quelle inégalité fondamentales*

⁶⁸⁴ V. MARCHAND, « La prostitution. Le licite et l'illégal », *L'En-droit – DGEMC*, 1^{er} mars 2020, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article63>

⁶⁸⁵ Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées ; E. PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Paris, Ed. La Musardine, Coll. « L'attrape-corps », 2019, 282 pages, pages 87 à 88.

⁶⁸⁶ Bien qu'elles évoquent uniquement la prostitution féminine, la pensée de ces philosophes est parfaitement transposable à la prostitution masculine, les hommes qui se prostituent pouvant également être les victimes d'une exploitation ou, à l'inverse, exercer cette activité librement.

⁶⁸⁷ S. AGACINSKI, « Prostitution : l'abolition face à la légalisation », *Le Débat*, volume 174, n° 2, 2013, pages 114 à 129.

structurent les marchés prostitutionnels : d'une part, les clients sont des hommes et les prostituées, des femmes ; d'autre part, les premiers appartiennent à toutes les classes sociales, des plus modestes aux plus favorisées, alors que les secondes sont des précaires, des exclues et des déclassées – principalement chômeuse et immigrées. Ces marchés sont donc construits à la fois sur la dissymétrie et l'inégalité des sexes, et sur des inégalités socio-ethniques⁶⁸⁸ ». La pensée de la philosophe est très claire : la prostitution est une activité qui favorise le plaisir d'un client et plonge le travailleur du sexe dans une précarité financière et une misère émotionnelle. Il est tout à fait possible de comprendre la position abolitionniste de la philosophe ; la prostitution étant une activité qui fait l'objet de nombreuses dérives.

695. Pour autant, d'aucuns considèrent que la prostitution, quand bien même est-elle source de problématiques, ne doit pas être perçue comme une activité d'asservissement. Telle est la pensée d'Élisabeth BADINTER : *« Je n'ai jamais pensé que la dignité d'une femme reposait sur la sexualité. Je suis favorable à la pédagogie sur la prostitution et les séquelles qui peuvent en résulter. Mais toutes les femmes n'ont pas le même rapport à leur corps. Dans certaines conditions, la prostitution est difficile à vivre, mais il y a des femmes pour lesquelles ce n'est pas aussi destructeur qu'on le dit (...). On prétend qu'il n'y a que la prostitution esclavagiste, dominée par les réseaux, où les femmes n'ont pas moyen de dire non. Mais il y a aussi des indépendantes et les occasionnelles, qui veulent un complément de ressources. Leur interdire de faire ce qu'elles veulent avec leur corps serait revenir sur un acquis du féminisme qui est la lutte pour la libre disposition de son corps (...) L'État n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus, à dire ce qui est bien ou mal⁶⁸⁹ »*. Pour la philosophe, le monde de la prostitution n'est pas uniquement composé d'individus réduit

⁶⁸⁸ S. **AGACINSKI**, « Prostitution : l'abolition face à la légalisation », *Le Débat*, Volume 174, n° 2, 2013, pages 114 à 129 ; Dans la même doctrine, voir M. **MARZANO**, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, volume 48, n° 2, 2008, pages 109 à 130.

⁶⁸⁹ G. **DUPONT**, « Prostitution : « L'État n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus » », 19 novembre 2013, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/11/19/prostitution-pour-elisabeth-badinter-l-etat-n-a-pas-a-legiferer-sur-l-activite-sexuelle-des-individus_3516272_3224.html ; à la pensée d'Élisabeth BADINTER, nous pouvons rajouter celle de Françoise GIL, sociologue, qui considère, de la même manière, qu'il n'est pas possible de rattacher systématiquement la prostitution à l'esclavage mais qu'elle peut également découler d'un libre choix, A. **PAULET**, « Prostitution: « 70 ans après la loi Marthe Richard, le constat est effrayant » », 13 avril 2016, *Le Figaro*, <https://www.lefigaro.fr/culture/2016/04/13/03004-20160413ARTFIG00160-prostitution-70-ans-apres-la-loi-marthe-richard-le-constat-est-effrayant.php>

à l'esclavage, bien qu'elle reconnaisse que ces situations existent. En effet, si bien des travailleurs du sexe tombent sous le joug de proxénètes et voient leur consentement à l'activité inconsidéré, d'autres revendiquent pleinement leur activité. Une manière pour eux, soit de connaître une situation financière stable, soit d'apprécier le jeu de la sexualité sous cette forme. Nombre de travailleurs du sexe ne sont pas des esclaves soumis à des proxénètes ou à une misère financière. Certains font le libre choix de s'adonner à l'activité prostitutionnelle sans qu'il soit nécessaire de considérer qu'ils ne peuvent librement l'avoir choisi.

696. Toute la difficulté du débat sur la prostitution repose sur le statut des travailleurs du sexe eux-mêmes, certains n'ayant pas le libre choix, d'autres si. Il est évident que mettre en avant le fait que la prostitution résulte toujours d'une liberté de choix ne peut être acceptable, tout comme il est impensable de considérer que chaque acte prostitutionnel est le fruit d'un esclavagisme. Chaque situation doit être appréciée spécifiquement. Néanmoins, la prostitution traversant les siècles, il est opportun d'analyser sa place au sein de la société et la possibilité qu'elle puisse présenter un certain intérêt social.

697. **La prostitution : une activité nécessaire ?** – Havelock ELLIS, dans ses *Études de psychologie sexuelle*⁶⁹⁰, note qu'en dehors de la fonction spécifique de la prostitution qui est d'assurer une « *dérivation de l'énergie sexuelle superflue* », elle offre « *comme un élément de gaieté et de variété dans la complexité ordonnée de notre vie moderne, de repos dans la monotonie de la routine mécanique, de distraction dans sa grisaille assommante et respectable* ». À la lumière de ses propos, une question se doit d'être posée : la prostitution est-elle nécessaire dans notre société ? Traversant les siècles et étant une activité dont l'intérêt n'a pas décliné depuis, la prostitution procure-t-elle un bienfait particulier ? Afin d'apporter une réponse à ce questionnement, nous pouvons analyser les avantages que suscitent l'activité prostitutionnelle, aussi bien du point de vue de ceux qui l'exercent que de ceux qui y ont recours.

⁶⁹⁰ H. ELLIS, *Études de psychologie sexuelle*, Paris, Ed. Mercure de France, 1933, 272 pages ; P. ANSART et Me A.-M. DOURLEN-ROLLIER, *La société, le sexe et la loi*, Paris, Ed. Casterman poche, Coll. « Vie affective et sexuelle », 1971, 168 pages, pages 100 à 101.

698. Tout d'abord, lorsqu'elle n'est pas pratiquée sous la contrainte, il est primordial de considérer la prostitution comme une profession ordinaire, une profession dans laquelle une personne propose un service sexuel à une autre. Le travailleur du sexe est un professionnel qui, par l'exercice du service sexuel qu'il rend, en tire des avantages financiers. Bien qu'il mette son corps au service d'une personne, il ne s'agit en aucune façon, ni de le vendre, ni de le louer. La vente, à l'instar de la location, nécessite de se déposséder définitivement, ou pour un certain temps, d'une chose qui nous appartient. Le travailleur du sexe, lorsqu'il s'adonne à sa profession, ne se dépossède pas de son corps. Celui-ci lui appartient toujours et il a, à tout moment, la possibilité de mettre fin à l'exercice du service qu'il propose. À la manière de nombre de professions, le travailleur du sexe octroie un service rémunéré et le fait qu'il mette à disposition son corps n'empêche en rien de considérer qu'il ne s'agit pas d'un service comme un autre. Tout comme le mannequin, le sportif ou l'acteur, le travailleur du sexe utilise son corps pour travailler. Toute la difficulté tient au fait que, ce qu'il propose, relève, de ce que beaucoup considèrent, comme du domaine de l'intime, de la vie privée. Pourtant, le champ de la vie privée se doit d'appartenir aux individus et ils doivent être les seuls à même de connaître leurs limites. Vouloir assimiler la prostitution à un esclavagisme moderne revient à nier une partie de la réalité : tous les travailleurs du sexe ne sont pas des esclaves contraints mais certains sont également des personnes libres qui revendiquent le droit d'exercer leur profession en toute légalité ; une profession leur offrant, lorsqu'elle est pratiquée en toute volonté et sans contrainte, sécurité financière et épanouissement personnel⁶⁹¹.

699. Ensuite, au-delà du fait que l'activité prostitutionnelle offre l'avantage d'une profession rémunérée permettant de subvenir à ses besoins et ceci comme nombre de professions où les individus mettent à disposition leur corps⁶⁹², la prostitution a un intérêt social profond. Dès lors qu'un individu s'offre les services d'un travailleur du sexe, il est

⁶⁹¹ Les manifestations ainsi que les associations et syndicats – STRASS, Médecins du monde – qui militent pour la reconnaissance légale de la profession de travailleur du sexe illustrent parfaitement le fait que la prostitution n'est pas uniquement une activité exercée sous la contrainte mais, dans certains cas, une véritable profession voulue et revendiquée ; **Maitresse Nikita** et T. **SCHAFFAUSER**, *Fières d'être putes*, L'altiplano, Coll. « Agit'prop », 2007, 128 pages ; G. **PARTENZA** et L. **RICHARDOT**, *Putes d'appellation contrôlée*, Max Milo Éditions, 2004, 176 pages.

⁶⁹² E. **MAZUYER**, « Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 8, 2015.

envisagé que le premier intérêt auquel il songe est l'acte sexuel en lui-même. Si d'aucuns n'y voient qu'une forme de perversité malsaine de satisfaire ses pulsions sexuelles, l'acte sexuel offert par le travailleur du sexe est bien plus que cela. La sexualité est une activité nécessaire pour l'épanouissement personnel et certains, malheureusement, en sont privés, que ceci soit en raison d'une grande solitude, d'une insatisfaction conjugale ou d'un besoin de combler un manque affectif ou physique, les individus ayant recours à la prostitution ne sont pas forcément des personnes voulant exercer une certaine domination sexuelle ou ayant un besoin profond de tenter l'aventure prostitutionnelle. Le travailleur du sexe n'est pas toujours un simple objet de désir, il est également un remède à certains maux. Il est fondamental de comprendre que si la pensée commune veut que bien des individus recourent à la prostitution parce qu'ils ne connaissent aucune barrière sexuelle, la réalité est bien différente : le recours à la prostitution suggère, dans la majeure partie des situations, une incapacité à assumer pleinement sa sexualité et le besoin d'une réelle oreille attentive, faisant du travailleur du sexe non pas un objet sexuel mais bien une catégorie de thérapeute dont le Droit ne cesse, depuis des siècles, d'en réglementer l'activité.

700. Comprendre la position actuelle du Droit en la matière nécessite d'envisager un retour en arrière : de l'atteinte aux bonnes mœurs à la violation du principe de dignité. Nous nous devons, dans un premier temps, de mettre de côté l'étude précise du lien entre liberté du consentement et principe de dignité et ceci dans une volonté d'appréhender plus aisément la manière dont s'articule le Droit dans ce domaine et ainsi comprendre pourquoi, finalement, la liberté de consentement ne prévaut pas nécessairement. L'étude de l'atteinte aux bonnes mœurs et de la consécration du principe de dignité sera le point de départ de notre analyse.

§ II – De coupable à victime

701. *La répression implicite de la prostitution, activité sexuelle immorale* – Si la condition de l'activité prostitutionnelle connut des fluctuations au fil des siècles, dès la période révolutionnaire – et ceci même si les codes en vigueur n'y faisaient aucune référence –, la prostitution va devenir une activité immorale, contraire aux bonnes mœurs et la lutte contre celle-ci apparaîtra comme un impératif moral de préservation de la

société⁶⁹³. Afin de mieux cerner le caractère immoral de l'activité prostitutionnelle, il faut s'intéresser à l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs.

702. Issue du droit romain, *boni mores*, les bonnes mœurs peuvent se définir, de manière prosaïque, comme telles : « *Ensemble des comportements propres à un groupe humain ou à un individu et considérés dans leurs rapports avec une morale collective*⁶⁹⁴ ». Juridiquement, les bonnes mœurs se déterminent ainsi : « *Ensemble des règles imposées par la morale et auxquelles les parties ne peuvent déroger par leurs conventions*⁶⁹⁵ ». La notion de « bonnes mœurs », dans notre système juridique, apparaît véritablement à l'ère de la Révolution française⁶⁹⁶. L'article 8 du Titre II du décret-loi du 19 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle prévoit que « *ceux qui seraient prévenus d'avoir attenté publiquement aux mœurs, par outrage à la pudeur des femmes, par actions déshonnêtes, par exposition ou vente d'images obscènes, d'avoir favorisé la débauche ou corrompu des jeunes gens de l'un ou l'autre sexe, pourront être saisis sur le champ et conduits devant le juge de paix, lequel est autorisé à les faire retenir jusqu'à la prochaine audience de la police correctionnelle* ». Véritable notion fourre-tout, l'outrage aux bonnes mœurs établi sous la Révolution réprimait aussi bien les actes malhonnêtes que les incitations à la débauche. À la lecture de cet article, il est difficile d'appréhender réellement les infractions réprimées tant elles sont diverses et variées. Sans référence précise à la prostitution, la volonté de préserver la moralité publique et l'impératif voulu de sauvegarder la société des mauvaises mœurs va engendrer la stigmatisation et la répression de la prostitution au nom même de ces valeurs⁶⁹⁷.

⁶⁹³ C. **PLUMAUZILLE**, « Du « scandale de la prostitution » à l'« atteinte contre les bonnes mœurs ». Contrôle de policier et administration des filles publiques sous la Révolution française », *Politix*, volume 107, n° 3, 2014, pages 9 à 31.

⁶⁹⁴ <https://www.cnrtl.fr/definition/moeurs>

⁶⁹⁵ H. **CAPITANT**, *Vocabulaire juridique, rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des juristes*, Paris, Ed. PUF, 1936, 530 pages.

⁶⁹⁶ D. **LOCHAK**, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique » in **CURAPP**, *Les bonnes mœurs*, Ed. PUF, 1994, 445 pages, pages 15 à 53.

⁶⁹⁷ C. **PLUMAUZILLE**, *Prostitution et Révolution. Les femmes publiques dans la cité républicaine (1789-1804)*, Paris, Ed. Champ Vallon, Coll. « La chose publique », 2016, 397 pages.

703. Ainsi, si dans un premier temps, la répression va connaître une portée générale en interdisant la violation des bonnes mœurs⁶⁹⁸, la prostitution, même si elle n'est pas visée expressément par les textes, va devenir, par la suite, un véritable fléau moral qui se devra d'être contrôlé. Un arrêté de la commune de Paris de 1793 va venir instaurer une réglementation à l'égard des « femmes de mauvaise vie » en interdisant le « raccrochage » et en permettant l'enfermement des travailleurs du sexe et leur contrôle sanitaire⁶⁹⁹. Dans le sillage de celui-ci, le Directoire va créer le Bureau central de police chargé de surveiller la moralité publique et notamment l'activité prostitutionnelle⁷⁰⁰.

704. L'absence de répression légale n'empêchera en rien la prostitution d'être considérée comme une activité immorale, contrevenant à la moralité publique. La volonté des politiques de l'époque était d'empêcher qu'une certaine immoralité gangrène la société, estimant que la prostitution en était le vecteur principal. La répression pour atteinte à la moralité publique et aux bonnes mœurs contrevenait nettement avec la liberté sexuelle instaurée durant la Révolution, un tel positionnement démontrant, une nouvelle fois, que la prostitution n'a jamais véritablement été considérée comme une activité sexuelle commune dans laquelle le simple consentement suffisait à la légitimer.

705. Si une certaine lutte débute dès la période révolutionnaire, l'adoption du Code pénal de 1810 va instaurer un système de réglementation. Ainsi, dès le règne de Napoléon Bonaparte – et des régimes successifs – l'enregistrement, l'inspection et la régularisation des travailleurs du sexe seront institués. Le but étant de régir le rôle et la place de la femme dans la société afin de préserver la société et la morale. *Quid* de la liaison entre bonnes

⁶⁹⁸ Article 8 du Titre II du décret-loi du 19 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle.

⁶⁹⁹ L'arrêté du 4 octobre 1793 prévoit l'interdiction expresse « à toutes filles ou femmes de mauvaise vie de se tenir dans les rues, promenades, places publiques, et d'y exciter au libertinage et à la débauche », C. **PLUMAUZILLE**, « Du « scandale de la prostitution » à l'« atteinte contre les bonnes mœurs ». Contrôle de policier et administration des filles publiques sous la Révolution française », *Politix*, volume 107, n° 3, 2014, pages 9 à 31 ; J.-O. **BOUDON**, *Le sexe sous l'Empire*, Ed. La Librairie Vuibert, 1^{ère} éd., 2019, 297 pages.

⁷⁰⁰ « Malgré des efforts inouïs, ils – les magistrats de police – ont la douleur d'être forcés d'avouer encore leur impuissance. Les filles publiques inondent cette cité, dont elles font la honte et le scandale ; les magistrats chargés de la police ne peuvent les atteindre, parce que les lois sont muettes », C.L. **LIMODIN**, *Réflexions générales sur la police, par le citoyen Limodin*, S. 1, an V, pages 1 à 2 ; C. **PLUMAUZILLE**, « Du « scandale de la prostitution » à l'« atteinte contre les bonnes mœurs ». Contrôle de policier et administration des filles publiques sous la Révolution française », *Politix*, volume 107, n° 3, 2014, pages 9 à 31 ; J.-O. **BOUDON**, *Le sexe sous l'Empire*, Ed. La Librairie Vuibert, 1^{ère} éd., 2019, 297 pages.

mœurs et prostitution ? Tout d'abord, en ce qui concerne la notion de « bonnes mœurs », la section IV du chapitre I du Livre II du Code pénal s'intitulera « Attentats aux mœurs ». De ce fait, il est envisageable de considérer que le législateur de l'époque admettait que certains actes étaient contraires aux bonnes mœurs. Quelles sont les infractions qui entraient dans cette catégorie ? Le législateur y a intégré plusieurs infractions telles que l'outrage public à la pudeur⁷⁰¹, l'attentat à la pudeur⁷⁰², le viol⁷⁰³, le proxénétisme⁷⁰⁴ et l'excitation à la débauche et la corruption des mineurs⁷⁰⁵. Si les infractions comprises dans l'article 8 du décret-loi semblaient n'avoir aucun véritable point commun, hormis le fait qu'elles portaient atteinte aux bonnes mœurs, avec l'instauration de ces nouveaux articles, il semble que le législateur se rattache à un dénominateur commun : la sexualité. Pour autant, si les infractions comprises dans cette section semblent entrer dans le champ de la sexualité, aucune ne réprime expressément la prostitution. Pourquoi s'intéresser ainsi à une telle législation si celle-ci ne possède aucune relation avec l'activité prostitutionnelle. Toute la difficulté tient au fait que malgré l'absence légale de textes réprimant la prostitution, celle-ci n'était pas pour autant considérée comme une activité morale. En outre, si depuis la Révolution française, la liberté sexuelle était la règle, la prostitution était une activité empreinte d'immoralité qui se devait d'être étroitement surveillée⁷⁰⁶.

706. « *L'arrestation sans mandat, l'incarcération préventive sans délits, l'emprisonnement sans jugement ni appel : telle est la trilogie pour les prostituées*⁷⁰⁷ ». Les écrits de l'ancien policier décrivent avec une admirable justesse la manière dont était abordée la prostitution durant ces temps. Précisons cependant ces propos. Alors qu'il n'existe aucune interdiction de la prostitution, les travailleurs du sexe vont se voir infliger

⁷⁰¹ Article 330, Ancien Code pénal.

⁷⁰² Article 331, Ancien Code pénal.

⁷⁰³ Article 332, Ancien Code pénal.

⁷⁰⁴ Article 334, Ancien Code pénal.

⁷⁰⁵ Article 334-2, Ancien Code pénal.

⁷⁰⁶ D'aucuns ont tenté de proposer un contrôle basé sur la création d'un établissement public pouvant accueillir les personnes s'adonnant à la prostitution. Un projet qui fut totalement écarté, les autorités considérant que « *ce serait rendre légal et naturel un des penchants les plus honteux pour l'humanité, un établissement de cette nature mènerait incessamment à ne plus rougir d'un excès qui déshonore les hommes de tout âge et avancerait de beaucoup la dépravation des mœurs* », AN, F7 3025, RENAUD DE BECOURT, *Projet d'établissement public proposé au gouvernement et tendant à la réduction des filles du monde*, mai 1806 ; J.-O. **BOUDON**, *Le sexe sous l'Empire*, Ed. La Librairie Vuibert, 1^{ère} éd., 2019, 297 pages.

⁷⁰⁷ L. **HAMON**, *Police et criminalité, impressions d'un vieux policier*, Ed. E. Flammarion, 1900, 455 pages.

tout un panel de moyens répressifs pour contrevenir à l'exercice de leur activité. « *La police exerce un contrôle qui conduit à de fréquentes arrestations, accompagnées de contrôle sanitaire, liées à l'obsession (...) des maladies vénériennes*⁷⁰⁸ ». Plus précisément, « *si, d'un point de vue du droit, la prostitution n'est pas un délit, « les filles publiques forment, dans la société, une classe à part, pour laquelle la liberté n'est qu'un vain mot (...). La société au nom de la morale, au nom du bon ordre qu'elle est chargée de maintenir, s'attribue à leur égard l'arbitraire le plus absolu. Pour elles, ce droit primordial qu'a tout individu de n'être arrêté, ni détenu que sur l'ordre d'un juge d'instruction, n'existe pas. Sur des simples apparences, sur des indices trompeurs (...) presque toujours incertains, les agents spéciaux de la police des mœurs les arrêtent*⁷⁰⁹ » (...) *la police dispose d'un pouvoir indépendant de la justice*⁷¹⁰ ».

707. Pourquoi, alors même que le Code pénal ne la réprime pas, la prostitution est-elle devenue la bête noire des autorités judiciaires ? « *C'est au nom de la moralité et de la santé publiques (...) Si la prostitution n'est pas un délit, on considère néanmoins qu'elle constitue un métier immoral et dangereux (...) Le but de l'administration était de sauvegarder à la fois la pudeur et la santé publiques*⁷¹¹ ».

708. La référence aux bonnes mœurs va perdurer durablement dans le système pénal français. Si la notion a été retirée du Code pénal en 1992, son influence n'a pas pour autant disparue, les bonnes mœurs adoptant désormais le visage de la dignité.

709. **Le principe de dignité : une nouvelle morale imposée** – « *Les bonnes mœurs sont condamnées, en tant que norme juridique, du fait de la liberté (...) parce qu'elles sont libres, (les) mœurs ne sauraient relever du jugement d'un tiers : elles n'ont pas à être bonnes*⁷¹² ». Si l'affirmation de Dominique FENOUILLET à l'encontre des bonnes mœurs se doit d'être

⁷⁰⁸ J.-O. BOUDON, *Le sexe sous l'Empire*, Ed. La Librairie Vuibert, 1^{ère} éd., 2019, 297 pages.

⁷⁰⁹ J. JUSTIN, *La liberté individuelle et la police des mœurs*, Thèse de doctorat, Droit, Dijon, 1894, 286 pages, pages 118 à 119.

⁷¹⁰ J.-M. BERLIÈRE, « Police et libertés sous la III^e République : le problème de la police des mœurs », *Revue historique*, avril-juin 1990, volume 283, n° 2, pages 235 à 275.

⁷¹¹ *Ibidem*.

⁷¹² D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! » in Collectif, *Le Droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Ed. Litec, 2001, 1023 pages, pages 487 à 493.

approuvée, elle mérite d'être nuancée. Certes, l'adoption du nouveau Code pénal a engendré la disparition de la notion même de bonnes mœurs ; pour autant, évoquer avec fermeté leur condamnation – et *a fortiori* leur disparition – c'est occulter véritablement la portée et l'héritage laissés de l'usage par le Droit, depuis la Révolution, de la notion de bonnes mœurs. Quand bien même le législateur de 1992 a fait le choix de ne plus envisager la qualification de certaines infractions par rapport à l'atteinte qu'elles pouvaient porter aux bonnes mœurs, la consécration de certains principes démontre qu'il n'a pu pleinement se détacher de l'importance qu'il accorde à la protection d'une certaine morale. Afin d'étayer notre analyse, il faut inévitablement s'intéresser au principe de dignité. Apparue au sortir de la Seconde Guerre mondiale⁷¹³, ce principe est devenu le nouveau masque de l'ancienne notion de bonnes mœurs.

710. Si nous nous référons à la langue française, les termes « bonnes mœurs » et « dignité » ne connaissent pas la même définition. Pourtant, il est établi, par nombre de juristes⁷¹⁴, que le principe de dignité est l'héritier direct de la notion de « bonnes mœurs ». Comment cela s'explique-t-il ? Premièrement, nous devons nous intéresser à la lettre même du Code pénal. Dès 1992, le Code pénal connaît la disparition pure et simple de la notion de « bonnes mœurs⁷¹⁵ ». Une telle décision tient au fait qu'il était considéré que celle-ci revêtait une connotation excessivement morale. Néanmoins, de tout temps, et ceci même si ce n'est pas de son devoir, le Droit s'est porté garant de la morale de ses justiciables. De ce fait, au vu de la place prépondérante et ancienne de la morale dans la matière juridique, il était difficile pour le législateur de 1992 de bannir formellement le respect de la moralité de sa nouvelle législation. Ainsi, pour pallier la disparition des bonnes mœurs, le législateur s'est emparé d'un principe relativement nouveau : le principe de

⁷¹³ Une étude plus approfondie du principe de dignité sera consacrée postérieurement dans la thèse. Il s'agit ici de définir succinctement le principe de dignité afin d'analyser son opposition avec la liberté du consentement.

⁷¹⁴ La liste présentée ci-après n'est pas exhaustive. P. **MISTRETTA**, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, volume 2, n° 2, 2017, pages 273 à 279 ; S. **PAPILLON**, « La dignité, nouveau masque de la moralité en droit pénal », *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], n° 4, 2018 ; D. **BORRILLO** et D. **LOCHAK**, *La liberté sexuelle*, Ed. PUF, 2005, 238 pages ; F. **CHARLIN**, « La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine ? Le juge dans l'histoire : entre création et interprétation du droit », juin 2014, Société d'Histoire du droit, Journées internationales de Ljubljana, France.

⁷¹⁵ Si le Code pénal n'évoque plus les bonnes mœurs, cette notion est toujours présente au sein de certains codes tels que le Code civil, le Code du travail, le Code de commerce ou encore, le Code de l'éducation.

dignité. Ainsi, en 1992, alors même que nous pensions, avec la disparition de la notion de bonnes mœurs, que le législateur ne se référerait plus à la morale, il a intégré un chapitre consacré au principe de dignité intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ».

711. À la lumière des articles qui le compose, nous nous rendons facilement compte que le chapitre dédié à la dignité est, comme, en son temps, l'article 8 du Titre II du décret-loi du 19 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, un chapitre fourre-tout. Il contient, à la fois, la prohibition de la discrimination, de la traite des êtres humains, des thérapies de conversion, des examens en vue d'attester de la virginité, de la dissimulation forcée du visage, du proxénétisme, du recours à la prostitution, de l'exploitation de la mendicité, de l'exploitation de la vente à la sauvette, du bizutage, ainsi que le respect de certaines conditions d'hébergement et le respect dû aux morts⁷¹⁶. C'est dire ô combien ce chapitre ne suit aucune véritable ligne conductrice. Il mêle, tout à la fois, la mort, la sexualité, la pauvreté, le sexe, le genre, le logement. Il n'existe aucun lien entre toutes ces infractions. Comment expliquer que celles-ci aient été réunies dans un même chapitre ? La volonté du législateur est simple : chaque infraction citée se réfère, de quelque manière que ce soit, au respect d'une certaine morale. Il était essentiel que la tradition de la préservation de la morale émise par le Droit depuis des siècles ne soit pas totalement abolie. En décidant d'instaurer le respect du principe de dignité, le législateur a tenu à garder le rôle des bonnes mœurs.

712. Ensuite, il faut mettre en avant le fait que si la notion de bonnes mœurs entendait régir la morale d'une société⁷¹⁷, le principe de dignité a pour vocation de diriger la morale individuelle⁷¹⁸. Les bonnes mœurs protégeaient la société contre l'immoralité, le principe de dignité protège la moralité des individus, une moralité qui s'illustre par l'adoption

⁷¹⁶ Articles 221-1 à 227-33, Code pénal.

⁷¹⁷ N. DEFFAINS et B. PY, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, 416 pages, page 87.

⁷¹⁸ Comme le dit très justement Patrick MISTRETTA, « *c'est dire qu'une certaine continuité dans l'utilisation des mœurs par le droit se constate au prix simplement d'un changement de paradigme perceptible dès l'adoption du code pénal nouveau qui a très clairement entendu appréhender les mœurs davantage au travers de la personne que globalement à l'échelle de la société* », P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, volume 2, n° 2, 2017, pages 273 à 279 ; N. DEFFAINS et B. PY, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, 416 pages, pages 71 à 72.

individuelle d'un comportement digne et le respect de la dignité de chacun. Avec la consécration de ce principe, le législateur se concède le devoir d'intervenir dans la sphère privée afin de limiter les comportements sexuels qu'il estime immoraux. Le législateur ne protège plus la moralité publique, mais la moralité que se doit d'avoir chaque personne. Si d'antan, la prostitution violait l'ordre moral de la société, désormais, la prostitution se caractérise comme un acte qui viole la dignité de celui qui s'y adonne. Lorsqu'il est question de la prostitution, le Droit ne se fonde pas sur le licite et l'illicite mais sur le moral et l'immoral, le bien et le mal, le digne et l'indigne. Certes, nous direz-vous, la prostitution n'est plus une infraction pénale et les travailleurs du sexe, jadis considérés comme des coupables, sont de nos jours perçus comme des victimes, pour autant, toute activité qui gravite autour de la prostitution demeure interdite et ceci au nom de la protection de la dignité de la personne humaine. Précisément, « *la dignité semble faire échec à toute logique consensualiste, imposant aux travailleurs du sexe le statut de victime, quand bien même ces derniers ne le ressentiraient pas ainsi. Si le viol ou l'agression sexuelle ne sont sanctionnés qu'en absence de consentement, le droit pénal français n'effectue aucune distinction entre la prostitution consentie et la prostitution contrainte. Le client ainsi que le proxénète sont pénalement réprimés quand bien même la prostitution serait choisie par la personne travailleuse du sexe*⁷¹⁹ ». Sous couvert de protéger la dignité des êtres humains, le législateur n'a qu'une seule véritable volonté : préserver les bonnes mœurs, que ce soit celles de la société, ou celles de chaque individu.

713. Dès cet instant, le lien entre bonnes mœurs et dignité s'éclaire. Il faut, dès à présent, envisager la manière dont le principe de dignité s'oppose à la liberté du consentement. L'étude des interdictions associées à l'activité prostitutionnelle amorcera la compréhension de la limitation de la liberté du consentement par le principe de dignité.

714. ***La prostitution en droit positif : activité tolérée, activité entravée*** – Le Droit, s'il ne définit pas expressément la prostitution⁷²⁰, y porte un intérêt majeur. En effet, la

⁷¹⁹ S. PAPIILLON, « La dignité, nouveau masque de la moralité en droit pénal », *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], n° 4, 2018.

⁷²⁰ Si la prostitution n'est pas définie dans les textes légaux, la Cour de cassation, dès 1912, en a donné une définition. Pour la Haute juridiction, la prostitution se caractérise comme « *le fait d'employer son corps, moyennant une rémunération, à la satisfaction des plaisirs du public, quelle que soit la nature des actes de* ...

prostitution est une activité considérée à la fois comme tolérée, mais également comme illégale ; tout dépend de la place de la personne dans le système prostitutionnel et des conditions de son exercice. Dans son ouvrage intitulé *Sociologie de la prostitution*⁷²¹, Lilian MATHIEU nous permet de comprendre précisément l'oscillation du Droit entre tolérance et interdiction : « *il existe donc un champ pénal de la prostitution, mais ce champ pénal n'est pas autonome. La prostitution n'étant pas réprimée par principe, l'intervention du droit pénal ne se justifie que lorsque le pénal de la prostitution rencontre un champ pénal « traditionnel ».* Ainsi, la prostitution peut résulter ou entraîner une contrainte, aussi le champ pénal de la prostitution s'entremêle-t-il au champ pénal de la violence. De même, lorsque la personne prostituée n'a pas dix-huit ans, le champ pénal de la prostitution rencontre celui de la minorité. Un semblable raisonnement peut conduire à mêler les champs pénaux de la prostitution et de la vulnérabilité. Dès lors, le droit français tolère la prostitution à condition qu'elle soit libre, indépendante ». Pour autant, s'il semble qu'en dehors des interdictions légales, la prostitution est une activité tolérée, ceci n'est pas nécessairement le cas. La tolérance se doit de supposer que, même si elle n'est pas autorisée, la pratique n'est pas interdite. Pourtant, la prostitution connaît des entraves juridiques.

715. La première des entraves est la pénalisation des clients des travailleurs du sexe. Aux termes de l'article 611-1 du Code pénal : « *Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe* ». La contravention devient délit en cas de récidive⁷²². Une entrave qui n'est pas des moindres puisque pénaliser le client

lubricité accomplis », Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 novembre 1912. La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 mars 1996, qualifiait, de nouveau, la prostitution comme l'action qui consiste à « *se prêter, moyennant rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* », Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 mars 1996, pourvoi n° 95-82016 ; N. DEFFAINS et B. PY, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, 416 pages, pages 361 à 362.

⁷²¹ L. MATHIEU, *Sociologie de la prostitution*, Ed. La Découverte, 2015, 128 pages.

⁷²² Article 225-12-1, Code pénal : « *Lorsqu'il est commis en récidive dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11, le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une*

revient indubitablement à pénaliser, de manière détournée, le travailleur du sexe lui-même. L'idée est nette : vous pouvez vous adonner à la prostitution sans crainte d'être poursuivi, néanmoins, les personnes auxquelles vous octroyez un service, à charge de rémunération, ne peuvent le solliciter sous peine de violer la loi. Le système mis en œuvre par le législateur est particulièrement sournois, oscillant entre égards à l'encontre des travailleurs du sexe et mépris de leur activité.

716. La seconde entrave est l'impossibilité d'exercer son activité en toute sécurité, dans un lieu clos, offrant confort et discrétion. L'article 225-10 du Code pénal prévoit que « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende le fait, par quiconque, agissant directement ou par personne interposée (...) 2° Détenant, gérant, exploitant, dirigeant, faisant fonctionner, finançant ou contribuant à financer un établissement quelconque ouvert au public ou utilisé par le public, d'accepter ou de tolérer habituellement qu'une ou plusieurs personnes se livrent à la prostitution à l'intérieur de l'établissement ou de ses annexes ou y recherchent des clients en vue de la prostitution* ». La prostitution est souvent une activité de rue, les travailleurs du sexe sillonnant les trottoirs dans l'attente d'être abordés par des clients potentiels. Toujours est-il que travailler dans la rue peut s'avérer particulièrement dangereux. Outre les conditions d'exercice – les longues et froides nuits d'hiver et le manque de confort lors de la prestation – les travailleurs du sexe sont exposés à la potentielle malveillance voire agressivité des clients et autres rôdeurs de nuit. Afin de pallier de telles agressions, certains optent pour la location d'une chambre au sein d'un établissement hôtelier, une alternative leur offrant confort et sécurité. Pourtant, s'il semble que ceci soit une solution acceptable, encore une fois, la loi vient entraver l'activité prostitutionnelle en assimilant les hôteliers à des proxénètes, obligeant, de nouveau, les travailleurs du sexe à exercer leur activité dans des lieux pouvant réduire leur sécurité. Certes, nombreux sont ceux qui tirent profit des ressources perçues par les travailleurs du sexe, néanmoins les hôteliers, par le simple fait de louer une chambre, ne devraient pas être assimilés à des proxénètes. À l'instar des travailleurs du sexe, l'hôtelier offre un service – une chambre – et celui-ci doit être rémunéré pour ce service, rien ne

personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de 3 750 € d'amende ».

motive le fait qu'il soit assimilé à un proxénète tant que la rémunération qu'il perçoit n'est justifiée que par la location d'une chambre au sein de son établissement. L'infraction de proxénétisme ne devrait être dès lors constituée que si, outre la rémunération de la chambre, l'hôtelier perçoit un pourcentage sur chaque service du travailleur du sexe. À la lumière de ces informations, nous nous apercevons qu'une nouvelle fois, la loi, même si elle tolère la prostitution, met tout en œuvre pour en entraver l'exercice, préférant laisser ces « victimes » dans la rue en réduisant considérablement leur sécurité.

717. Enfin, une troisième entrave est à déplorer : l'ingérence dans la vie privée des travailleurs du sexe. L'article 225-6 du Code pénal prévoit que « *est assimilé au proxénétisme et puni des peines prévues par l'article 225-5 le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit : (...) 3° De ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ; (...)* ». Précisément, les concubins⁷²³ ainsi que les époux⁷²⁴ peuvent être considérés comme proxénètes dès lors qu'ils ne peuvent justifier de ressources correspondant à leur train de vie. Si depuis l'abrogation de l'ancien Code pénal, le simple fait de vivre avec un travailleur du sexe ne vous classe pas dans la catégorie des proxénètes, la nouvelle disposition n'est pas parfaitement protectrice pour le conjoint, certains pouvant parfois se retrouver dans une situation provisoire les contraignant à devoir s'appuyer sur leur conjoint, travailleur du sexe, pour subvenir à leurs besoins. Toute situation financière au sein d'un couple ne doit pas être assimilée à du proxénétisme, les aléas de la vie pouvant parfois obliger ces couples à vivre sur la rémunération prostitutionnelle. De plus, au-delà du fait que le travailleur du sexe ne puisse disposer librement de son corps au nom du

⁷²³ « Pour le déclarer coupable, l'arrêt confirmatif attaqué, (...) énonce, par adoption de motifs, que le prévenu avait accepté que la femme avec qui il vivait se prostituât ; qu'il a reconnu que celle-ci contribuait avec lui à l'entretien de leur ménage, participant notamment au paiement des loyers ; que les juges précisent enfin que cette personne, ayant fait l'acquisition de deux voitures, en laissait une en permanence à la disposition de Michel Z. ; Attendu qu'en l'état de ces constatations qui caractérisent à la charge du prévenu le délit de partage des produits de la prostitution d'autrui, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision », Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 octobre 1995, pourvoi n° 94-85.036.

⁷²⁴ « Est justifiée la condamnation pour proxénétisme prononcée contre un homme marié pour avoir accepté de sa femme des sommes d'argent provenant de la prostitution de celle-ci (...). Le Code pénal ne met pas en cause le droit d'une prostituée de contracter mariage et celui de son époux de vivre avec elle, mais tend seulement à sanctionner la remise des produits de la prostitution à ce dernier », Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 juin 1980, pourvoi n° 79-93.998.

principe de dignité, une telle entrave contrevient à la libre disposition financière des travailleurs du sexe.

718. En tout état de cause, quelle que soit la nature de l'entrave – pénalisation des clients, répression du « proxénétisme hôtelier » ou du « proxénétisme conjugal » –, celle-ci est justifiée par la violation du principe de dignité, le législateur considérant que le recours à la prostitution ainsi que le fait de tirer un quelconque avantage financier de la prostitution est une atteinte à la dignité de la personne ; des infractions étant insérées dans le chapitre du Code pénal relatif aux atteintes à la dignité de la personne humaine.

719. Ériger le recours à la prostitution ou le proxénétisme hôtelier en violation du principe de dignité n'est pas la seule conséquence. Au-delà du fait que le législateur considère que de tels actes violent ce principe, celui-ci entrave la liberté du consentement des personnes s'adonnant à la prostitution. En effet, restreindre les possibilités d'exercer l'activité prostitutionnelle c'est indubitablement limiter le consentement des individus. Bien qu'ils donnent leur consentement à un acte, le principe de dignité met en exergue le fait qu'un tel consentement ne doit pas être pris en considération. Certes, vous consentez à vous prostituer mais votre liberté de consentement sera limitée par le respect de votre dignité. Finalement, la question qui se pose, dès à présent, est la suivante : quelle est la valeur du consentement ?

720. **La valeur du consentement** – « Elle est une activité privée que chacun(e) est libre d'exercer à sa guise, mais le seul fait d'user de cette liberté atteste une altération du libre arbitre appelant un secours adapté⁷²⁵ ». Une telle pensée illustre parfaitement l'esprit du Droit – et de la société – à l'égard de l'activité prostitutionnelle. Il s'agit d'une activité qui relève de la vie privée et à laquelle chacun est libre de s'adonner mais c'est une activité qui, finalement, ne peut être exercée en toute liberté puisqu'offrir des services sexuels ne peut, en toute vraisemblance, être un libre choix. Au-delà du fait que le choix d'exercer l'activité prostitutionnelle ne peut jamais être considéré comme parfaitement libre, le consentement connaît une dévalorisation au profit d'autres principes juridiques, le principe de dignité en limitant considérablement la portée. Eu égard à ces observations, il est

⁷²⁵ E. LE, « La construction juridique de la prostitution. Trois récits différenciés », *Cahiers du genre*, n° 57, 2014, pages 139 à 158.

pertinent de se demander quelle est véritablement la valeur du consentement ? *Quid* de la valeur du consentement lorsqu'il semble contrevenir à des valeurs morales socialement tenues pour essentielles ?

721. En théorie, si nous réduisons le consentement à la simple action de dire « oui », celui-ci s'analyse très aisément. Chaque acte sera légitimé par l'expression de la volonté de l'auteur du consentement et qu'importe ce à quoi il consent, ceci sera pleinement justifié en raison de l'accord qu'il aura donné. Finalement, appréhendé de cette manière, le consentement est une notion d'une grande simplicité. Pourtant, en pratique, ceci s'avère bien plus complexe. Bien que le consentement se manifeste par un accord donné, chaque accord ne possèdera pas la même valeur et dans certaines situations même, le consentement ne disposera d'aucune valeur⁷²⁶. Véritable pilier de la volonté humaine, comment expliquer, qu'en certaines circonstances, le consentement des individus puisse connaître une dévalorisation ?

722. La première⁷²⁷ des explications se trouve dans l'idée même que la prostitution, par ses caractéristiques réunissant sexualité et argent, ne peut pas être librement consentie. D'un point de vue moral, la sexualité est perçue comme caractérisant les rapports amoureux desquels découlent la procréation et non comme un rapport économique dénué

⁷²⁶ « Aussi séduisant soit-il, le consentement de la victime ne pourrait assurément pas tout en droit pénal (...), dans la mesure où ce qui peut être consenti au regard de l'intérêt particulier d'un quidam n'est pas forcément admissible au regard de l'intérêt général de la société tout entière. C'est précisément au vu de cette essence fondamentale du droit pénal que le consentement de la victime est, de principe, encore aujourd'hui, inopérant à titre de fait justificatif général d'une infraction pénale. Autrement dit, quand bien même une victime consent à la commission de l'infraction, son consentement ne peut rendre systématiquement irresponsable pénalement l'auteur de cette infraction pourtant consentie », C. **HARDOUIN-LE GOFF**, « Grandeur et décadence du consentement en droit pénal », *Les Cahiers de la Justice*, volume 4, n° 4, 2021, pages 573 à 582. Pour mieux cerner l'inopérance du consentement comme fait justificatif, il est utile de s'en référer à l'affaire relative au cannibalisme perpétré sur une victime consentante : BVerfG, décision de la 2^e chambre du deuxième sénat du 7 octobre 2008 ; C. **SAAS** et S. **TRAUTMANN**, « Actualités du droit pénal allemand », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n° 197.

⁷²⁷ En parallèle, certains auteurs tels que la psychologue Melissa **FARLEY** mettent en avant le fait que « la prostitution relève d'un état de stress-post-traumatique qui trouve son origine privilégiée dans des violences sexuelles subies durant l'enfance, violences que l'exercice de la prostitution – aggravé par les exactions des proxénètes et des clients – viendrait continuellement renouveler ». Bien que présentant un certain intérêt dans la compréhension de l'activité prostitutionnelle, cette analyse psychologique ne sera pas développée dans notre étude ; M. **FARLEY** et *al.*, « Prostitution in five countries : violence and post-traumatic stress disorder », *Feminism & Psychology*, volume 8, n° 4, pages 405 à 426 ; L. **MATHIEU**, *Sociologie de la prostitution*, Ed. La Découverte, 2015, 128 pages, pages 71 à 94.

de toute forme de sentiments. Il n'est, dans cette perspective, pas acceptable d'imaginer que les individus puissent se donner sexuellement de manière volontaire en échange d'une rémunération. Au-delà de l'impossibilité d'envisager la moralité des relations sexuelles rémunérées, les travailleurs du sexe sont assimilés à des victimes, les victimes d'une puissance économique. Le choix de la prostitution ne serait gouverné que par un processus de résignation, les individus abdiquant à exercer une telle activité pour subvenir à leurs besoins quitte à délaissé leur morale et leur intimité. Ainsi, « *la nécessité dans laquelle se trouve la(e) prostitué(e)s de concéder un échange entre argent et utilisation de tout ou partie du corps (...) est souvent énoncée comme coercitive en même temps qu'évidente ; elle pose dans l'imaginaire l'impossibilité d'un choix véritable*⁷²⁸ ». Parallèlement, l'activité prostitutionnelle est présentée comme un rapport de force entre puissants et faibles, respectivement entre clients et travailleurs du sexe. Michaela MARZANO, philosophe s'étant grandement intéressée à la notion de consentement, déclare que « *le problème est que défendre la prostitution sur la base du consentement signifie ne pas prendre en compte les conditions véritables à l'intérieur desquelles un individu choisit. Cela signifie ignorer plus ou moins volontairement le phénomène de la domination et des rapports économiques. Même lorsqu'il n'est pas question de traite ou d'esclavage sexuel, c'est une manière abstraite de raisonner, à la façon des économistes postulant que l'homme est un homo œconomicus, un agent rationnel qui s'autodétermine après avoir fixé les fins qu'il vise et avoir délibéré sur les moyens nécessaires à les atteindre. Et cela, sans considération du fait que le droit à l'autodétermination peut, surtout si on met entre parenthèses les conditions réelles de vie de chacun, renforcer l'oppression des plus faibles et le pouvoir des plus forts*⁷²⁹ ». Il est nécessaire d'émettre une critique sur la pensée de MARZANO. Certes, en instaurant le concept d'échange économique, la prostitution entre dans un rapport service/argent mais n'est-ce pas le cas de la majeure partie des professions ? Le métier d'avocat, d'architecte ou encore, celui d'artisan ne se présente-t-il pas de la même manière ? Un service en échange d'une rémunération ? La véritable difficulté émise par la philosophe est le rapport de force instauré. Pour autant, le système hiérarchique existant

⁷²⁸ P. CANARELLI et C. DESCHAMPS, « La fabrique de la passe », *Sociétés*, volume 99, n° 1, 2008, pages 47 à 60.

⁷²⁹ M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, volume 48, n° 2, 2008, pages 109 à 130.

n'est-il pas en lui-même un rapport de force égal à celui présenté dans l'activité prostitutionnelle, un rapport de force dans lequel le travailleur, le faible, se doit de respecter les ordres donnés par son supérieur, le puissant. De plus, le motif de la résignation n'est-il pas simplement fondé sur un problème moral ? Chaque individu travaille pour subvenir à ses besoins et nombre de travailleurs sont, comme les travailleurs du sexe, contraints d'exercer un métier qu'ils n'avaient pas envisagé. Pourquoi ne pas considérer, dans ce cas, que leur consentement au travail n'a aucune valeur ? Tout repose, encore une fois, sur la transgression d'une certaine morale, celle-ci étant accentuée depuis quelques décennies par la violation du principe de dignité. En résumé, il ne faut pas se demander pourquoi il consent mais seulement est ce qu'il consent. Qu'importe les raisons de son consentement, c'est le consentement qui est primordial en Droit. Les raisons attachées au consentement ne relèvent que de la psychologie. Le Droit doit s'en tenir à ses limites : il n'est ni psychologue, ni sociologue. Il ne peut lui être demandé de maîtriser tous ces domaines, quitte à se perdre dans son fondement premier : permettre aux citoyens de vivre dans un monde juste.

723. Au-delà de la dévalorisation du consentement par le jeu des rapports économiques, le consentement se heurte à un autre obstacle : le principe de dignité. Il est une affirmation qui se doit, dès cet instant, d'être faite : nul droit, nulle liberté n'est absolue. Chaque droit, chaque liberté connaît des limites. C'est de ce constat que tire toute la substance de l'opposition entre liberté du consentement et droit à la dignité. Comment le principe de dignité limite-t-il la liberté de consentement des travailleurs du sexe ? La réponse se trouve dans la manière dont le droit français perçoit la prostitution. S'il ne la condamne pas directement, il considère qu'il s'agit d'une activité incompatible avec la dignité humaine⁷³⁰, notamment par la considération même que les travailleurs du sexe sont des victimes auxquelles le respect de leur dignité se doit d'être assuré par la répression de certains acteurs de la prostitution : clients, proxénètes, ... D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC relative à la pénalisation du recours à la prostitution, a confirmé la nécessité de

⁷³⁰ Par décret du 25 novembre 1960, la France a ratifié la Convention de New York du 2 décembre 1949 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui qui estime, dans son préambule, que « *la prostitution et le mal qui l'accompagne, à savoir la traite des êtres humains en vue de la prostitution, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine et mettent en danger le bien-être de l'individu, de la famille et de la communauté* ».

protéger la dignité de la personne prostituée. Il déclare que « *D'une part, il ressort des travaux préparatoires que, en faisant le choix par les dispositions contestées de pénaliser les acheteurs de services sexuels, le législateur a entendu, en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, activités criminelles fondées sur la contrainte et l'asservissement de l'être humain. Il a ainsi entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre ces formes d'asservissement et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions. D'autre part, l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen. Si le législateur a réprimé tout recours à la prostitution, y compris lorsque les actes sexuels se présentent comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, il a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées. En prohibant cette demande par l'incrimination contestée, le législateur a retenu un moyen qui n'est pas manifestement inapproprié à l'objectif de politique publique poursuivi*⁷³¹ ». Une telle décision se doit d'être analysée. Dans son argumentaire, le Conseil rappelle que la prostitution est une activité contraire à la dignité humaine notamment lorsqu'elle est exercée sous pression, menace ou contrainte. Tel est le cas lorsque les travailleurs du sexe sont soumis à la domination d'un proxénète. Quand bien même nous considérons le principe de dignité humaine comme un principe hautement moral, nous concevons la nécessité de réprimer de telles pratiques, bien que nous préférions que le principe avancé soit davantage juridique que moral. Néanmoins, la suite de la décision est particulièrement intéressante quant au lien entre consentement et dignité. Le Conseil, s'il évoque en premier lieu, la prostitution soumise ou forcée, met en évidence une seconde forme de prostitution : la prostitution librement consentie entre adultes. Qu'en dit-il ? Si nous pouvons penser qu'au regard du libre consentement, le Conseil considérerait qu'au

⁷³¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-761 QPC, 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres*.

vu de l'absence d'asservissement, le consentement primerait sur le principe de dignité, ceci n'est pas le cas. Pourquoi valider la pénalisation des clients dans un contexte où la prostitution est exercée en toute volonté ? Pour les Sages de la rue Montpensier, même si la prostitution peut être une pratique librement accomplie, la grande majorité des travailleurs du sexe sont des victimes qui doivent recevoir protection. Ainsi, en considérant cet état de fait, le Conseil fait fi de toute une partie qui revendique la pratique au nom de la liberté du consentement, composante de la liberté sexuelle. La norme – la norme comprise en tant que majorité – en la matière étant l'asservissement, il n'est point nécessaire de se donner la peine de régir les comportements volontaires, alors même que chaque travailleur du sexe ne se considère pas comme victime. Au vu de sa décision, il semble évident que le Conseil ne souhaite pas prendre la peine de différencier les situations, entre asservissement prostitutionnel et prostitution libre, préférant faire primer le principe de dignité sur la liberté du consentement.

724. Entre domination économique et primauté du droit à la dignité humaine, la valeur du consentement est particulièrement mise à mal dans le domaine prostitutionnel, les infractions attachées à la prostitution restreignant la liberté de consentement en matière sexuelle. Pour autant, si la prostitution est un domaine qui mérite réglementation au vu des nombreux dangers qu'elle peut présenter, le Droit doit réexaminer ses moyens d'action, en repensant l'usage du principe de dignité et en rétablissant la valeur de la liberté du consentement.

725. **Repenser le principe de dignité dans l'activité prostitutionnelle** – Comme il a été démontré précédemment, le consentement, illustration même de la liberté individuelle, peut se voir, et ceci même s'il remplit les conditions nécessaires, totalement écarté en vertu de la dignité. Véritable notion morale et subjective, il est désormais temps de reconsidérer la place de la dignité dans l'activité prostitutionnelle.

726. Tout d'abord, considérer que la dignité est une valeur supérieure au consentement c'est piétiner l'idée même du consentement. Vous pouvez vous adonner à des actes si vous y consentez, en revanche, certains actes vous seront interdits du fait de leur opposition à la dignité humaine. Face à cela, il est aisé de comprendre que le Droit place la dignité au-dessus des choix des individus. Pourtant, le consentement, à l'instar de la dignité, est

propre à chaque individu. Chacun décide de consentir, chacun perçoit la dignité avec ses propres codes. À titre d'exemple, nous pouvons citer les diverses personnes qui liront cette étude. Certains considèrent que la prostitution est indigne, d'autres la perçoivent comme une activité qui ne relève pas de la dignité mais simplement du libre consentement. Tout est une question de perspective. De ce point de vue, il paraît inconcevable d'interdire certains comportements du simple fait qu'ils puissent violer une certaine morale, qu'elle soit individuelle ou sociétale. Pourtant, si nous admettons que la dignité est propre à chacun, l'une des justifications émises par le Droit en la matière est la considération qu'il n'existe pas uniquement une dignité propre à chaque individu mais également une dignité de l'être humain opposable à tous. Ainsi, au-delà du devoir de respecter notre propre dignité et celle d'autrui, nous devons respecter une dignité bien plus grande et ceci même si elle n'entre pas dans notre conception de la notion. En admettant que l'être humain dans son ensemble doit faire l'objet d'une protection particulière, d'un respect spécifique, il serait plus juste d'évoquer un droit à la protection de l'humanité, l'humanité définit dans le sens de la bienveillance, de la bonté. La notion d'humanité s'entend de la même manière pour tous, à la différence de la notion de dignité qui varie indubitablement d'un individu à un autre. Tout l'intérêt de la référence à la notion d'« humanité » tient à son caractère objectif.

727. Si nous évoquons la possibilité de limiter l'activité prostitutionnelle au regard d'un droit à l'humanité, encore une fois, une nuance doit être apportée. Interdire les activités corrélatives à la prostitution ne revient pas à interdire toutes les pratiques qui sont en lien avec celle-ci. Ainsi, s'il est indispensable de prohiber le proxénétisme, rien ne doit justifier l'impossibilité de recourir à la prostitution et ceci dans le respect de la liberté du consentement des travailleurs du sexe. En tout état de cause, qu'importe le principe évoqué, ce qui est indispensable avant tout est de régler la prostitution. En interdisant le recours – et par ce moyen, l'exercice –, ceci revient à engendrer une nouvelle forme de prostitution, une prostitution cachée au sein de laquelle peuvent proliférer plus aisément violence, insécurité et danger⁷³². Régler ce n'est pas ouvrir la porte à toutes les dérives mais simplement, attester d'une situation de fait et permettre aux acteurs de

⁷³² E. PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Paris, Ed. La Musardine, Coll. « L'attrape-corps », 2019, 282 pages, pages 87 à 89.

celle-ci d'avoir en leur possession un nombre plus conséquent d'outils juridiques leur assurant protection et reconnaissance. Quoi qu'il en soit, le Droit n'a pas à juger des comportements sexuels tant qu'ils sont pratiqués dans le respect du consentement mais il se doit, tout de même, de protéger les individus contre des agissements sexuels qui pourraient leur porter préjudice. En offrant une réglementation à l'activité prostitutionnelle⁷³³, le Droit deviendrait le garant de la liberté du consentement en matière sexuelle tout en s'affirmant comme protecteur des victimes de violences sexuelles dans le cadre de la prostitution contrainte.

728. Ensuite, reconnaître que le consentement doit être écarté par rapport au principe de dignité c'est considérer que les individus, lorsqu'ils font des choix, n'ont pas la capacité de connaître leurs limites, ce qu'ils peuvent accepter et ce qu'ils ne peuvent pas. Les êtres humains sont présentés comme des irresponsables, incapables de prendre la mesure de ce à quoi ils consentent⁷³⁴. Le Droit infantilise ses justiciables en décidant ce qui est bon pour eux, comme un parent agirait avec son enfant. S'il est totalement compréhensible de protéger les individus des atteintes qui peuvent leur nuire, il n'est pas normal de protéger les individus de leur propre choix, de leur propre volonté quand bien même le comportement qu'ils adopteraient serait jugé indigne aux yeux de la société. À l'instar de la norme, la dignité se présente comme une notion subjective et relative qui ne peut s'appliquer de manière égale à tous. Si nous considérons que la dignité humaine est un principe qui se doit d'être totalement évacué de la matière juridique, celle-ci étant liée fortement à la morale, nous pouvons tenter de penser le principe de dignité, dans le cas de la prostitution, autrement. Ainsi, considérons que le principe de dignité est un principe qui doit être appliqué en l'espèce. Le respect de soi ne serait-il pas plutôt conditionné au respect de ses choix et à la protection de ceux-ci. Limiter la volonté des individus c'est porter finalement atteinte à leur dignité en ne les laissant pas être responsables de leur propre volonté, en les caractérisant comme des enfants qui doivent être éduqués à

⁷³³ D'aucuns évoquent la nécessité de réinstaurer les maisons closes, d'autres considèrent que celles-ci ne sont pas favorables à une protection adéquate des travailleurs du sexe. Qu'importe la réglementation adoptée en la matière, il est avant toute chose indispensable de reconnaître juridiquement la profession afin d'offrir un cadre légal aux travailleurs du sexe leur apportant une plus grande protection et reconnaissance.

⁷³⁴ D. **SIMARD**, « La question du consentement sexuel : entre liberté individuelle et dignité humaine », *Sexologies*, 2015, volume 24, n° 3.

différencier le bien du mal alors même que le mal qui est en jeu se présente comme un mal de la conscience, de la pensée. Pourtant, laisser le libre choix aux individus de choisir leur sexualité, c'est leur offrir le respect de leur dignité.

729. Enfin, repenser le principe de dignité peut s'entendre du fait d'offrir une réglementation sociale adéquate. En effet, si les travailleurs du sexe disposent d'une source de revenus leur permettant de subvenir aux besoins quotidiens, la provenance de leurs avoirs ne leur permet pas d'être considérés comme des travailleurs ordinaires. Ainsi, dès lors que les aléas de la vie bouleversent leur activité – tels que l'âge ou la maladie –, les possibilités d'accéder à l'assurance retraite ou à la couverture sociale sont très difficiles, dans la mesure où la prostitution ne constitue pas une activité professionnelle juridiquement reconnue⁷³⁵. Restreindre la possibilité de subvenir à ses besoins en cas de difficultés ne semble-t-il pas contrevenir inexorablement au respect de la dignité des personnes ? Comment le Droit peut-il évoquer le respect de la dignité en matière prostitutionnelle tout en ostracisant socialement une telle pratique ? Garantir la dignité revient à offrir à tout justiciable le même traitement, qu'importe la profession qu'il a choisi d'exercer.

730. Si la prostitution n'est pas juridiquement considérée comme une profession, il est une matière juridique qui y porte un intérêt certain : le droit fiscal⁷³⁶. En effet, depuis un arrêt du Conseil d'État du 4 mai 1979⁷³⁷, une jurisprudence administrative constante⁷³⁸ estime que les revenus tirés par le travailleur du sexe de son activité indépendante doivent être appréhendés comme relevant de la catégorie des bénéficiaires non commerciaux⁷³⁹. De ce fait, les travailleurs du sexe se doivent de déclarer leurs revenus à l'administration et sont assujettis à l'impôt. Dès lors, une interrogation primordiale apparaît : en connaissant pertinemment la provenance des revenus imposés aux travailleurs du sexe, l'État ne tire-t-

⁷³⁵ Pour plus d'informations, voir Sénat, Situation sanitaire et sociale des personnes prostituées : inverser le regard, Rapport d'information n° 46 (2013-2014), déposé le 8 octobre 2013.

⁷³⁶ A. JULIET, « Le sexe rémunéré : approche comparative de la prostitution en tant que prestation de service » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages, page 117.

⁷³⁷ CE, 4 mai 1979, requête n° 09337.

⁷³⁸ CE, 17 janvier 1990, requête n° 43499 ; CAA Bordeaux, 27 avril 2006, n° 02BX01379.

⁷³⁹ N. DEFFAINS et B. PY, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2011, 416 pages, page 375.

il pas, à l'image d'un proxénète, profit de la prostitution d'autrui ? Bien d'autres avant nous se sont étonnés d'une telle obligation. Le Sénat, dans un rapport d'information⁷⁴⁰ de 2001 s'interroge sur l'opportunité de l'imposition des travailleurs du sexe en déclarant que « *L'imposition des revenus de la prostitution pose un certain nombre de problèmes, tant du point de vue de l'État que pour les personnes prostituées. Du point de vue de l'État tout d'abord. Le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie rappelle que l'impôt est dû sur le fondement d'un certain nombre de principes constitutionnels et, notamment, de l'article XIII de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui dispose que chacun doit participer aux charges publiques en fonction de ses facultés contributives. Sur ces bases, fait-il valoir, toute personne qui dispose d'un revenu est taxable, quelle que soit l'origine de ce dernier. L'imposition des prostituées qui découle d'une telle « logique » fiscale conduit cependant l'État à « tirer profit de la prostitution d'autrui » et à encourir ainsi, aux termes de l'article 225-5 du Code pénal, le qualificatif de proxénète. Mais surtout, même si l'imposition n'implique pas l'assimilation à une profession puisque tout revenu même occasionnel est imposable, imposer la prostitution ne revient-il pas pour l'État à la faire bénéficier d'une reconnaissance officielle, ce qui est contraire à la position abolitionniste qui est celle de la France (...) L'imposition apparaît en réalité comme une contradiction, une brèche dans l'édifice abolitionniste. En outre, à partir du moment où, par l'impôt, l'État insère la prostitution dans le champ économique, ne devrait-il pas, si l'on s'en tient à la seule logique, l'intégrer également dans le champ social en ouvrant aux prostituées, en échange de leurs contributions, un certain nombre de droits, ce qui reviendrait pour lui à dessiner les contours d'un statut de la prostitution qui l'éloignerait encore un peu plus de l'idéal abolitionniste... ?* ». D'un tel constat, certains ont octroyé à l'État le titre de « plus grand proxénète de France⁷⁴¹ ». Nous ne pouvons que confirmer l'attribution de ce titre, l'obligation de s'acquitter de l'impôt pour les travailleurs du sexe, impôt qui revient directement à l'État, le rend lui-même coupable de proxénétisme.

⁷⁴⁰ Sénat, Les politiques publiques et la prostitution. Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2000, Rapport d'information n° 209 (2000-2001), déposé le 31 janvier 2001.

⁷⁴¹ E. PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Paris, Ed. La Musardine, Coll. « L'attrape-corps », 2019, 282 pages, pages 86 à 87.

CHAPITRE II – Les interdits sexuels

731. Dans l'exploration du principe de dignité, nous nous aventurons dans un domaine délicat, où les notions de moralité et de respect se heurtent souvent à des dilemmes. Tout commence par une réflexion profonde sur la dignité elle-même, cette valeur humaine qui transcende les cultures et les époques, et qui, pourtant, reste insaisissable dans sa définition.

732. Ce concept, internationalement consacré en tant que principe juridique, trouve sa place dans le droit français, mais son caractère subjectif soulève des interrogations fondamentales. Cette subjectivité, qui découle de l'interprétation individuelle de la dignité, ouvre la voie à des débats infinis sur son application concrète.

733. Pour saisir plus précisément le principe de dignité dans le domaine de l'intime, nous devons nous engager dans les territoires sombres de la nécrophilie, une déviance sexuelle choquante pour beaucoup. Au cœur de l'analyse de cette pratique, nous nous pencherons sur le statut juridique des cadavres, sur les mesures de protection qui leur sont octroyées en vertu du principe de dignité, et sur la nécessité d'une répression spécifique de l'infraction de nécrophilie pour préserver l'intégrité des morts et garantir le respect qui leur est dû (Section I).

734. Le principe de dignité ne se présente pas comme le seul interdit sexuel imposé par le Droit. La morale dicte également la conduite à suivre dans le domaine de l'intime.

735. La plongée au cœur des interdits sexuels dictés par la morale s'accomplira avec l'étude de l'infraction de zoophilie à travers l'histoire. Un sujet à la fois fascinant et troublant, qui nous révèle l'évolution des sociétés et de leurs valeurs. Le récit historique de cette infraction débute avec la notion de bestialité, une pratique sexuelle impliquant des relations entre humains et animaux. Au fil du temps, cette pratique a suscité des réflexions, des révisions et finalement, son abolition en tant que crime. À la place, émerge l'étude psychiatrique de la zoophilie, qui cherche à comprendre les motivations et les comportements des individus impliqués dans de telles relations.

736. Pourtant, cette tolérance apparente envers la zoophilie a été suivie par une renaissance de son interdiction. S'agit-il d'une mesure pour protéger les animaux ou d'une répression motivée par la morale ? Nous nous pencherons sur le supposé consentement des animaux et sur les aspects parfois troublants de ces relations, mettant en lumière une prohibition ancrée dans des préoccupations morales (Section II).

SECTION I – La restriction de la sexualité au nom du principe de dignité

737. La notion de dignité, un pilier essentiel de notre analyse, se déploie dans le contexte de notre réflexion sur les limites imposées à la sexualité. Avant de plonger dans les méandres de cette notion, il est impératif de s'interroger sur sa signification fondamentale. Qu'est-ce que la dignité ? Comment ce concept a-t-il été internationalement consacré en tant que principe juridique ? Comment la France l'a-t-elle intégré dans son droit ? La subjectivité inhérente à cette notion ne manquera pas de susciter des questionnements fascinants (§ I).

738. Cependant, la dignité, en tant que principe juridique, se voit confrontée à des situations délicates et controversées, notamment lorsqu'il s'agit de considérer si elle s'étend au-delà de la vie. La nécrophilie, une réalité, pour beaucoup, choquante et malaisante, émerge au cœur de cette problématique. Est-elle une déviance sexuelle, et ses adeptes sont-ils de véritables hors-la-loi ? Le cadre juridique entourant cette question est complexe, incluant le statut légal du cadavre, la protection qui lui est due et les distinctions cruciales entre les êtres humains dotés de raison et ceux qui ne le sont plus (§ II).

§ I – Étude générale du principe de dignité

739. Bien que nous ayons déjà étudié le principe de dignité, l'analyse s'étant limitée à la mise en opposition avec la liberté du consentement, il nous faut, dès à présent, afin de mieux comprendre sa portée dans le domaine de la sexualité, en donner une définition et mettre en lumière la place que lui accorde le Droit.

740. **Quid de la dignité ?** – Issue des termes « *axioma* » – étymologie grecque – et « *dignitas* » – étymologie latine –, la notion de dignité se présente comme d’une part, « *ce que l’on juge convenable* » et d’autre part, comme « *convenance, décence, conforme à la bienséance*⁷⁴² ». Tantôt lié à une certaine moralité – le terme *axioma* se rattachant à la notion même d’axiologie –, tantôt liée à la notion de savoir-vivre, la dignité se caractérise, de nos jours, par le respect que mérite quelqu’un ou quelque chose, le respect de soi, l’amour propre, la fierté⁷⁴³. La dignité est le respect que chaque individu doit s’accorder à lui-même. La notion de dignité est fortement liée à la notion même de mérite. L’être humain, par sa nature, mérite d’être considéré avec dignité. Le respect de la dignité ne doit pas simplement émaner de la personne mais également d’autrui. Tout être humain doit respecter sa propre dignité, doit faire valoir le respect de sa dignité et doit respecter la dignité d’autrui. La notion même est particulièrement complexe, les individus devant jongler entre le respect de leur propre dignité et le respect de la dignité d’autrui.

741. À l’instar de la norme, la dignité est une notion particulièrement variable en fonction de l’espace et du temps. Pour saisir toute l’étendue de cette variabilité, il est nécessaire d’analyser la notion de dignité à travers les âges, en débutant naturellement par l’Antiquité. Selon Pierre LE COZ, philosophe, cité par Florence GRUAT, « *dans l’Antiquité grecque, la dignité est une vertu politique liée aux fonctions élevées qu’occupaient les citoyens dans leur cité, et d’abord à leur statut d’homme libre. Ainsi, ni les femmes, ni les enfants, ni les esclaves ne pouvaient se voir reconnaître une dignité*⁷⁴⁴ ». Ainsi, dans la Grèce antique, la dignité n’était pas un droit reconnu à tous les citoyens. Il était nécessaire d’être un membre politique de la cité pour se voir attribuer une dignité. La dignité n’est pas un droit mais un privilège⁷⁴⁵.

742. De la même manière, les romains ne considéraient pas la dignité comme la notion que nous percevons de nos jours. Dans l’Antiquité romaine, la dignité était rattachée à

⁷⁴² F. GRUAT, « Dignité » in M. FORMARIER, *Les concepts en sciences infirmières*, Ed. Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2^e éd., 2012, 328 pages, pages 156 à 158.

⁷⁴³ <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/dignite>

⁷⁴⁴ F. GRUAT, « Dignité » in M. FORMARIER, *Les concepts en sciences infirmières*, Ed. Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2^e éd., 2012, 328 pages, pages 156 à 158.

⁷⁴⁵ E. FIAT, « Dignité et vulnérabilité » in B.N. SCHUMACHER, *L’éthique de la dépendance face au corps vulnérable*, Ed. Erès, Coll. « Espace éthique – Poche », 2019, 320 pages, pages 21 à 51.

« *l'honorabilité civique*⁷⁴⁶ ». Michel HUMM précise que « *cette dernière était certes liée au rang* » qu'un citoyen occupait dans la société, mais dépendait aussi de son comportement personnel public ou privé, c'est-à-dire de son respect ou non des normes sociales jugées conformes à son statut⁷⁴⁷ ». Précisément, « *l'ancienne dignitas se fondait sur la particularité d'une fonction ou d'un statut*⁷⁴⁸ » et « *était réservée à certaines fonctions éminentes, celles des dignitaires*⁷⁴⁹ ». Rome et Grèce antiques considéraient la dignité comme un privilège qui ne pouvait être attribué à tous. Ainsi, la difformité physique – la dignité étant également une notion basée sur le corps – empêchait les individus qui en étaient atteints d'être tenus pour dignes. « *Très ordinairement, le déshonneur (dehonestamentum) du corps engendrait celui de l'homme*⁷⁵⁰ » et d'après ARISTOTE, « *toute vie n'est pas digne d'être vécue. Seule la vie bonne est digne, et ne saurait être bonne la vie d'un être trop éloigné de la forme de l'espèce à laquelle il appartient. Ce qui frappe d'indignité ces vies que nous appellerons handicapées, c'est fondamentalement aux yeux des Anciens leur trop évident manquement à la belle forme*⁷⁵¹ ».

743. La conception de la dignité va se réformer avec les siècles et notamment, avec l'émergence de la religion chrétienne. Instigatrice de pensées nouvelles, la religion va venir remodeler la notion de dignité. Considérant que toute chose a été créée à l'image de Dieu, la dignité sera désormais appréciée comme absolue, inaliénable, inconditionnée,

⁷⁴⁶ M. HUMM, « Les normes sociales dans la République romaine d'après le *regimen morum* des censeurs » in T. ITGENSHORST et P. LE DOZE, *La norme sous la République et le Haut-Empire romains, Élaboration, diffusion et contournements*, Ed. Ausonius, Bordeaux, 2017, 681 pages, pages 301 à 317.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, pages 301 à 317.

⁷⁴⁸ P.-Y. QUIVIGER, « L'inquiétante protection de la dignité humaine », *Klesis – Revue philosophique*, n° 21, 2011, page 4.

⁷⁴⁹ *Ibidem*.

⁷⁵⁰ « Les candidats à une magistrature devaient se présenter sur une estrade, de façon à être visibles de tous, et les moqueries, les plaisanteries les plus directes n'étaient alors pas rares (...). Ces moqueries à l'égard des handicaps, moqueries que nous autres, modernes, nous interdisons généralement au nom du respect de la dignité humaine, c'était précisément le souci de la dignitas qui faisait les Anciens se le permettre. Même quand une maladie portant atteinte à l'intégrité physique n'empêchait pas d'exercer pratiquement une charge, elle l'empêchait cependant pour des raisons symboliques, et les démissions spontanées de magistrats blessés dans leur intégrité physique en raison d'une maladie ou d'un accident étaient courantes », E. FIAT, « Dignité et vulnérabilité » in B.N. SCHUMACHER, *L'éthique de la dépendance face au corps vulnérable*, Ed. Erès, Coll. « Espace éthique – Poche », 2019, 320 pages, pages 21 à 51.

⁷⁵¹ *Ibidem*, pages 21 à 51.

inconditionnelle⁷⁵². À la dignité assimilée au corps et à la forme, va se substituer une dignité en lien profond avec la pureté⁷⁵³. « *Dès lors, les grandes catégories à l'intérieur desquelles va se jouer la dignité de l'homme seront celles du sacré et du profane, mais aussi du pur et de l'impur* ». Pour autant, l'idée selon laquelle la dignité perçue par les religieux fait fi de la forme n'est pas fidèle à leurs pensées originelles. En effet, la pureté voulue par la religion ne s'attachait pas uniquement à la pureté même de l'âme mais tout autant à celle du corps. L'Ancien Testament évoquait l'impossibilité pour les infirmes de participer au culte, à l'instar des prostituées et des femmes en période de menstruations ; « *il faut rappeler que « saint » signifie séparé, mais aussi intègre, entier, un. Ce qui conduira à regarder l'infirmes, celui que nous dirons handicapé, comme indigne de célébrer le culte*⁷⁵⁴ ». La religion, sans renoncer à la relation profonde entre pureté et dignité, va, progressivement, modifier sa vision de l'impureté corporelle. Le Nouveau Testament va instaurer une vision plus spirituelle de la dignité en faisant abstraction de tout rejet lié à la forme, au corps. Sous l'impulsion du Christ, la dignité va se détacher de tout lien entre impureté culturelle et impureté morale, entre infirmité et péché⁷⁵⁵. Les êtres humains étant créés à l'image de Dieu, le respect de la dignité de l'exception humaine se doit d'être absolu.

744. Si la dignité fut, auparavant perçue comme une valeur citoyenne, sa conception va considérablement évoluer les siècles suivants. Afin d'apporter une analyse plus approfondie de la notion de dignité telle qu'elle est désormais appréhendée, il est indispensable de s'en référer aux écrits d'Emmanuel KANT, philosophe allemand du XVIII^e siècle. Dans son éminent ouvrage intitulé *Fondements de la métaphysique des mœurs*, KANT estime que la dignité est « *le fait que la personne ne doit jamais être traitée seulement comme un moyen, mais toujours aussi comme une fin en soi*⁷⁵⁶ ». Pour le philosophe allemand, à la différence des objets qui ont un prix négociable, la dignité n'a pas de prix. Plus précisément, il soutient l'idée que « *dans le règne des fins tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à*

⁷⁵² E. FIAT, « Dignité et vulnérabilité » in B.N. SCHUMACHER, *L'éthique de la dépendance face au corps vulnérable*, Ed. Erès, Coll. « Espace éthique – Poche », 2019, 320 pages, pages 21 à 51.

⁷⁵³ Lévitique, Chapitres 21 et 22.

⁷⁵⁴ E. FIAT, « Dignité et vulnérabilité », in B.N. SCHUMACHER, *L'éthique de la dépendance face au corps vulnérable*, Ed. Erès, Coll. « Espace éthique – Poche », 2019, 320 pages, pages 21 à 51.

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

⁷⁵⁶ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Ed. Le Livre de Poche, 1993, 256 pages.

titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité. Ce qui se rapporte aux inclinations et aux besoins généraux de l'homme, cela a un prix marchand ; ce qui, même sans supposer de besoin, correspond à un certain goût, c'est-à-dire à la satisfaction que nous procure un simple jeu sans but de nos facultés mentales, cela a un prix de sentiment ; mais ce qui constitue la condition, qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité⁷⁵⁷ ». KANT considère que la dignité humaine ne connaît pas de prix. La dignité est, pour KANT, inévitablement liée à la notion même d'humanité, seule l'humanité pouvant être dotée de dignité. David SIMARD résume la pensée de KANT ainsi : « *La dignité s'entend comme la conformité à un rang considéré comme chargé d'une valeur de référence. Le contraire de la dignité est alors le rabaissement par rapport à cette valeur, une déchéance (...) La dignité humaine est celle que confère le statut d'être humain et elle est égale en tout être humain. L'idée de dignité humaine est corrélée à celle de respect des autres et de soi, en qualité d'être humain*⁷⁵⁸ ».

745. Afin de saisir avec plus de précision la notion de dignité, il est nécessaire d'analyser son contraire : l'indignité. Si nous entamons une recherche prosaïque de la notion d'indignité, les définitions qui émergent sont les suivantes : « *caractère d'une personne indigne* », « *caractère de ce qui est indigne* », « *action, conduite indigne*⁷⁵⁹ ». Ces premières définitions ne nous permettent pas de percevoir parfaitement la notion d'indignité, celles-ci ne nous accordant que de comprendre que certains actes sont considérés comme indignes sans pour autant nous préciser de quelle manière ils atteignent ce caractère. En élargissant la recherche, une nouvelle définition se dessine : l'indignité est un acte immoral, un acte outrageant⁷⁶⁰. Immoralité, outrage. Voici deux termes qui ne revêtent pas la même signification. L'immoralité est, bien sûr, liée à la notion de morale, alors que l'outrage renvoie à l'idée d'un comportement offensant voire injurieux. À la lumière de ces quelques définitions, comment devons-nous concevoir la notion d'indignité ? Dans son article

⁷⁵⁷ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Ed. Le Livre de Poche, 1993, 256 pages.

⁷⁵⁸ D. SIMARD, « La question du consentement : entre liberté individuelle et dignité humaine », *Sexologies*, 2015, 24, pages 140 à 148.

⁷⁵⁹ <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/indignite>

⁷⁶⁰ <https://la-conjugaison.nouvelobs.com/definition/indignite.php>

intitulé « Indignes, Indignités, Indignations : La construction argumentative de l'indignation », Christian PLANTIN, linguiste, nous présente l'indignité comme telle : « *L'adjectif indigne se dit de quelque chose de odieux ou méprisable (...) qui mérite mépris ou haine*⁷⁶¹ ». La définition qui nous est offerte par PLANTIN se rattache à l'idée que l'indignité est un comportement incorrect, les termes d'odieux et de méprisable pouvant à la fois renvoyer à la morale et à l'outrage. En définitive, si nombre de définitions ont été apportées à la notion d'indignité, leur pluralité conduit à considérer la notion comme particulièrement vague et imprécise, rendant l'usage de ce terme, ainsi que celui de dignité, considérablement délicat. Un usage délicat qui n'a pas empêché d'en faire un principe juridique majeur en Droit.

746. *Le principe de dignité : un principe juridique internationalement reconnu* – Véritable notion ancestrale, la dignité n'est apparue dans la matière juridique que récemment. Les atrocités commises au cours de la Seconde Guerre Mondiale ont engendré une prise de conscience quant à la nécessité de protéger de manière plus efficace les individus des atteintes qui pourraient leur être portées. Initialement, la dignité comme principe juridique a été consacré par la Charte des Nations unies du 26 juin 1945 qui affirme dans son préambule : « *Nous, peuples des Nations unies résolus (...) à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites*⁷⁶² ». Cette première initiative va être confirmée par la suite. Ainsi, l'acte constitutif de l'UNESCO du 16 novembre 1945 réaffirmera la reconnaissance du principe de dignité. Son préambule évoque notamment : « *La grande et terrible guerre qui vient de finir a été rendue possible par le reniement de l'idéal démocratique de dignité, d'égalité et de respect de la personne humaine* », une reconnaissance confirmée dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 qui déclare que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux constitue le fondement de la liberté, de la justice, de la paix dans le monde*⁷⁶³ » et en son article 1^{er} qui énonce que « *tous les hommes naissent libres et égaux en dignité*

⁷⁶¹ C. PLANTIN, « Indignes, Indignités, Indignations : La construction argumentative de l'indignation », *Recherches. Revue de didactique et de pédagogie du français*, 2012, n° 1, pages 163 à 182.

⁷⁶² Préambule, Charte des Nations unies, 26 juin 1945.

⁷⁶³ Préambule, DUDH, 10 décembre 1948.

et en droits ». La reconnaissance de ce principe au niveau international va, progressivement, se diffuser au sein même des systèmes juridiques dont le système français. Dans le contexte européen, la dignité est pleinement reconnue par certains États membres de l'Union. Ainsi, la Constitution allemande, en son article 1^{er}, prévoit que « *la dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger* ». De même, la Constitution espagnole de 1978 évoque en son article 10 que « *la dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui constituent le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale* ». La Constitution italienne de 1947, de la même manière, proclame le principe de dignité humaine dans son article 3 qui énonce que « *tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi* ». En ce qui concerne la Convention Européenne des Droits de l'Homme, si le terme ne figurait pas lors de sa signature en 1950, celui-ci a été adopté par la Cour EDH elle-même qui, dans deux arrêts relatifs au viol entre époux, a considéré que « *la dignité, comme la liberté, est l'essence même de la Convention*⁷⁶⁴ ». *Quid* de la France ? Si la Constitution française ne fait pas mention du principe de dignité, celui-ci apparaît néanmoins dans nombre de lois et sa reconnaissance par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État confirme la place majeure qui lui est accordée dans notre droit positif.

747. **La reconnaissance du principe en droit français** – Internationalement reconnu, le principe de dignité, s'il n'est pas méconnu du droit français, a fait l'objet d'une reconnaissance que récemment⁷⁶⁵. Ni contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ni dans la Constitution de 1958, et après avoir discrètement fait l'objet d'un chapitre du Code pénal dès 1992, il a été intégré dans le Code civil par une loi du 29 juillet 1994 dite Loi de bioéthique. En effet, l'article 16 du Code civil dispose que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Son absence au sein de la Constitution semble s'expliquer par la méfiance du législateur à l'égard de ce principe. Néanmoins, si le législateur s'est montré dubitatif, le Conseil constitutionnel ainsi que le

⁷⁶⁴ Cour EDH, *C.R. contre Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, Requête n° 20190/92 et *S.W. contre Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, Requête n° 20166/92.

⁷⁶⁵ B. EDELMAN, « La dignité humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz*, 1997, pages 185 à 188.

Conseil d'État⁷⁶⁶ se sont chargés d'asseoir sa légitimité juridique. En effet, dans une décision « Bioéthique⁷⁶⁷ » en date du 27 juillet 1994, les Sages ont déduit le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation de la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi rédigée : « *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés⁷⁶⁸* », lui conférant reconnaissance et protection constitutionnelle. Cette consécration et la reconnaissance de ce principe en tant que principe à valeur constitutionnelle élève le principe de dignité au rang de partie intégrante des droits de la personnalité, droits de la personnalité considérés comme inaliénables. La décision du Conseil constitutionnel va être confirmée une année plus tard par le Conseil d'État et la célèbre affaire « Morsang-sur-Orge » relative à l'interdiction du lancer de nains⁷⁶⁹. Dans son arrêt, le Conseil d'État considère le principe de dignité comme composante de l'ordre public. Pourtant, bien que consacrée, la dignité est perçue comme une notion subjective, d'aucuns envisageant leurs actes comme dignes, quand d'autres, les perçoivent comme indignes.

748. La subjectivité de la notion de dignité – La dignité est une notion qui ne peut revêtir un caractère objectif. Pourtant, certains⁷⁷⁰ considèrent que la dignité est un concept

⁷⁶⁶ « *Le respect de la dignité de la personne humaine appelle le respect d'autres principes mentionnés par le Conseil constitutionnel : la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et la non-patrimonialité du corps humain, ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine (...) c'est pourquoi la dignité se définit souvent en référence à ce qui lui est contraire : tout ce qui nie qu'une personne soit un être humain au même titre que les autres, qu'il s'agisse de racisme, d'antisémitisme, d'esclavage, de torture, de violences, de mauvais traitements, de l'extrême pauvreté, de l'absence d'éducation pour les enfants* », CE, Révisions des lois de bioéthique, Les Études du Conseil d'État, 6 mai 2009, 122 pages, page 7.

⁷⁶⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994.

⁷⁶⁸ Le principe a été réaffirmé par la suite, notamment dans la décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ou encore, dans la décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat.

⁷⁶⁹ CE, 27 octobre 1995, *Morsang-sur-Orge* ; D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : Grands enjeux du monde contemporain » in A. BERBARD-GROUPEAU et A. DAGICOUR, *Droit et enjeux du monde contemporain*, Ed. Ellipses, 2013, 192 pages, pages 79 à 84.

⁷⁷⁰ « *Pour asseoir la nécessité de mettre en avant la dignité comme principe fondamental du droit, l'État avance que : est ainsi jugée contraire à la dignité toute attitude, qu'elle soit imposée, subie ou acceptée, qui*

universel qui habite en chacun de nous. Précisément, « *la dignité objective prime de façon absolue sur la liberté personnelle des individus. Mieux que l'homme lui-même, le législateur prétend détenir le secret de l'humanité, traçant une ligne hermétique entre ce qui est digne et ce qui ne l'est pas*⁷⁷¹ ». Il est vrai que la dignité est une notion universellement reconnue et pourtant nous persistons à penser qu'elle reste, malgré cela, parfaitement subjective. Qu'est-ce que la dignité ? D'aucuns vous diront que c'est le respect de soi, de ses valeurs, de son intégrité. Certes, la dignité recouvre l'idée que l'être humain est sacré et qu'il doit être traité comme tel. Il n'est pas question ici de remettre en question ce qu'est la dignité mais uniquement de mettre en lumière le fait que si chacun se reconnaît une dignité, celle-ci est totalement différente d'une personne à une autre. Quelques-uns ne souhaiteront pas accomplir tels actes parce qu'ils les perçoivent comme indignes alors que d'autres ne discerneront en ces actes aucune atteinte à leur dignité. Tout repose sur le fait que la dignité est propre à chaque être humain et que chaque individu définira les contours de sa dignité. Pourtant, d'aucuns estiment qu'ils n'existent pas nécessairement une dignité en chaque individu mais bien une dignité de l'être humain. KANT, dans son étude de la dignité, mettait clairement en avant l'idée qu'il n'existait pas une dignité pour chaque individu mais bien une dignité de l'humanité⁷⁷². Considérer qu'il existe une dignité de l'être humain c'est considérer que chaque individu est la copie de l'autre, que chaque individu possède le

met un individu en position de ne pas respecter ce qu'on est en droit d'attendre de tout être humain », P.-Y. QUIVIGER, « L'inquiétante protection de la dignité humaine », *Klesis. Revue philosophique*, n° 21, 2011, page 4.

⁷⁷¹ S. PAPIILLON, « La dignité, nouveau masque de la moralité en droit pénal », *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], n° 4, 2018.

⁷⁷² F. GRUAT, « Dignité » in M. FORMARIER, *Les concepts en sciences infirmières*, Ed. Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2^e éd., 2012, 328 pages, pages 156 à 158. Si ce questionnement doit faire l'objet d'une profonde analyse que nous ne développerons pas ici, nous pouvons tout de même nous interroger, brièvement, sur le sujet : Lorsque le droit interdit un comportement afin de préserver la dignité, se réfère-t-il à une dignité collective, soit le concept large de dignité humaine, ou à une dignité individuelle, dignité perçue par chaque individu ? Ainsi, la dignité est-elle un droit individuel et spécial, soit reconnu à chacun d'entre nous ou devons-nous entendre la dignité comme un droit collectif et général s'appliquant à l'espèce humaine ? Toute la difficulté lorsqu'il est question d'appréhender une notion aussi complexe est d'en connaître toute l'étendue. La réponse, ne nous paraît, malheureusement pas si évidente. D'aucuns considèrent que la dignité est un droit reconnu à tous et que chacun peut le rendre opposable aux tiers. D'autres, en revanche, considèrent que ce droit possède une portée générale et qu'il ne garantit pas uniquement la dignité des individus mais la dignité de l'espèce humaine. Si nous disposons de réserves quant à la portée du principe, la question a été tranchée, en tout cas en droit positif français, par le Conseil d'État qui considère que la dignité doit s'appréhender dans sa conception objective, collective, S. PAPIILLON, « La dignité, nouveau masque de la moralité en droit pénal », *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], n° 4, 2018.

même mode de penser, les mêmes valeurs. Ici, il s'agit de refuser d'admettre que chaque individu est unique et qu'il évaluera la violation de sa dignité au regard de ses codes, de ses critères. Il faut cependant admettre que lorsque des actes sont commis envers un groupe d'individus, il est aisé d'user du terme « dignité » pour les condamner. Les atrocités commises envers la communauté juive par l'Allemagne nazie pourraient permettre de comprendre aisément l'emploi de la notion de dignité et de protection de celle-ci. Pourtant, si le terme de « dignité » semble quelque peu justifié dans ces cas, il existe une notion bien plus claire et universellement admise : l'humanité. Nous revenons, dès lors, vers une idée émise dans le développement précédent. Pourquoi ne pas simplement utiliser le terme d'« humanité » ? Chaque individu est en mesure de comprendre ce qu'est l'humanité. Il ne s'agit pas de respecter la dignité d'une personne, notion pouvant considérablement varier d'un individu à l'autre, mais de respecter l'être humain en ne lui portant pas atteinte de quelque manière que ce soit, dans un esprit de bonté, de bienveillance et de respect de ses semblables.

749. Bien qu'il fût, au cours de notre argumentaire, indispensable d'établir la subjectivité du principe de dignité – une subjectivité que nous avons déjà évoqué dans l'étude de la liberté du consentement et qui permet de comprendre la volonté d'y renoncer juridiquement –, le développement qui va suivre s'attarde sur un nouveau point : le principe de dignité, garant de la protection de l'espèce humaine, est-il applicable en matière sexuelle, dès lors que la vie s'éteint ? Plus précisément, le principe de dignité est-il conditionné à l'existence humaine ou s'impose-t-il, tout autant, après la fin de vie ? Afin de répondre à une telle question, il faut se pencher sur une forme de sexualité « hors norme » : la nécrophilie.

§ II – Le principe de dignité est-il conditionné à la vie ?

750. ***La nécrophilie : déviance sexuelle ?*** – La nécrophilie se définit comme « *une attirance par le cadavre ou, plus largement, le mortifère. Elle peut se manifester par des comportements tels que : coït avec un (ou des) cadavre(s), goût pour leur palpation, ou leur contemplation, goût pour le mortifère ou pour le morbide, pour tout ce qui touche à la*

*maladie et à la mort*⁷⁷³ ». Pratique sexuelle singulière, la nécrophilie, dès lors qu'elle est abordée, reste en majorité qualifiée de manière fort péjorative. Perçue dès le XIX^e siècle comme le « *dernier degré de la dégénérescence*⁷⁷⁴ », une « *ignoble passion*⁷⁷⁵ », une des « *plus répugnantes*⁷⁷⁶ » ou encore « *la plus monstrueuse des aberrations mentales*⁷⁷⁷ », la nécrophilie était attribuée aux pires des hommes, des monstres d'un genre exceptionnel⁷⁷⁸. À titre d'illustration, nous pouvons nous en référer à la célèbre affaire⁷⁷⁹ du sergent Bertrand⁷⁸⁰, soldat qui écumait les cimetières parisiens pour exhumer majoritairement les corps de jeunes filles afin de s'adonner à des pratiques « vampiriques⁷⁸¹ », pratiques qui sont aujourd'hui qualifiées de nécrophilie⁷⁸². Les histoires de nécrophilie sont rarement exposées, la sexualité étant pratiquée sur des cadavres, il n'y a guère d'individus pour les raconter ou pour s'en plaindre. Pourtant, bien que rare, la pratique n'en est pas moins irréaliste. Une interrogation s'impose à nous : Le caractère exceptionnel de la pratique la classe-t-elle dans la catégorie des déviances sexuelles ? « *La déviance en sociologie se définit comme un comportement qui échappe aux règles admises par la société. Il n'y a pas de dénominateur commun à tous les comportements dits déviants.*

⁷⁷³ G. BERTOLINI, « Nécrophilie, nécrophagie ou cannibalisme » in G. BERTOLINI (dir.), *Le déchet, c'est les autres. Même pas vrai !*, Ed. Érès, 2006, 192 pages, pages 107 à 117.

⁷⁷⁴ B. TARNOWSKY, *L'instinct sexuel et ses manifestations, au double point de vue de la jurisprudence et de la psychiatrie*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1904 (1885), 304 pages, page 58.

⁷⁷⁵ E. MONNERET, *Traité de pathologie générale*, Paris, Ed. Béchet Jeune, 1861, 500 pages, page 54.

⁷⁷⁶ G. BALLEZ (dir.), *Traité de pathologie mentale*, Ed. Octave Doin, 1903, 1632 pages, page 780.

⁷⁷⁷ A. CULLERRE, *Traité pratique des maladies mentales*, Paris, Ed. Baillière, 1890, 618 pages, page 307.

⁷⁷⁸ A. MALIVIN, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIX^e siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.

⁷⁷⁹ Selon M. FOUCAULT, l'affaire en question se déroulerait entre 1847 et 1849, M. FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Le Seuil, 1974/1999, 356 pages.

⁷⁸⁰ M. FOUCAULT, *Les anormaux*, Paris, Le Seuil, 1974/1999, 356 pages.

⁷⁸¹ Le terme de « nécrophile » n'existant pas durant son époque, le soldat Bertrand était qualifié de « vampire », M. DANSEL, *Le Sergent Bertrand : portrait d'un nécrophile heureux*, Ed. Albin Michel, 1991, 247 pages. La qualification de « vampire » fut également attribuée à des nécrophiles dont les actes se produisirent après ceux du soldat Bertrand. Ainsi, Henri Blot était surnommé « le vampire de Saint-Ouen » (1886), Victor Ardisson était, lui, appelé « le vampire du Muy » (1901). Selon Alexis EPAULARD, « *L'instinct sexuel, le plus perturbateur de tous les instincts, doit être cité en première ligne comme l'un des facteurs les plus importants du vampirisme* », A. EPAULARD, *Vampirisme, nécrophilie, nécrosadisme, nécrophagie*, Thèse, Médecine, Faculté de Médecine et de Pharmacie de Lyon, Ed. Storck & Cie, 1901, 110 pages, page 4.

⁷⁸² « *Comment un homme, mû par l'instinct sexuel, va-t-il profaner un cadavre ? Il peut simplement, trouvant un corps à sa portée ou l'exhumant pratiquer sur lui le coït (...)* Ce genre de profanation peut prendre le nom de nécrophilie. Le terme fut créé par Guislain, aliéniste belge du milieu du XIX^e siècle », A. EPAULARD, *Vampirisme, nécrophilie, nécrosadisme, nécrophagie*, Thèse, Médecine, Faculté de Médecine et de Pharmacie de Lyon, Ed. Storck & Cie, 1901, 110 pages, page 9.

*Le déviant est une personne dont le comportement s'écarte de la norme sociale admise. L'inverse de la déviance c'est, évidemment, la normalité ou la recherche de conformité qui tend à unifier les conduites*⁷⁸³ ». Plus précisément, « *pour qu'il y ait déviance, il faut : l'existence d'une norme, le comportement de transgression de cette norme et le processus de stigmatisation de cette norme*⁷⁸⁴ ». Analysons la nécrophilie à travers cette interprétation. Est-elle un comportement qui s'écarte de la norme ? Fondamentalement, et sans se fonder sur des considérations morales, sa rareté semble, dans un premier temps, l'élever au rang de pratique « hors norme ». La norme étant l'expression de la majorité, la nécrophilie, du fait de sa singularité, ne reflète pas la pensée majoritaire de l'activité sexuelle. Dans un second temps, son caractère « hors norme » tient au fait précis du sujet/objet de la pratique : le cadavre. Si le temps a imposé une sexualité basée de plus en plus sur le plaisir, la sexualité fut longtemps plus une affaire de vie que de mort, la procréation conditionnant la sexualité. Ainsi, s'adonner à une telle forme de sexualité contrevient doublement à la vie : d'une part, par l'absence de procréation possible et d'autre part, par la présence, dans l'exercice sexuel, d'un partenaire dénué de vie. Une double condition qui revient à l'envisager comme une déviance sexuelle. Amandine MALIVIN résume parfaitement la condition nécrophile ainsi : « *la déviance du nécrophile se situe donc à plusieurs niveaux intimement enchevêtrés. Profanateur des normes et de la dépouille humaine, il souille le cadavre en le faisant passer du statut de corps respecté, parfois même presque sacralisé, à celui de simple objet de son plaisir sexuel*⁷⁸⁵ ». La nécrophilie est moralement⁷⁸⁶ considérée comme une déviance sexuelle. En tout état de cause, une telle pratique n'est pas approuvée par les codes moraux. La réprobation morale

⁷⁸³ J.F. **DORTIER**, *Les sciences humaines, panorama des connaissances*, Ed. Sciences Humaines, Paris, 1998, 487 pages, page 254.

⁷⁸⁴ L. **MUCCHIELLI**, « La déviance : normes et transgression, stigmatisation », *Sciences Humaines, Normes Interdits Déviance*, n° 99, novembre 1999, pages 20 à 25.

⁷⁸⁵ A. **MALIVIN**, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIX^e siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.

⁷⁸⁶ « *Quant au cadavre, par la force des croyances ataviques, il possède encore pour nous une sorte d'existence. Et nul de nous ne manque de se découvrir sur le passage d'un enterrement pour le dernier adieu à celui qui n'est plus. Profaner un cadavre, quelle qu'en soit la raison, est chose immorale* », A. **EPAULARD**, *Vampirisme, nécrophilie, nécrosadisme, nécrophagie*, Thèse, Médecine, Faculté de Médecine et de Pharmacie de Lyon, Ed. Storck & Cie, 1901, 110 pages, page 4.

de la pratique a inévitablement dirigé le Droit vers une réglementation⁷⁸⁷, la pratique nécrophile, bien qu'exceptionnelle, engendre des difficultés juridiques.

751. **Le nécrophile : véritable hors-la-loi ?** – « *La Loi qui protège l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort ne l'abandonne pas au moment où il semble avoir cessé de vivre et quand il ne reste de lui que sa dépouille mortelle*⁷⁸⁸ ». Les rédacteurs du Code pénal, dès 1810, portaient déjà un certain intérêt au statut juridique qui devait être accordé aux morts. Dans une volonté de respecter la dépouille, le Code pénal a érigé en infraction certains actes⁷⁸⁹ dont la profanation des sépultures⁷⁹⁰, dernière norme législative en vertu de laquelle la nécrophilie était réprimée⁷⁹¹. Ainsi, le législateur de 1810 avait englobé, sans jamais la citer, la nécrophilie dans l'infraction de profanation de sépultures. Dès la rédaction du Code pénal de 1810, nous pouvons affirmer que, bien que réprimées, le législateur ne faisait jamais expressément mention des atteintes sexuelles sur cadavre, préférant inclure sa répression dans la large infraction que représente la profanation. Pourquoi se contentait de réprimer de manière générale une telle infraction ? Est-ce pour l'horreur que représente la pratique, horreur de laquelle découle la volonté de ne pas la

⁷⁸⁷ En parallèle de la réprobation morale, les difficultés sanitaires liées aux morts vont également amorcer une réglementation du cadavre. Ainsi, « *les lois qui se succèdent et la mise en application des progrès technologiques au service de la gestion de la mort témoignent ainsi d'une volonté collective de neutralisation de cette menace cadavérique* », A. MALIVIN, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIXe siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.

⁷⁸⁸ Corps législatif, *Rapport fait au nom de la Commission de législation civile et criminelle par M. de Monseignat sur le Ve projet de loi du Code pénal, livre III, titre II, chapitre Ier, des crimes et délits contre les personnes*, Séance du 17 février 1810, Paris, imprimerie de Hacquart, 1810, 56 pages, page 2 ; A. MALIVIN, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIXe siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.

⁷⁸⁹ « *Ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier public, dans le cas où elle est prescrite, auront fait inhumer un individu décédé, seront punis de six jours à deux mois d'emprisonnement, et d'une amende de seize francs à cinquante francs ; sans préjudice de la poursuite des crimes dont les auteurs de ce délit pourraient être prévenus dans cette circonstance. La même peine aura lieu contre ceux qui auront contrevenu, de quelque manière que ce soit, à la loi et aux règlements relatifs aux inhumations précipitées* », Article 358, Ancien Code pénal ; « *Quiconque aura recélé ou caché le cadavre d'une personne homicide ou morte des suites de coups ou blessures, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à quatre cents francs ; sans préjudice de peines plus graves, s'il a participé au crime* », Article 359, Ancien Code pénal.

⁷⁹⁰ « *Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an, et de seize francs à deux cents francs d'amende, quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures ; sans préjudice des peines contre les crimes ou les délits qui seraient joints à celui-ci* », Article 360, Ancien Code pénal.

⁷⁹¹ A. MALIVIN, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIXe siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.

citer ou bien, l'infraction de violation de sépulture se présentant comme le premier des actes – dans la majeure partie des cas – il était inutile de créer une infraction spécifique ? Il semblerait qu'au siècle précédent ce soit l'horreur de la pratique et sa mise en lumière dans le Code pénal qui justifiait qu'elle ne soit pas expressément prohibée. En effet, d'aucuns estimant que la violation de sépultures n'était pas assez spécifique, ils ont souhaité modifier la loi, préconisant la nécessité d'y ajouter la répression des actes visant à la mutilation d'un ou plusieurs cadavres⁷⁹², encore une fois, point de référence aux atteintes sexuelles. Si une telle modification avait pu potentiellement punir plus spécifiquement les actes contre l'intégrité physique, il a été décidé que « *il n'y aurait « ni opportunité, ni convenance » à introduire ces modifications, parce que les faits visés « sont du nombre de ceux que la loi doit, en quelque sorte, s'abstenir de mentionner et d'atteindre, croyant, en pareille circonstance, mieux protéger la société par son silence qu'elle ne le ferait par ses rigueurs*⁷⁹³ » ». La réponse à notre question est claire : la nécrophilie, par l'horreur qu'elle soulève, n'a pas, selon le législateur, sa place dans le Code pénal, une place qu'elle n'a toujours pas acquise à ce jour.

752. La répression implicite de la nécrophilie – Aux termes de l'article 225-17 du Code pénal, « *Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende lorsque les infractions définies à l'alinéa précédent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre* ». Avec l'instauration du nouveau Code pénal, une nouvelle atteinte est venue enrichir la loi consacrée aux actes à l'encontre des cadavres⁷⁹⁴.

⁷⁹² Assemblée nationale législative. Proposition tendant à modifier l'article 360 du Code pénal, présentée le 19 juillet 1849, Imprimerie de l'Assemblée nationale, 1849.

⁷⁹³ Corps législatif, *Rapport fait au nom de la commission chargée de donner son avis sur la prise en considération de la proposition de M. Mortimer Ternaux relative à l'article 360 du Code pénal qui punit la violation de tombeaux et sépultures*, séance du 27 juillet 1849, Paris, imprimerie de l'Assemblée nationale, 1849 ; A. MALIVIN, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIX^e siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.

⁷⁹⁴ La création de l'article 225-17 du Code pénal est intervenue à la suite de la profanation du cimetière juif de Carpentras du 8 au 9 mai 1990.

Si le législateur de 1810 avait volontairement décrété de ne pas évoquer une quelconque atteinte physique au cadavre, le Code pénal de 1994 y fait désormais référence. Ainsi, au-delà de la prohibition de la violation de sépultures, le nouveau Code pénal réprime toute acte portant atteinte à l'intégrité du cadavre. S'il était indispensable pour le législateur de reconnaître et de punir les actes commis, non plus seulement à l'encontre des sépultures, mais également du contenu de celles-ci, la généralité du terme « intégrité du cadavre » laisse planer le doute sur le sort juridique de la nécrophilie. Par l'usage de la formule « intégrité du cadavre », le législateur tend-t-il à envisager la répression de la nécrophilie ? L'article 225-17 ne définit pas directement ce qu'il faut entendre par atteinte à l'intégrité du cadavre. De ce fait, il semble que toute atteinte, qu'importe la manière dont elle est administrée, entre dans le champ de la répression de l'article 225-17, la nécrophilie, atteinte sexuelle au cadavre, faisant partie de la sphère de l'article. Ainsi, le législateur, sans jamais les nommer, réprime tous actes sexuels portant atteinte à l'intégrité du cadavre. Intervient, dès lors, une difficulté : rien n'interdisant explicitement la nécrophilie, il se pourrait alors que, dans certaines circonstances, celle-ci soit tolérée. Certes, nous direz-vous, la généralité du terme « intégrité du cadavre » suffit à permettre une répression de la nécrophilie, pourtant, une telle généralité est également dangereuse puisqu'il est difficile d'établir dans quelles circonstances nous devons considérer qu'une atteinte est portée. Suffit-il de toucher un cadavre, de le déplacer, ou l'atteinte intervient-elle par des actes plus violents, tels que la mutilation ou la violation sexuelle ? Finalement, l'article, par sa généralité, semble faciliter la répression des actes commis à l'encontre du cadavre tout en laissant se dresser une incertitude sur ceux-ci. Adopter une formulation générale est une position néfaste, les sujets de droit ne pouvant maîtriser pleinement l'étendue de l'interdiction.

753. Par-delà le manque de spécificité de la loi en matière de nécrophilie, le choix de la place de l'article 225-17 au sein même du Code pénal pose question. En effet, la disposition législative relative à la violation du cadavre se trouve dans un chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne. De ce constat, le juriste doit s'interroger sur deux problématiques : Quel est le statut juridique du cadavre ? Le cadavre dispose-t-il d'une dignité ?

754. **Le statut juridique du cadavre** – La personnalité juridique s’acquiert dès la naissance soit au moment où l’enfant est déclaré vivant et viable⁷⁹⁵. Dès cet instant, l’enfant devient un sujet de droit qui, tout au long de son existence, sera détenteur de droits, de devoirs et de libertés et assujettis à des obligations. Par son existence humaine, il entre dans la catégorie des personnes. Si l’existence humaine conditionne l’acquisition de la personnalité juridique, il y a, dans la destinée humaine, une vérité incontestable : toute vie s’arrête un jour. D’une telle réalité, il est nécessaire de se questionner : la personnalité juridique s’éteint-elle avec le décès ? Au moment précis où le décès est constaté, la personnalité juridique cesse⁷⁹⁶. De cette affirmation, il semble que nous pouvons en tirer une conclusion. Dès lors que la mort intervient, les droits accordés, de son vivant, au défunt cessent inévitablement. En effet, si la personnalité juridique est conditionnée à une existence humaine, il ne peut être concevable qu’elle puisse perdurer dans le trépas. Le statut juridique du cadavre n’est cependant pas si évident que cela. Bien que dénué de la personnalité juridique, le Droit reconnaît au cadavre un statut particulier. Afin de mieux cerner le statut accordé au cadavre, il est indispensable de se pencher sur la jurisprudence. Tout d’abord, selon la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 24 mai 1860 : « *le mot personne comprendrait les vivants et les morts ; la loi ne les distinguant pas* ». La portée de la décision de la Cour semble limpide : le cadavre est une personne. Si la question paraissait trancher il y a fort longtemps, les décisions successives vont plonger le juriste dans un profond doute quant au statut juridique du cadavre. Ainsi, dans un arrêt du 3 avril 2002⁷⁹⁷, la Cour de cassation, dans une décision rendue en matière de restitution de prélèvements issus d’autopsies judiciaires, avait assimilé les prélèvements humains à des objets⁷⁹⁸. Une décision confirmée dans un arrêt du 3 février 2010⁷⁹⁹ qui

⁷⁹⁵ Article 318, Code civil ; Article 725 alinéa 1^{er}, Code civil ; A. FIORENTINO et M. HASCOËT, « Titre I. L’acquisition et la perte de la personnalité juridique » in *Droit des personnes, droit de la famille. Cours, exercices corrigés*, Ed. Armand Colin, Coll. « Cursus », 2012, 192 pages, pages 13 à 26.

⁷⁹⁶ J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. Fam.*, septembre 2012, n° 9, dossier 4.

⁷⁹⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle, 3 avril 2002, pourvoi n° 01-81.592.

⁷⁹⁸ « *Les prélèvements effectués aux fins d’analyse dans le cadre d’une procédure judiciaire, sur ce soit sur une personne vivante ou sur une personne décédée, ne sont pas des objets de restitution au sens de l’article 99 du Code de procédure pénale* », Cour de cassation, Chambre criminelle, 3 avril 2002, pourvoi n° 01-81.592.

⁷⁹⁹ « *Les prélèvements faits sur le corps humain à des fins médico-légales pour les nécessités d’une enquête ou d’une information qui ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimonial aux termes de l’article 16-1 du Code*

intègre les prélèvements humains à la catégorie des choses. De même, la Cour de cassation en considérant que le défunt ne peut se prévaloir d'un préjudice à titre posthume⁸⁰⁰ se montre enclin à le retirer de la catégorie spécifique des personnes. Pour autant, si la jurisprudence semble avoir tranché en considérant le cadavre comme une chose, le fait que l'article 16-1-1 du Code civil se situe dans un chapitre II intitulé « Du respect du corps humain », lui-même contenu dans le Livre Ier intitulé « Des personnes » semble remettre en cause la position de la Cour de cassation et attester vraisemblablement de la volonté du législateur de considérer juridiquement le cadavre comme une personne. En tout état de cause, il semble, qu'à ce jour, aucun consensus sur le statut juridique du cadavre n'a pu être parfaitement établi⁸⁰¹, le respect que le Droit accorde au cadavre le plaçant difficilement dans la catégorie des choses, le manque d'existence humaine nécessaire à l'établissement de la personnalité juridique défiant la possibilité de le considérer pleinement comme une personne.

755. Malgré la difficulté pour le Droit d'attribuer un statut juridique au cadavre, celui-ci reconnaît qu'il n'est pas dénué de toute considération juridique en tant que dépositaire de la dignité de la mémoire d'un être humain. Dans une volonté d'honorer une existence passée, le Droit considère que le cadavre requiert respect et protection, obligations garanties par le principe de dignité.

756. **La protection juridique du cadavre en vertu du principe de dignité** – De PLATON à DESCARTES, il est admis que l'être humain est composé d'un esprit, d'une âme et d'un corps⁸⁰². Lorsque survient la mort, seuls l'esprit et l'âme ne sont terrestrement plus alors

civil ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 41-1 du Code de procédure pénale », Cour de cassation, Chambre criminelle, 3 février 2010, pourvoi n° 09-83.468.

⁸⁰⁰ Cour de cassation, Première chambre civile, 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-15756 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 15 février 2005, pourvoi n° 03-18.302 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 4 février 2015, pourvoi n° 14-11.458 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 31 janvier 2018, pourvoi n° 16-23.591.

⁸⁰¹ M. **TOUZEIL-DIVINA** et M. **BOUTEILLE-BRIGANT**, « Le droit du défunt », *Communications*, volume 97, n° 2, 2015, pages 29 à 43 ; H. **POPU**, *La dépouille mortelle, chose sacrée : à la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, Thèse, Droit, Ed. L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », novembre 2009, 470 pages ; S. **PRIEUR**, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse, Droit, Dijon, Ed. Bordeaux : Les Études hospitalières, 1999, 453 pages, page 48.

⁸⁰² F. **LEROY**, « Corps, âme, esprit, de quoi sommes-nous faits ? », *Sciences et Avenir*, Hors-série n° 196 Comment l'esprit guérit le corps, décembre 2018 – janvier 2019.

que le corps constitue encore une chose matérielle dont il est indispensable de s'occuper. Le corps devient, à ce moment, le plus fort élément attestant de l'existence humaine de l'être qui s'en est allé. Considérant l'importance de cette preuve d'une vie passée et afin de préserver la mémoire du défunt, le Droit s'est érigé en protecteur de la préservation de l'enveloppe physique. Afin de garantir le respect qui se doit d'être accordé aux morts, le législateur s'est appuyé sur le principe de dignité. Bien qu'initialement limité aux sujets de droit, le principe de dignité a été étendu *post-mortem*, faisant du cadavre un sujet de droit ayant une place à part, celui-ci ne possédant plus la personnalité juridique mais étant malgré tout détenteur de droits fondamentaux. La première des références au principe de dignité est l'introduction dans le Code pénal de 1992 de l'article 225-17 relatif à la répression des atteintes à l'intégrité du cadavre et des violations de sépultures dans le chapitre V du Titre II du Livre II intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne⁸⁰³ ». Dès l'adoption du nouveau Code pénal, le législateur a souhaité régir pénalement le sort des cadavres. En intégrant, dans son chapitre relatif aux atteintes à la dignité de la personne, les atteintes à l'intégrité du cadavre, le législateur paraît imposer une volonté nette : à l'instar de la personne humaine, le cadavre possède lui-même une dignité. Dans le sillage de l'adoption de ce chapitre, la volonté du législateur d'imposer le respect du principe de dignité va être confirmée par l'adoption conjointe des articles 16⁸⁰⁴ et 16-1⁸⁰⁵ du Code civil, le premier évoquant explicitement le respect du droit à la dignité, le second le respect du corps humain. Pour autant, l'adoption de ces articles, bien que confortant la volonté du législateur d'assurer la protection de la dignité humaine, n'envisageait pas clairement qu'il puisse exister une protection de la dignité après la mort et seule la jurisprudence de la Cour de cassation avait entériné l'idée que les défunts possédaient une dignité⁸⁰⁶. Il ne s'agissait dès lors que d'une reconnaissance sous-jacente qui ne pouvait perdurer ainsi. Le flou

⁸⁰³ Il est pertinent de noter que si l'ancien Code pénal punissait les actes nécrophiles sur le fondement de la violation de sépultures, il ne faisait aucune référence au principe de dignité. Pourtant, nous aurions pu penser que l'ancien Code pénal contenant un section IV intitulée « Attentats aux mœurs » – section qui contient des dispositions en matière sexuelle –, la répression des atteintes au cadavre aurait été contenue dans celui-ci au vu du lien profond établi entre dignité, morale, bonnes mœurs et sexualité.

⁸⁰⁴ « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* », Article 16, Code civil.

⁸⁰⁵ « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* », Article 16-1, Code civil.

⁸⁰⁶ Cour de cassation, Première chambre civile, 20 décembre 2000, *Erignac*, pourvoi n° 98-13.875.

juridique⁸⁰⁷ concernant la problématique de la condition du cadavre va pousser le législateur à devoir statuer, définitivement, sur l'application du principe de dignité après la mort. La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 est venue instaurer un nouvel article au sein du Code civil : l'article 16-1-1 qui dispose que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ». Dès lors, le législateur – conforté par la jurisprudence⁸⁰⁸ – établit clairement que le principe de dignité, au-delà de son application aux êtres humains vivants, s'applique de la même manière aux morts ainsi qu'aux éléments qui composent le cadavre. Il n'est désormais plus temps de se poser la question de la dignité du cadavre même si le droit français en la matière déroge à la conception de la Cour EDH⁸⁰⁹. Les morts, même dépourvus de la personnalité juridique, disposent du droit à la dignité ; un droit à la dignité, véritable composante de l'ordre public qui par son caractère subjectif et sa forte connotation morale soulève de nombreuses interrogations dont la plus fondamentale pour notre étude : le cadavre possède-t-il une dignité ?

757. La dignité : principe propre à l'être doté de raison – La dignité, ce principe si subjectif, peut-il être applicable à toute chose ? Le cadavre dispose-t-il véritablement d'un droit à la dignité ? Bien que reconnu par le législateur, accorder au cadavre un droit à la

⁸⁰⁷ « En estimant que M. X... avait méconnu les dispositions précitées des articles 2, 7 et 19 du code de déontologie, qui ne peuvent s'appliquer qu'à des personnes vivantes, la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins a entaché sa décision d'erreur de droit ; mais considérant que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci », CE, Assemblée, 2 juillet 1993, n° 124960, Milhaud.

⁸⁰⁸ « Que le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort et les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ; qu'en l'espèce, pour déterminer si les corps exposés avaient été traités avec respect, dignité et décence, la cour d'appel a recherché s'ils avaient une origine licite et, plus particulièrement, si les personnes intéressées avaient donné leur consentement de leur vivant à l'utilisation de leurs cadavres ; qu'en se fondant sur ces motifs inopérants, tout en refusant, comme il lui était demandé, d'examiner les conditions dans lesquelles les corps étaient présentés au public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16-1-1 du code civil », Cour de cassation, Première chambre civile, 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-67.456.

⁸⁰⁹ Dans une décision du 27 février 2007, la Cour EDH estime que « la qualité d'être humain s'éteint au décès et que, de ce fait, la prohibition des mauvais traitements – telle que résultant de l'article 3 de la Convention – ne s'applique plus à des cadavres ». La Cour européenne ne reconnaissant ainsi pas « une dignité à la dépouille mortelle », Cour EDH, AKPINAR et ALTUN contre Turquie, 27 février 2007, Requête n° 56760/00, § 82.

dignité nous semble particulièrement incompatible avec le principe même de dignité. Nous devons dès lors argumenter notre pensée. La dignité est par essence humaine. Des êtres humains dotés d'une conscience et d'une raison. La dignité ne peut aller sans la conscience. Admettre que nous devons respecter notre dignité et celle d'autrui ne peut se concevoir que dans un esprit conscient. La conscience d'appartenir à ce monde, d'avoir de la valeur et de devoir protéger cette valeur. Il ne peut être admis qu'un sujet non doté de raison puisse comprendre tout l'enjeu de la dignité et du respect qui doit lui être accordé. À l'instar de notre pensée, Blaise PASCAL considérait, lui-même en son temps, le lien indéfectible entre pensée et dignité. Dans son célèbre ouvrage *Pensées*, le philosophe note que « *toute notre dignité consiste donc en la pensée*⁸¹⁰ (...) *Ce n'est point de l'espace que je dois chercher ma dignité, mais c'est du règlement de ma pensée*⁸¹¹ ». La relation intense entre conscience, pensée et dignité nous conforte dans l'idée qu'il ne peut être possible pour un être dès lors inanimé – soit dépourvu de conscience et de pensée – de se prévaloir d'une quelconque violation de sa dignité. Pourtant, bien que nous consentions à la nécessité de protéger le cadavre des atteintes – quelle qu'en soit leur nature – qui pourraient lui être portées, nous regrettons l'assimilation légale entre mort et dignité⁸¹². La dignité est une notion particulièrement difficile à appréhender, qu'il s'agisse de son caractère subjectif ou de sa connotation morale notable. L'attachement profond de la dignité à la morale, aux valeurs et la nature subjective de celle-ci questionne, nombre de juristes, sur son usage par le Droit. Un usage qui, si déjà problématique lorsqu'il est imposé aux vivants – comme émis précédemment, nous lui préférons le principe d'humanité –, ne doit pas être étendu aux morts. Le champ d'application du principe de dignité doit être limité à l'être conscient, apte à en saisir toute l'essence.

758. Pourtant, si nous n'admettons pas la référence au principe de dignité en ce qui concerne les obligations protectrices à l'égard des défunts, les atteintes qui peuvent leur être portées, telles que la nécrophilie, supposent que soit envisagées des mesures protectrices. Néanmoins, protéger suppose la nécessité qu'une personne puisse être

⁸¹⁰ B. PASCAL, *Pensées*, Fragments 347 et 368, Ed. J'ai lu, 2022, 84 pages.

⁸¹¹ B. PASCAL, *Pensées*, Fragment 348, Ed. J'ai lu, 2022, 84 pages.

⁸¹² Dans le même courant de pensée, Pierre-Jérôme DELAGE considère que « *la dignité est le propre des vivants (...), elle doit être l'impropre des morts* », P.-J. DELAGE, « Respect des morts, dignité des vivants », *Recueil Dalloz*, 2010, page 2044.

victime d'une atteinte quelle qu'elle soit, un impératif qui, au vu du statut singulier du cadavre, est difficilement saisissable.

759. La répression juridique de la nécrophilie : intégrité du cadavre et respect dû aux morts – Profondément empreinte de morale, et difficilement applicable au cadavre du fait de son absence de conscience, la dignité ne peut pas justifier la répression des actes nécrophiles. Pourtant, les conséquences engendrées par de tels actes nous incite à devoir les réprimer. Si la prohibition en la matière ne peut se fonder sur le principe de dignité, nous devons nous interroger précisément sur les intérêts qui justifient une telle répression. Comme énoncé dans l'article 225-17 du Code pénal, l'une des justifications à la répression de ces actes est l'atteinte à l'intégrité du cadavre. Un questionnement intervient dès lors : le cadavre est-il une victime qui peut se prévaloir d'une atteinte à son intégrité ? Si nous évoquons l'idée première selon laquelle la violation de l'intégrité d'une personne doit porter préjudice à l'individu qui en est victime, dans le cas précis du cadavre, du fait de son statut, il n'est plus en mesure de ressentir ni douleur physique, ni douleur psychique. De ce point de vue, pourquoi réprimer l'atteinte à l'intégrité du cadavre quand celui-ci ne peut même pas s'en plaindre, ni s'en prévaloir ? Bien que nous puissions parfaitement appréhender le respect qui doit être accordé aux restes humains d'une vie passée, il est difficilement compréhensible de pénaliser une infraction qui ne connaît aucune victime directe. De nouveau, il semble que seule la morale soit au fondement d'une telle interdiction, celle-ci établissant un comportement précis à respecter dans l'administration de la mort. Bien que l'aspect moral joue un rôle majeur dans la prohibition, il demeure malgré cela des victimes collatérales⁸¹³. Ainsi, sur quel fondement le Droit s'appuie-t-il pour rendre les actes nécrophiles illicites ? La réponse ne se déniche pas au sein des maux du cadavre mais dans les maux ressentis par les proches, ceux qui restent. La douleur et le

⁸¹³ Dans le sillage de la problématique de la victimisation du cadavre, nous pouvons évoquer la question du consentement. *Quid* des actes nécrophiles commis sur une personne qui aurait, avant son décès, donné son accord ? À l'instar de Daniel BORRILLO, nous nous interrogeons sur la prise en considération de la liberté du consentement dans le cas des actes nécrophiles. Le consentement *ante-mortem* ne peut-il pas justifier les actes nécrophiles ? Chacun n'est-il pas libre de décider de ce qu'il adviendra de sa dépouille ? S'il semble qu'une telle problématique ne se soit pas présentée en droit positif français, l'affaire du cannibale allemand (BVerfG, décision de la 2^e chambre du deuxième Sénat du 7 octobre 2008) va enjoindre le Droit, à un moment donné, à s'y intéresser, D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », 2009, 240 pages.

manque éprouvés au décès d'une personne, la mémoire d'une vie passée sont des sentiments qui, pour nombre d'entre nous, se doivent d'être honorés, respectés. Plus précisément, « *les sensibilités expriment de plus en plus ouvertement la douleur ressentie devant la séparation définitive entraînée par la mort d'un être cher, séparation rendue plus insupportable encore lorsque la dépouille – trace charnelle matérialisant celui ou celle qui n'est plus – doit subir l'épreuve abominable de la décomposition ou quelque mauvais traitement (absence de sépulture, inhumation en fosse commune ou anonyme, gestes invasifs ou mutilants de l'autopsie ou de l'embaumement...)* Une attention croissante est accordée au respect de la dépouille humaine qui, si elle est un déchet menaçant, est donc aussi, selon les circonstances, un corps à respecter⁸¹⁴ ». Le corps du mort est devenu sacré⁸¹⁵ et la sacralité imposée semble justifier la nécessité de prohiber tout acte qui contreviendrait au respect des disparus. Ainsi, la référence à l'atteinte à l'intégrité du cadavre n'est que le moyen de faire respecter un principe plus sacré : le respect dû aux morts.

760. En prohibant les actes qui portent atteinte à l'intégrité du cadavre, le législateur étend le préjudice aux proches, seuls individus à être habilités à se prévaloir d'un véritable préjudice, l'absence de conscience des personnes décédées entravant leur possibilité de pouvoir subir une atteinte et de se prévaloir de la réparation de celle-ci. Les vivants honorent la mémoire des morts et s'assurent que le souvenir de ceux qui sont partis ne soit entaché d'aucune forme de dommage. Le législateur donne procuration aux vivants de servir les intérêts de ceux qui ne sont plus. En tout état de cause, et au vu de la place fondamentale accordée à la préservation des défunts, le Droit n'est plus en mesure d'ignorer la nécrophilie en raison de sa forte connotation immorale. Les actes nécrophiles sont une réalité qui doit être explicitement règlementée.

761. ***L'indispensable répression spécifique de l'infraction de nécrophilie*** – Si l'horreur de la pratique a longtemps justifié son absence textuelle du Code pénal, la réalité bien que rare de la pratique nécrophile se doit désormais d'être prise en considération. Pourquoi

⁸¹⁴ A. MALIVIN, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIX^e siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.

⁸¹⁵ TGI Lille, 5 décembre 1996 ; J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Ed. Seuil, 1993, 243 pages, page 55.

choisir, désormais, de créer une infraction spécifique des atteintes sexuelles sur le cadavre alors même que celles-ci sont déjà réprimées implicitement par la loi ? La raison d'une telle modification tient à la volonté de clarifier le vide juridique en la matière. Bien que le Code pénal prohibe les atteintes à l'intégrité du cadavre, le manque de spécificité de la formule « intégrité du cadavre » peut engendrer deux difficultés. La première tient au fait que la formule, par sa généralité, peut englober pléthore de comportements. Le texte de la loi ne précise en rien ce qu'il faut entendre par atteinte à l'intégrité du cadavre. De quoi s'agit-il précisément ? Un simple touché affectueux est-il une atteinte à l'intégrité du cadavre ou les actes commis doivent revêtir une certaine connotation violente ou sexuelle ? Rien ne permet aux sujets de droit de connaître pleinement ce qui leur est interdit, l'article 225-17 évoquant « toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit ». Une telle imprécision peut avoir des répercussions néfastes, les individus ne maîtrisant pas précisément les gestes qu'ils peuvent finalement adopter en présence d'un corps dénué de vie, tout acte – même affectueux⁸¹⁶ – pouvant, au sens de l'article 225-17 du Code pénal, constituer l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre. À l'inverse, et ceci même si l'idée reste sensiblement la même, la généralité est source de libéralité. Puisque le Code pénal ne précise pas rigoureusement les actes qui sont interdits, d'aucuns peuvent s'adonner à des actes qu'ils estiment autorisés. Les termes généraux de l'infraction peuvent ainsi conduire à deux attitudes individuelles : la croyance que rien n'est autorisé ou la conviction que les actes réalisés ne portent pas atteinte à l'intégrité.

762. La difficulté quant à l'imprécision de la loi s'illustre d'autant plus lorsqu'il est question d'atteintes sexuelles sur le cadavre. Le fait que les actes nécrophiles ne soient pas expressément punis par la loi pose la question de la véracité de leur répression. Comment le juge doit-il apprécier un acte qui n'existe pas sur le plan juridique ? La réponse se devine encore par le recours à l'infraction d'atteinte à l'intégrité du cadavre dont la généralité introduit un véritable obstacle quant au principe de la légalité des délits et des peines⁸¹⁷

⁸¹⁶ Nous pouvons, pour évoquer les actes affectueux, les illustrer par le baiser ou les gestes attentionnés que nous offrons à la personne dont le cercueil se referme afin de lui dire un dernier adieu.

⁸¹⁷ Sur le sujet de l'atteinte au principe de la légalité des délits et des peines, voir A. **DARSONVILLE**, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, volume 34, n° 1, 2012, pages 31 à 43.

imposant clarté et précision de la loi pénale⁸¹⁸, principe qui se doit d'être respecté afin d'offrir aux justiciables sécurité juridique. De ce point de vue, il est désormais temps pour le législateur de prendre note de l'indispensable nécessité de réprimer explicitement les atteintes sexuelles sur le cadavre, le droit positif français ne pouvant plus occulter, par horreur, l'existence nécrophile.

763. À l'image du droit anglais⁸¹⁹, le législateur doit tenir compte de l'absolue nécessité d'ériger une infraction spécifique des violences commises à l'encontre du cadavre, sa répression implicite contrevenant indubitablement au principe de la légalité des délits et des peines. Nous pouvons dès lors nous essayer à la rédaction d'un tel article : « *Toute personne qui commet, intentionnellement, un acte de pénétration sexuelle, au moyen d'une partie de son corps ou de tout autre objet visant à la pénétration, sur tout ou partie du corps d'un cadavre, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende*⁸²⁰ ». Rédiger un article spécifique n'est pas la seule obligation qui doit être imputée au législateur. Au-delà de l'impératif législatif de prohiber explicitement les actes nécrophiles, celui-ci doit tenir compte de l'emplacement textuel de ce nouvel article. Actuellement contenu dans le chapitre relatif aux atteintes à la dignité de la personne, il est désormais temps de lui accorder une place plus juridique que morale, délaissant l'atteinte à la dignité pour l'atteinte aux personnes. Ainsi, il serait préférable – en se fondant sur l'idée de l'atteinte à l'intégrité du cadavre – de situer ce nouvel article au sein du Livre II « Des crimes et délits contre les personnes », Titre II « Des atteintes à la personne humaine », Chapitre II « Des atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne », Section 3 « Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles », en créant un nouveau paragraphe intitulé « Des atteintes sexuelles au cadavre », une telle modification textuelle permettant de considérer dorénavant la nécrophilie non plus comme une infraction cachée et d'ordre

⁸¹⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁸¹⁹ « *Une personne commet une infraction si : (1) il effectue intentionnellement un acte de pénétration avec une partie de son corps ou quoi que ce soit d'autre, (2) ce qui est pénétré est une partie du corps d'un mort, (3) il le sait, ou ne se soucie pas de savoir si, c'est ce qui est pénétré, (3) la pénétration est sexuelle* », *Sexual Offences Act 2003*.

⁸²⁰ Il n'est pas nécessaire d'envisager une modification de la peine, celle-ci nous paraissant estimée justement au regard des faits perpétrés.

moral mais bien véritablement comme un acte formellement prohibé par la loi du fait de l'atteinte qu'elle porte à l'intégrité du cadavre et au respect qui doit être attaché à celui-ci.

764. Bien que le cas de la nécrophilie relève de la protection de l'intégrité du cadavre, il est davantage une infraction morale, la victime ne pouvant, dès la survenance de son décès, ne plus éprouver ni préjudice physique, ni préjudice psychique. Pour Amandine MALIVIN, « *la société dans son ensemble se considère également comme « victime » du nécrophile parce qu'en agissant de la sorte, ce dernier lui rappelle qu'elle abrite en son sein des anomalies, des êtres qu'elle se presse de rejeter du côté de la monstruosité et qui par leur simple existence représentent une menace pour la collectivité dont ils rejettent les règles, et pour chacun de ses membres individuellement*⁸²¹ ». Précisément, en interdisant les actes nécrophiles, la volonté du législateur est de préserver la morale de la société, une morale qui justifie, au-delà de la prohibition des actes nécrophiles, la désapprobation de certains autres comportements sexuels qualifiés de déviants.

SECTION II – Les interdits sexuels au nom de la morale : étude de l'infraction de zoophilie

765. D'aucuns percevront, il est certain, à la lecture du sujet qui va suivre, une probable approbation des actes zoophiles. Néanmoins, le travail du juriste que nous sommes se limite à étudier la réglementation des comportements sexuels par le Droit et non à apporter un jugement sur les comportements sexuels individuels. L'étude de la réglementation de la zoophilie n'a pour seul but que de produire un regard critique sur la manière dont la matière juridique régit les comportements sexuels des humains envers les animaux. Il ne s'agit en aucune façon d'émettre une pensée en faveur ou contre la zoophilie mais d'analyser juridiquement la condition de celle-ci.

766. La zoophilie, anciennement connue sous le nom de bestialité, a traversé des époques et des transformations sociales. Les changements dans la perception de cette

⁸²¹ A. GIARD, « La nécrophilie n'est pas condamnée par la loi française », 3 décembre 2012, *Libération*, https://www.liberation.fr/debats/2012/12/03/la-necrophilie-n-est-pas-condamnee-par-la-loi-francaise_1811820/

pratique, de la répulsion morale à la compréhension psychiatrique, tracent une trajectoire complexe dans l'histoire de l'infraction (§ I).

767. Cependant, la prohibition de la zoophilie, bien qu'elle ait été écartée pendant un certain temps, a fait son retour. Pourquoi la société a-t-elle choisi de réprimer cette pratique ? Est-ce principalement pour protéger les animaux, ou s'agit-il d'une répression motivée par des considérations morales ? Lorsque nous examinons de plus près la notion de consentement dans le contexte de la zoophilie, des questions éthiques émergent. L'absence supposée du consentement de l'animal est-elle la principale préoccupation, ou existe-t-il d'autres éléments à considérer ? Les actes zoophiles sont-ils toujours violents envers les animaux ? La question de l'atteinte sexuelle sur les animaux, nouvelle infraction, soulève désormais des préoccupations juridiques profondes (§ II).

§ I – Histoire de l'infraction de zoophilie

768. ***De la bestialité à la zoophilie***⁸²² – « *Il y a des monstres qui naissent moitié de figure de bête, et l'autre humaine, ou du tout retenant des animaux, qui sont produits de sodomites et athéistes, qui se joignent et débordent contre nature avec les bêtes, et de là s'engendrent plusieurs monstres hideux et grandement honteux à voir et à en parler : toutefois la déshonnêteté gît en effet, et non en paroles, et est lors que cela se fait, une chose fort malheureuse et abominable, et grande infamie et abomination à l'homme ou la femme se mêler et accoupler avec les bêtes, dont aucuns naissent demi-hommes et demi-bêtes*⁸²³ ». Ambroise PARE, chirurgien du XVI^e siècle, dans ses écrits ci-avant exposés, désignait la bestialité comme un acte sexuel donnant naissance à des hybrides : mi-homme, mi-bête. Une telle vision, si elle est chez Ambroise PARE fortement empreinte d'une

⁸²² Durant des siècles, le terme « bestialité » était employé pour caractériser l'attirance des êtres humains envers les animaux. Si le terme de zoophilie désigne, de nos jours, une telle attirance, celui-ci ne fut inventé qu'à la fin du XIX^e siècle sous la plume du psychiatre KRAFFT-EBING (R. **VON KRAFFT-EBING**, *Psychopathia Sexualis. Avec recherches spéciales sur l'inversion sexuelle*, Traduit de la 8^e édition allemande par E. LAURENT et S. CSAPO, Paris, Ed. Georges Carré, 1895, 609 pages) et si dans un premier temps, il ne disposait d'aucune connotation défavorable – il justifiait l'amour et la défense des animaux –, il est devenu, à partir des années 1920, un terme fortement péjoratif se rattachant à la portée du terme de bestialité (E. **PIERRE**, « Éléments pour une approche du statut de l'animal en France au XIX^e siècle », Intervention à la Journée d'études de la Société d'Ethnologie Française consacrée au statut de l'animal, 9 avril 1992).

⁸²³ A. **PARE**, *Des monstres et prodiges in Les Œuvres*, Paris, Ed. G. Buon, 1595, 1016 pages.

connotation religieuse⁸²⁴, faisait déjà écho dans la Grèce antique. La mythologie grecque narrait l'usage de telles pratiques par les Dieux⁸²⁵ et certains mythes et légendes en ont fait leur sujet principal⁸²⁶. Si les siècles qui suivirent firent de la bestialité une atrocité immorale, celle-ci était perçue différemment sous l'Antiquité. Plus précisément, « *la bestialité, que nous pouvons réprover aujourd'hui, a été évidemment, une des formes passionnelles des temps primitifs, puis des temps antiques. Mais comment en pouvait-il être autrement ? Philosophies, religions, traditions, légendes, associaient étroitement l'animal à l'homme. On observe une confusion complète des espèces dans tous les récits merveilleux que les poètes transmettent fidèlement ; la tératologie y occupe le premier plan, car il n'y est question que d'êtres bizarres, satyres aux pieds de boucs, centaures mi-hommes mi-chevaux, monstres marins ou ailés empruntant, partie à l'homme partie à l'animal, leurs caractères distinctifs (...)* De l'ensemble philosophique, constitué par ces légendes et ces traditions, ne se dégage pas, comme plus tard, la souveraineté de l'homme, orgueilleusement jaloux de sa royauté. Au contraire, il se mêle volontiers à l'animalité, il y trouve ses meilleurs amis ; la vie pastorale, son isolement au milieu des troupeaux, tout le

⁸²⁴ La formule employée « *qui sont produits de sodomites et athéistes* » marque profondément la référence à la religion et ses interdits.

⁸²⁵ « *Dans l'Olympe, la bestialité était fort en honneur. Vénus, dont on sait l'adhérence à sa proie, tenaillait si fort ses collègues des deux sexes que ceux-ci ne répugnaient à aucun subterfuge pour satisfaire leur passion. Volontiers, ils empruntaient, pour descendre sur la terre, la forme d'un animal plus ou moins séduisant, ou bien ils transformaient en bêtes les femmes ardemment désirées. Singulière façon de séduire quand on a à sa disposition tous les procédés miraculeux permettant de s'abstraire des contingences terrestres. Il nous faut en conclure que ce n'était point par nécessité, mais par goût que Neptune, Jupiter et tant d'autres locataires de l'Olympe se dégradèrent par leurs métamorphoses imprévues* », L. NASS, « La bestialité antique », Extrait de la revue *Æsculape*, Paris, juillet 1912, pages 9 à 12 ; G. DUBOIS-DESAULLE, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 19.

⁸²⁶ « *Pasiphaé, femme de Minos, éprouva un jour une passion folle pour un taureau blanc. À cet amour indigne, qui la tenaillait au point de lui faire perdre toute raison, elle sacrifia son honneur, sa dignité de reine et de femme (...) elle trouve quelqu'un qui veut bien favoriser sa passion malsaine (...) On sait quel fut le fruit de cet hymen anormal : un monstre, le Minotaure* », L. NASS, « La bestialité antique », Extrait de la revue *Æsculape*, Paris, juillet 1912, pages 9 à 12 ; « *Léda, fille de Thestius, roi d'Étolie, fut mariée à Tyndare, roi de Sparte. Malheureusement pour son mari, Léda était très belle, Jupiter en devint amoureux et voulut la posséder. Il alla supplier Vénus de lui prêter assistance. Celle-ci consentit à se changer en aigle, Jupiter en cygne, et l'aigle, avec de grands cris, devait poursuivre le cygne dans les airs. Le pauvre cygne persécuté, se réfugia dans les bras de Léda, qui accueillit fort bien ce tendre suppliant ; elle le consola, le réchauffa dans son sein et ne s'en trouva pas plus mal. Seulement, elle accoucha, neuf mois plus tard, de deux œufs (...) Le premier couple fut attribué à Jupiter, le second à Tyndare* », G. DUBOIS-DESAULLE, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 22.

*pousse, quotidiennement, à la bestialité, qu'il considère comme un jeu*⁸²⁷ ». La situation grecque diffère profondément de celle de la Rome antique. En effet, bien que la documentation dans ce domaine soit très limitée, il a été découvert que la bestialité était punie du châtement réservé à la sodomie⁸²⁸, autrement dit la peine de mort⁸²⁹.

769. À l'instar de nombreuses pratiques sexuelles, la bestialité va, avec l'émergence du Christianisme, devenir une abomination de la nature, une perversion humaine qui se doit d'être fermement condamnée par la mise à mort⁸³⁰ du pécheur et de l'animal qui fut l'objet de son péché⁸³¹. La bestialité est en soi le plus grave des péchés de luxure⁸³² et un acte contre nature. L'acte de bestialité s'étend des touchers impudiques jusqu'à la pollution de l'animal, du péché véniel au péché mortel⁸³³. Il n'est pas nécessaire de rappeler de nouveau la raison pour laquelle la bestialité était une pratique interdite par la religion, nous avons longuement étudié le rôle attribué à la sexualité à savoir la seule et unique procréation,

⁸²⁷ L. NASS, « La bestialité antique », Extrait de la revue *Æsculape*, Paris, juillet 1912, pages 9 à 12.

⁸²⁸ G. DUBOIS-DESAULLE, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 3.

⁸²⁹ *Ibidem*, page 219.

⁸³⁰ Livre de l'Exode, 22 : 19, « *Quiconque couche avec une bête sera puni de mort* » ; Livre du Lévitique, 18 : 23, « *Tu ne coucheras point avec une bête, pour te souiller avec elle. La femme ne s'approchera point d'une bête, pour se prostituer à elle. C'est une confusion* », 20 : 15-16, « *Si un homme couche avec une bête, il sera puni de mort ; et vous tuerez la bête. Si une femme s'approche d'une bête, pour se prostituer à elle, tu tueras la femme et la bête ; elles seront mises à mort : leur sang retombera sur elles* » ; Livre du Deutéronome, 27 : 21, « *Maudit soit celui qui couche avec une bête quelconque ! Et tout le peuple dira : Amen !* » ; G. DUBOIS-DESAULLE, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 7.

⁸³¹ Il est intéressant de noter que seul l'Ancien Testament évoque la condamnation de la bestialité comme si, qu'importe l'évolution de la pensée religieuse, il n'était jamais nécessaire de revenir dessus et la seule idée de l'évoquer provoquait horreur et désapprobation.

⁸³² Abbé J.-B. VITTRANT, « La chasteté chrétienne » in J.-B. BOUVIER et J.-B. VITTRANT, *Sexe catholique. Le permis et le défendu*, Ed. JesusMarie, 2014, 257 pages, page 90 ; *Droit, Histoire et Sexualité*, Textes réunis et présentés par J. POUMAREDE et J.-P. ROYER, Lille, Publications de l'Espace Juridique, 1987, 451 pages, pages 49 à 50.

⁸³³ Saint Alphonse DE LIGUORI, *Théologie morale*, Livre III, n° 474 ; Abbé J.-B. VITTRANT, « La chasteté chrétienne » in J.-B. BOUVIER et J.-B. VITTRANT, *Sexe catholique. Le permis et le défendu*, Ed. JesusMarie, 2014, 257 pages, page 90.

même si, au-delà de la transgression à l'acte reproductif, le scandale⁸³⁴ associé à la bestialité confortait sa vigoureuse condamnation⁸³⁵.

770. La répression biblique de la bestialité va devenir la référence juridique à la condamnation de ces actes⁸³⁶. En effet, le Droit la réprime mais aucun texte législatif n'y fait référence. Ainsi, dès lors que des actes de bestialité sont poursuivis, le juge s'en réfère au droit canonique, invoquant systématiquement les versets de l'Ancien Testament. La bestialité n'est jamais évoquée en tant qu'infraction mais toujours comme un péché⁸³⁷. D'ailleurs, la bestialité est la seule infraction juridique qui puise son interdiction dans une référence biblique⁸³⁸. Pourtant, bien que celle-ci soit fermement réprimée, la simple idée d'y faire une quelconque allusion textuelle ne s'envisage pas, l'horreur et le dégoût soulevés par la pratique obligent les individus qui y sont confrontés à la citer brièvement⁸³⁹ voire à s'en abstenir⁸⁴⁰.

⁸³⁴ La bestialité était une pratique liée à des mouvements hérétiques ou encore, à des relations diaboliques, *Droit, Histoire et Sexualité*, Textes réunis et présentés par J. **POUMAREDE** et J.-P. **ROYER**, Lille, Publications de l'Espace Juridique, 1987, 451 pages, pages 49 à 50.

⁸³⁵ Nous évoquons une vigoureuse condamnation à la lecture des versets de l'Ancien Testament mais pour autant, il y avait très peu de référence dans le droit pénal canonique contre la bestialité. Peut-être que la teneur horrifique de l'acte ou sa rareté ne nécessitaient pas d'y porter un intérêt plus important que la seule condamnation textuelle relevée dans l'Ancien Testament, *Droit, Histoire et Sexualité*, Textes réunis et présentés par J. **POUMAREDE** et J.-P. **ROYER**, Lille, Publications de l'Espace Juridique, 1987, 451 pages, page 50.

⁸³⁶ « *Les Capitulaires de Charlemagne ont établi la peine de mort (...) À cette époque le modèle est la loi hébraïque, répandue dans les pays occidentaux par l'expansion du christianisme* », G. **DUBOIS-DESAULLE**, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 220.

⁸³⁷ Dans le procès de Claude COLLEY, poursuivi pour avoir eu des rapports sexuels avec une jument, le tribunal énonce que « *il est chargé et accusé d'avoir commis le péché énorme contre Dieu* », A. **FOLLAIN**, « *Kuhgyher et baiseurs de vaches. La bestialité dans les campagnes et l'exemple du procès fait à Claude Colley en 1575 dans les Vosges* », *Histoire & Sociétés Rurales*, volume 49, n° 1, 2018, pages 159 à 198.

⁸³⁸ A. **FOLLAIN**, « *Kuhgyher et baiseurs de vaches. La bestialité dans les campagnes et l'exemple du procès fait à Claude Colley en 1575 dans les Vosges* », *Histoire & Sociétés Rurales*, volume 49, n° 1, 2018, pages 159 à 198.

⁸³⁹ « *Nous pourrions citer encore des arrêts à l'appui de ces lois ; mais ce n'est déjà que trop nous arrêter sur un sujet si dégoûtant et si capable d'alarmer la modestie de nos lecteurs* », P.-F **MUYART DE VOUGLANS**, *Les lois criminelles du Royaume dans leur ordre naturel*, Paris, Ed. Mérigot le jeune, 1780, 945 pages, page 244.

⁸⁴⁰ Pour DE DAMHOUDERE, la bestialité est un « *horrible et indicible péché qu'on ne doit le nommer* », J. **DE DAMHOUDERE**, *La pratique et enchiridion des causes criminelles, illustrée par plusieurs élégantes figures...*, Louvain, Etienne Wauters et Jehan Bathen, 1555, 386 pages.

771. L’Ancien Régime va poursuivre la condamnation héritée de la religion réprimant les auteurs présumés d’actes de bestialité⁸⁴¹, une répression qui va pourtant s’avérer moins active qu’auparavant⁸⁴². Néanmoins, le siècle des Lumières sera marqué davantage par l’étude des comportements zoophiles. Si le discours oscille entre l’horreur, l’indignation et la fascination pour le sujet⁸⁴³, les auteurs⁸⁴⁴ s’accordent pour considérer la pratique comme parfaitement indigne⁸⁴⁵. MIRABEAU, dans son ouvrage intitulé *Erotika Biblion*, s’interroge ainsi : « *Comment imaginer sans horreur qu’un goût aussi dépravé puisse exister dans la nature humaine lorsqu’on pense combien elle peut s’élever au-dessus de tous les êtres animés ? Comment se figurer que l’homme ait pu se prostituer ainsi ? Quoi, tous les charmes, toutes les délices de l’amour, tous ses transports ... il a pu les déposer aux pieds d’un vil animal !*⁸⁴⁶ ». DEMEUNIER, quant à lui, considère la bestialité comme « *le dernier de tous les désordres*⁸⁴⁷ ». Pourtant, bien que moralement réprimée, d’aucuns en ont fait l’objet principal de leurs œuvres. SADE fut l’auteur le plus productif en la matière⁸⁴⁸, évoquant dans ses nombreux récits érotiques la bestialité aussi bien passive qu’active⁸⁴⁹. Outre les ouvrages consacrés à la littérature érotique, la bestialité est également analysée par les auteurs d’un point de vue biologique. Un siècle avant les écrits d’Ambroise PARE,

⁸⁴¹ Dans son ouvrage intitulé *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Gaston DUBOIS-DESAULLE recense une quarantaine de procès pour bestialité, c’est dire ô combien de tels actes étaient poursuivis et réprimés avec fermeté, G. DUBOIS-DESAULLE, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, pages 51 à 202.

⁸⁴² A. FOLLAIN, « Un crime capital en voie de disparition. La bestialité et l’exemple du procès fait à Léonard Forrest en 1783 », *Source(s), Arts, Civilisation et Histoire en Europe*, n° 11, 22 octobre 2022, pages 127 à 137.

⁸⁴³ V. JOLIVET, « Lumières et bestialité », *Dix-huitième siècle*, volume 42, n° 1, 2010, pages 285 à 303.

⁸⁴⁴ MIRABEAU, *Erotika Biblion*, édition revue et corrigée sur l’édition originale de 1783 et sur l’édition de l’an IX, avec les notes de l’édition de 1833, attribuées au chevalier Pierrugues, Bruxelles, 1867, 250 pages ; VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Londres, 1764, 344 pages ; J.-N. DEMEUNIER, *L’esprit des usages et des coutumes des différents peuples*, Londres, Tome II, 1776, 394 pages.

⁸⁴⁵ « *Ce crime est si monstrueux et révolte tellement la nature, qu’on n’imagineroit pas qu’il fut possible, si nous n’en trouvions des exemples rapportés dans l’Histoire, tant sacrée que profane* », P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les loix criminelles du Royaume dans leur ordre naturel*, Paris, Ed. Mérimot le jeune, 1780, 945 pages, page 244.

⁸⁴⁶ MIRABEAU, *Erotika Biblion*, édition revue et corrigée sur l’édition originale de 1783 et sur l’édition de l’an IX, avec les notes de l’édition de 1833, attribuées au chevalier Pierrugues, Bruxelles, 1867, 250 pages, page 124.

⁸⁴⁷ J.-N. DEMEUNIER, *L’esprit des usages et des coutumes des différents peuples*, Londres, Tome II, 1776, 394 pages, pages 315 à 316.

⁸⁴⁸ V. JOLIVET, « Lumières et bestialité », *Dix-huitième siècle*, volume 42, n° 1, 2010, pages 285 à 303.

⁸⁴⁹ SADE, *Les cent vingt journées de Sodome*, Ed. 10/18, 1998, 450 pages ; SADE, *Histoire de Juliette ou les prospérités du vice*, Tome I, Ed. La Musardine, 2020, 636 pages.

les auteurs considéraient déjà que les amours zoophiles donnaient naissance à des monstres⁸⁵⁰.

772. Des siècles durant, la condition de la bestialité va se transformer : entre objet de légende, crime contre nature et sujet littéraire. Pourtant, la mutation ne va pas s'arrêter en si bon chemin. Une nouvelle fois, la bestialité va connaître d'un nouveau statut dès la Révolution française. Évincée de la matière juridique, elle va devenir l'objet des études psychiatriques. La bestialité d'autrefois devenant la zoophilie d'aujourd'hui.

773. ***L'abolition du crime de bestialité ou l'émergence de l'étude psychiatrique de la zoophilie*** – Si la bestialité fut longtemps réprimée comme crime contre nature, la mise en place d'un nouveau régime par la Révolution française va bouleverser la condition légale de celle-ci. En effet, « *le Code pénal français de 1791 et celui de 1810 restent muets sur le sujet*⁸⁵¹ ». Bien que la bestialité fût l'objet d'une forte répression durant les siècles précédents, la législation révolutionnaire n'y fait aucune allusion. De même, le Code pénal de 1810 ne l'envisage pas. Pourquoi les législateurs révolutionnaires, ainsi que leurs successeurs, ont-ils fait le choix d'ignorer le crime de bestialité ? « *Le code pénal français ignore ce crime. Il estime sans doute que certaines turpitudes sont trop viles pour avoir droit à l'honneur d'une répression*⁸⁵² ». De même, l'ignorance législative du crime de bestialité s'explique par le fait que « *les rédacteurs du code de 1810 ont pensé qu'il était préférable, dans l'intérêt de la morale publique, de jeter un voile sur ces turpitudes, d'une investigation difficile, et qui, en étant livrées à la publicité, ne peuvent être la cause que de scandales*⁸⁵³ ». Dès lors, le législateur se refuse à nommer le crime de bestialité. Plus précisément, « *la législation actuelle n'a pas voulu entrer dans les distinctions des casuistes ni voulu*

⁸⁵⁰ « *Quoi qu'il en soit, il paraît certain qu'il a existé des produits des chèvres avec l'espèce humaine* », **MIRABEAU**, *Erotika Biblion*, édition revue et corrigée sur l'édition originale de 1783 et sur l'édition de l'an IX, avec les notes de l'édition de 1833, attribuées au chevalier Pierrugues, Bruxelles, 1867, 250 pages, page 102 ; « *Il est parlé de satyres dans presque tous les auteurs anciens. Je ne vois pas que leur existence soit impossible (...) Il faut donc que ces accouplements aient été communs, et jusqu'à ce qu'on soit mieux éclairci, il est à présumer que des espèces monstrueuses ont pu naître de ces amours abominables* », **VOLTAIRE**, *La philosophie de l'histoire*, Amsterdam, 1765, 267 pages, pages 7 à 8.

⁸⁵¹ G. **DUBOIS-DESAULLE**, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 230.

⁸⁵² L. **NASS**, « La bestialité antique », Extrait de la revue *Æsculape*, Paris, juillet 1912, pages 9 à 12.

⁸⁵³ G. **DUBOIS-DESAULLE**, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 230.

*reproduire les qualifications spéciales que certains crimes contre nature avaient dans l'ancien droit, elle a compris tous les délits de cette espèce sous le titre d'attentats aux mœurs*⁸⁵⁴ », le Code pénal de 1810 disposant d'une section IV consacrée aux attentats aux mœurs, celui-ci ne distingue plus précisément les infractions sexuelles. Il semble pour autant qu'au vu du fait que l'infraction d'attentat aux mœurs dispose d'une portée très générale, le crime de bestialité restait punissable dès lors que celui-ci était visible, relevant désormais des troubles et scandales publics⁸⁵⁵.

774. La volonté du législateur d'effacer la moindre empreinte de la bestialité dans sa législation va conduire les autorités judiciaires à transmettre ces actes au corps médical à une époque où se développe la médecine mentale⁸⁵⁶. Bien que le terme « bestialité » n'a pas disparu du langage, la science va s'emparer de la matière et désigner ces actes par un nouveau terme : « zoophilie ». Le terme « zoophilie » est employé pour la première fois en 1886 par le psychiatre Richard VON KRAFFT-EBING dans son ouvrage intitulé *Psychopathia sexualis*⁸⁵⁷. Initialement dénommée « *zoophilia erotica* », KRAFFT-EBING décrit la zoophilie comme une attirance, à la fois émotionnelle et sexuelle, des individus pour les animaux. Si le terme semble parfaitement analogue à celui de bestialité, « *la définition de « bestialité » n'inclut pas cette notion émotionnelle : elle est décrite comme tout contact sexuel ou tout contact physique quel qu'il soit avec les animaux, et qui provoque chez l'individu concerné une excitation et un plaisir sexuel*⁸⁵⁸ ». La répression morale de la zoophilie semble s'effacer peu à peu au profit d'une répression des psychopathologies sexuelles. La médecine de l'esprit va ainsi s'emparer de la zoophilie, une étude qui se prolonge encore à notre époque

⁸⁵⁴ G. DUBOIS-DESAULLE, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages, page 230.

⁸⁵⁵ A. FOLLAIN, « *Kuhgyher* et baiseurs de vaches. La bestialité dans les campagnes et l'exemple du procès fait à Claude Colley en 1575 dans les Vosges », *Histoire & Sociétés Rurales*, volume 49, n° 1, 2018, pages 159 à 198.

⁸⁵⁶ *Ibidem*.

⁸⁵⁷ R. KRAFFT-EBING, *Psychopathia sexualis : une étude médico-légale clinique*, Stuttgart, Ed. Ferdinand Enke, 1^{ère} édition, 1886, 110 pages ; B. HOLOYDA et W. NEWMAN, « *Zoophilia and the Law: Legal Responses to a Rare Paraphilia* », *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, volume 42, n° 4, 2014, pages 412 à 420.

⁸⁵⁸ M. BARON, *La zoophilie dans la société : Quel rôle le vétérinaire peut-il tenir dans sa répression ?* Thèse d'exercice, Médecine vétérinaire, École Nationale Vétérinaire de Toulouse, 2017, 118 pages, page 10.

actuelle⁸⁵⁹. À titre d'exemple, nous pouvons citer les travaux de Hani MILETSKI⁸⁶⁰, sexologue et sexothérapeute américaine, qui se rapprochent de l'idée principale de KRAFFT-EBING, à savoir que la zoophilie est un attachement émotionnel aux animaux, faisant de ceux-ci des partenaires sexuels privilégiés. En tout état de cause, si les termes présentent une certaine similitude, à ce jour, la dénomination « zoophilie » est privilégiée par les acteurs de la recherche pour déterminer les contacts sexuels entre humains et animaux⁸⁶¹. Le terme de « zoophilie » semble apporter une dimension plus scientifique que celui de bestialité, même si la référence à la morale n'a pas complètement disparu et se retrouve nettement dans la répression juridique de la zoophilie, une répression relativement récente qui doit son instauration à l'émergence de questions sensibles concernant la protection animale⁸⁶².

§ II – De la prohibition de la zoophilie

775. **La renaissance de l'infraction de zoophilie** – Bien qu'écartée du champ pénal durant plus de deux siècles, le sort parfois cruel des animaux va inciter le législateur de la fin des années 1990 à envisager, à l'instar de ses prédécesseurs, l'amorçement d'une première répression de la zoophilie. Si le Code pénal de 1994 ne prévoit pas expressément la prohibition des actes zoophiles, l'instauration de l'article 521-1 du Code pénal relatif aux sévices graves et actes de cruauté, ultérieurement modifié par la loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 relative aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux, nous laisse croire que le législateur prenait, avec l'adoption du nouveau Code pénal, la mesure d'estimer la condition animale avec davantage de considération. La rédaction de l'article

⁸⁵⁹ Si la répression médicale de la zoophilie fut longtemps justifiée par la possible naissance d'hybrides ou par son caractère déviant, l'aspect sanitaire de la pratique commence à interroger les scientifiques sur le potentiel lien entre actes zoophiles et cancers péniens, S. de C. **ZEQUI** et *al.*, « Sex with Animals (SWA): Behavioral Characteristics and Possible Association with Penile Cancer, a Multicenter Study », *Journal of Sexual Medicine*, 2012, volume 9, n° 7, pages 1860 à 1867 ; M. **BARON**, *La zoophilie dans la société : Quel rôle le vétérinaire peut-il tenir dans sa répression ?* Thèse d'exercice, Médecine vétérinaire, École Nationale Vétérinaire de Toulouse, 2017, 118 pages, pages 56 à 57.

⁸⁶⁰ A. M. **BEETZ** et A. L. **PODBERSCEK**, *Bestiality and zoophilia: Sexual relations with animals*, West Lafayette, Purdue University Press, 2005, 136 pages.

⁸⁶¹ *Ibidem*.

⁸⁶² A. **FOLLAIN**, « *Kuhgyher* et baiseurs de vaches. La bestialité dans les campagnes et l'exemple du procès fait à Claude Colley en 1575 dans les Vosges », *Histoire & Sociétés Rurales*, volume 49, n° 1, 2018, pages 159 à 198.

521-1 du Code pénal, ainsi que celle de l'article modifié par la loi de 1999, ne présente aucune référence aux actes sexuels qui pourraient être subis par l'animal. Néanmoins, le législateur réprime « *le fait, sans nécessité, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité (...)*⁸⁶³ ». Certes, la généralité de l'article et son absence de référence quant à une possible zoophilie nous limite dans l'éventuelle extension de la répression aux actes zoophiles, pourtant la zoophilie étant une pratique qui n'avait pas disparu en même temps que son abolition du Code pénal, les juges se devaient de trouver un texte légal adéquat afin de pouvoir la poursuivre et la réprimer lorsqu'elle avait engendré des sévices ou des actes de cruauté⁸⁶⁴. Ainsi, la zoophilie n'était poursuivie que sous couvert qu'elle ait été accompagnée d'actes de cruauté ou de sévices graves. Toutefois, nous pouvons nous interroger sur les critères retenus pour qualifier les actes de cruauté ou les sévices graves. L'immoralité de la zoophilie suffisait-elle à considérer qu'un acte sexuel avec un animal, quand bien même celui-ci n'aurait pas subi de violence, était un acte de cruauté ? Le flou juridique en la matière ne nous permet pas de connaître les critères précis qui justifiaient que soit poursuivie la zoophilie sous le qualificatif d'actes de cruauté ou sévices graves.

776. La nécessité de se référer à l'infraction d'actes de cruauté ou de sévices dans le but de condamner la zoophilie violait fondamentalement le principe de la légalité criminelle. La loi ne réprimait pas, clairement et précisément, la zoophilie alors même que certains étaient poursuivis pour avoir commis de tels actes. Une telle irrégularité a été rectifiée par la loi PERBEN II⁸⁶⁵ du 9 mars 2004 de laquelle découle l'ajout à l'article 521-1 du Code pénal de la formule « *de nature sexuelle*⁸⁶⁶ ». Jusqu'à cette date, le Code pénal ne possédait aucune disposition spécifique réprimant les actes de nature sexuelle à l'encontre des animaux. L'ajout d'une telle mention permettait de faire entrer de nouveau au sein de

⁸⁶³ Article 521-1, Code pénal, version en vigueur au 30 juillet 1994.

⁸⁶⁴ CA Rouen, 20 novembre 2000. En l'espèce, le prévenu était poursuivi pour acte sexuel à l'encontre d'une brebis. Nous pouvons quand même nous interroger sur l'attestation de sévices ou actes de cruauté dans le cas du « viol » d'une brebis, l'immoralité de l'acte semblant davantage expliquer sa poursuite et sa répression.

⁸⁶⁵ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁸⁶⁶ « *Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

notre corpus juridique l'infraction spécifique de zoophilie qui s'était éteinte depuis plus de deux siècles. Toutefois, bien que spécifiée dans le Code pénal, la rédaction de l'article suscitait une question : si les actes de zoophilie doivent être accompagnés de sévices, qu'en est-il des actes commis sans violence ? Marcela IACUB, dans son article intitulé « Protection légale des animaux ou paternalisme ? » nous offre une réponse : « *Cette nouvelle législation, il ne faut pas l'oublier, ne visait pas à pénaliser les êtres humains pour leur sexualité déviante, mais les souffrances graves infligées à un animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité*⁸⁶⁷ ». L'impératif du recours à la violence pour qualifier l'infraction va être confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt de 2007⁸⁶⁸. Dans quelle intention il a été convenu de systématiquement associer violence et sexualité ? Le désir du législateur semblait être, à l'image de ses prédécesseurs, de mettre un voile sur la zoophilie à proprement parler c'est à dire le fait d'avoir des relations sexuelles avec un animal sans qu'il soit nécessaire de recourir à la violence. En retenant les sévices, le législateur faisait du zoophile un être naturellement agressif qui ne pouvait assouvir ses pulsions qu'en ayant recours à la brutalité. L'idée même que la zoophilie ne soit pas possiblement l'œuvre d'un individu qui n'use pas de la violence ne correspondait pas à la vision du législateur sur les zoophiles. D'ailleurs, la violence ne s'interprétait que par la pénétration de l'animal⁸⁶⁹, la pénétration établissait la preuve pour la jurisprudence d'une certaine cruauté.

777. La conception du législateur d'unir violence et zoophilie va perdurer jusqu'en 2021. L'article 43 de la loi⁸⁷⁰ du 30 novembre 2021 va insérer un nouvel article dans le Code pénal : l'article 521-1-1 qui énonce que « *Les atteintes sexuelles sur un animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ». Avec la création de ce nouvel article, il n'est désormais plus question de

⁸⁶⁷ M. IACUB, « Protection légale des animaux ou paternalisme ? », *Raisons politiques*, volume 44, n° 4, 2011, pages 79 à 95.

⁸⁶⁸ « *Alors que la pénétration sexuelle sur un animal par un pénis humain, dénommée acte de zoophilie, ne peut être qualifié de sévices de nature sexuelle en l'absence de violence, de brutalité ou de mauvais traitements au sens de l'article 521-1 du code pénal* », Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 septembre 2007, pourvoi n° 06-82.785

⁸⁶⁹ « *Qu'en effet, des actes de pénétration sexuelle commis par une personne sur un animal constituent des sévices de nature sexuelle au sens dudit texte* », Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 septembre 2007, pourvoi n° 06-82.785.

⁸⁷⁰ Loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes.

séviés, toute atteinte sexuelle commise sur un animal est punissable. Si l'adoption de ce nouvel article permet l'instauration d'une infraction spécifique quant aux atteintes sexuelles portées aux animaux, sa rédaction laisse en suspens de nombreuses questions, notamment sur le fondement de cette incrimination ainsi que sur les sujets de celle-ci.

778. *Interdiction de la zoophilie : protection animale ou répression morale ?* – Nous l'avons précédemment étudié : la zoophilie est réprimée au regard des atteintes qu'elle porte aux animaux. Si auparavant, la zoophilie était punissable en raison des séviés qu'elle engendrait, l'instauration de ce nouvel article nous laisse penser que le législateur a délaissé la protection physique de l'animal pour la protection morale de la société. Nous nous expliquons. La loi PERBEN II avait instauré une nouvelle formule « *ou de nature sexuelle* » au sein de l'article 521-1 du Code pénal ; une formule, si nous suivons les termes de la loi, qui n'était pas détachée de la première protection accordée soit la protection des animaux contre les séviés dont ils pouvaient être victimes. Dès cet instant, il était évident que les actes zoophiles étaient réprimés en raison des séviés qu'ils pouvaient causer aux animaux qui en étaient victimes. Bien que nous reviendrons ultérieurement sur la problématique même de la brutalité, l'intention du législateur était parfaitement établie : la zoophilie était un acte qui porte une atteinte physique aux animaux. Avec le nouvel article 521-1-1 du Code pénal, il semble que tout le fondement législatif relatif à la protection des animaux contre les violences s'effondre.

779. En effet, désormais, il n'est plus question de réprimer les séviés dressés à l'encontre des animaux mais le simple fait de porter une atteinte sexuelle à ceux-ci. Plus précisément, « *la loi du 30 novembre 2021, par la création d'un article 521-1-1, a distingué les faits d'atteinte sexuelle sur les animaux qui étaient antérieurement compris dans l'incrimination de l'article 521-1, alinéa 1^{er}, sous l'appellation de séviés de nature sexuelle. Il s'agit donc désormais d'une infraction distincte, dont le champ est beaucoup plus large, puisqu'il vise toute atteinte sexuelle sans qu'il soit nécessaire qu'elle prenne la forme de séviés*⁸⁷¹ ». Par conséquent, le législateur fait fi de toute référence à une quelconque brutalité pour ne retenir que le caractère sexuel de l'atteinte. De ce fait, une nouvelle

⁸⁷¹ M. REDON, « Animaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, novembre 2022, pages 31 à 32.

problématique apparaît dès lors : puisque qu'il n'est plus nécessaire qu'intervienne une certaine violence pour réprimer les actes de nature sexuelle envers les animaux, le législateur ne fonde-t-il pas désormais sa répression sur une protection de la morale plutôt que sur la protection physique des animaux ? La réponse est sans équivoque affirmative. En réprimant le simple fait de porter sexuellement atteinte aux animaux, le législateur fait le choix de prohiber la zoophilie non pour son caractère violent, mais à l'image des législations d'antan, pour l'immoralité de la pratique. La morale s'est de nouveau instillée dans la pensée du législateur, une morale qui pourtant n'a pas sa place au sein même de la matière juridique. Le législateur ne semble plus punir les sévices commis envers les animaux mais les comportements déviants de ses justiciables. Une fois de plus, la déviance sexuelle apparaît comme un fléau social qui doit être éradiqué et le Droit se présente comme garant de la morale des individus en tentant, par le processus législatif, de refreiner leurs pulsions malsaines, déviantes. Le législateur dissimule sa morale sous l'impératif de la protection animale. Pourtant, si nous estimons que la prohibition récente en la matière ne tient qu'à la volonté d'asseoir une certaine morale, des arguments s'élèvent pour légitimer l'action du législateur, proclamant, tour à tour, l'absence du consentement des animaux sujets ainsi que la violence systématique des actes zoophiles perpétrés.

780. ***De l'absence supposée du consentement de l'animal ...*** – Le consentement. Fondement même des relations sexuelles. Prérogative indispensable à la légalité sexuelle. Si l'obligation de consentement s'analyse parfaitement dans les relations intimes entre individus, la place qu'il possède dans les relations charnelles avec les animaux pose question. Afin de répondre à cette problématique, il est nécessaire de se demander si un animal peut consentir à un acte sexuel ? Selon Marcela IACUB, la réponse est claire : les animaux « *sont des êtres ontologiquement dépourvus de consentement*⁸⁷² ». Partant de ce postulat, il semble que nous ne pouvons, au vu de leur absence de consentement, qu'approuver la décision du législateur de pénaliser les atteintes sexuelles portées aux animaux. Pourtant, une difficulté se présente. Comment pouvons-nous réprimer une pratique sexuelle sur le fondement de l'absence de consentement alors même que l'un des sujets est totalement dépourvu de la faculté d'en apprécier toute la substance ? Ceci mérite

⁸⁷² M. IACUB, « Protection légale des animaux ou paternalisme ? », *Raisons politiques*, volume 44, n° 4, 2011, pages 79 à 95.

une plus grande analyse. Notre droit pénal prohibe les atteintes sexuelles sur mineurs dans la mesure où ils n'ont pas la faculté, durant la phase de la minorité, de donner un consentement à ces actes. Toutefois, leur absence de consentement n'est que temporaire, ce qui n'est pas le cas de l'incapacité de consentir des animaux⁸⁷³. Pour pouvoir correctement évoquer la nécessité d'une absence de consentement afin de condamner des pratiques sexuelles, encore faut-il que l'un des sujets puisse en comprendre toute la valeur. Les animaux en sont parfaitement dénués. Il est ainsi absolument illogique de mettre en avant l'absence de consentement des animaux alors même que ceux-ci n'auront jamais la capacité de consentir. Prôner l'absence de consentement ne se conçoit que pour des êtres vivants pouvant, à un moment donné, avoir la capacité de consentir, un consentement qui ne peut s'appliquer à des êtres qui n'en maîtriseront jamais la valeur. À l'instar de la notion de dignité, le consentement n'a de force que dans la mesure où l'individu qui le délivre en évalue toute la portée. Les animaux ne peuvent consentir et si d'aventure, ceci était le cas, le législateur devrait se pencher sur le nombre prodigieux de situations dans lesquelles il est sans contexte manifeste que les animaux ne donneraient pas leur consentement. Nous pouvons dès lors évoquer l'abattage, la chasse, les spectacles, ... Quoique la liste apparaisse sans limite et s'étend à chaque fois que l'homme décide à la place de l'animal. L'animal vivant sous la puissance de l'homme ne peut jamais consentir et il est cynique d'évoquer un quelconque consentement en matière sexuelle dès lors que celui-ci n'est jamais évoqué pour tous les autres actes commis envers les animaux. Certes, la zoophilie peut être perçue comme une autre forme d'asservissement mais la réprimer au nom de l'absence de consentement de l'animal alors même que celui-ci est la victime de nombreux autres comportements humains, laisse planer le doute sur la véritable motivation du législateur.

781. Au regard de cette analyse, il nous paraît désormais délicat de rattacher la prohibition des atteintes sexuelles sur les animaux à raison de leur absence de

⁸⁷³ Bien sûr, certains animaux sont en mesure de se révolter face à une situation qu'ils ne souhaitent pas notamment lorsqu'il est question des rapports entre eux. Néanmoins, face à la puissance humaine, évoquer la nécessité et la valeur du consentement de la manière dont nous l'apprécions ne peut être envisageable, le consentement animal ne pouvant être mis en corrélation avec notre conception humaine et sociale du consentement.

consentement, une telle absence ne pouvant être invoquée que lorsque le consentement est en mesure, au vu de la capacité, d'être donné.

782. ... **À la systématique violence des relations zoophiles** – Au-delà de la pensée qui attribue à l'animal une absence de consentement au vu de son incapacité, d'aucuns considèrent que la répression de la zoophilie se fonde principalement sur les systématiques violences, découlant des actes sexuels, commises à l'encontre de l'animal. Encore une fois, nous nous devons d'émettre un avis critique sur ce point. Le monde est peuplé de diverses espèces animales, chacune possédant ses propres caractéristiques physiques. Il existe des animaux dont la corpulence est inférieure à l'être humain alors que d'autres dépassent plusieurs fois la taille de l'homme. C'est en partant de ce constat qu'il faut tirer notre analyse. Il est certain qu'au vu de leur stature, quelques espèces animales n'ont pas la morphologie adaptée pour subir l'acte de pénétration. Les petits animaux, par exemple, pourront subir des séquelles du fait d'une pénétration par un être humain. Dans ce cas de figure, nous ne pouvons qu'approuver la nécessité de réprimer la zoophilie, un tel acte entraînant assurément des séquelles physiques à l'animal victime. Pour autant, comme précisé précédemment, nombre d'animaux possèdent une structure anale ou vaginale qui peut facilement accueillir une pénétration, démontrant que le sexe avec les animaux n'est semble-t-il pas toujours cruel⁸⁷⁴. Veuillez dès à présent nous excuser pour la trivialité des propos qui vont suivre ; nous nous devons d'employer des termes spécifiques pour asseoir notre argumentation.

783. À titre d'illustration et afin de permettre aux lecteurs de comprendre aisément notre analyse, nous pouvons nous fonder sur l'arrêt de la Cour de cassation en date du 4 septembre 2007 dans lequel un propriétaire de poney était poursuivi pour avoir pratiqué à son encontre une sodomie⁸⁷⁵. En l'espèce, à la suite de la dénonciation d'un tiers auprès d'associations protectrices des animaux, Gerard X a été poursuivi pour « sévices de nature sexuelle » à l'encontre de son poney sur le fondement de l'article 521-1 du Code pénal⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ P. SINGER, « Heavy Petting », *Nerve Magazine*, mars-avril 2001. La page ayant été supprimée, il est possible de retrouver une traduction de l'article sur : <http://www.cahiers-antispecistes.org/amour-bestial-heavy-petting/>

⁸⁷⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 septembre 2007, pourvoi n° 06-82.785.

⁸⁷⁶ C. LACROIX, « La zoophilie : sévices sexuels envers les animaux », *Dalloz Actualité*, 26 septembre 2007.

La Cour de cassation a reconnu l'auteur des faits coupable de ses actes en déclarant que « *des actes de pénétration sexuelle commis par une personne sur un animal constituent des sévices de nature sexuelle* ». Pour la Haute juridiction, le simple fait de pénétrer sexuellement un animal revient à lui infliger des sévices de nature sexuelle. De ce constat se fonde toute notre critique. Certes, si la pénétration peut être douloureuse pour des animaux de petite voire de moyenne corpulence, le fait de pénétrer analement un animal tel qu'un poney ne peut être, au regard de ses caractéristiques physiques, considéré comme un acte qui engendre pour l'animal en question des blessures physiques. Nous connaissons tous assurément la morphologie d'un poney et nous ne pouvons que nous accorder pour affirmer qu'une telle pénétration n'a pas dû être particulièrement ressentie par l'animal ; et ceci quand bien même le prévenu serait considérablement « bien pourvu par la nature ». Comment le Droit peut-il évoquer des sévices dès lors que l'animal possède une conformation anatomique qui permet, sans que celui-ci puisse en ressentir quelconques désagréments, la pénétration sexuelle de la part d'un être humain ? À cette question, il ne peut y avoir qu'une réponse : le Droit se fonde sur les sévices sexuels pour réprimer la zoophilie alors que dans cette situation précise – et celles de bien d'autres -, le seul fondement est celui de préserver la morale de la société. Il est impossible d'évoquer la possibilité de sévices sexuels dès lors que l'animal, par sa morphologie, ne pouvait véritablement en subir. D'aucuns rappelleront que chaque animal possède une morphologie différente, que certains peuvent subir de graves séquelles physiques du fait de la pénétration et que la préservation de la morale, dans ce cas, ne peut être invoquée. Pourtant, en dehors de ces cas spécifiques qui se doivent d'être poursuivis et condamnés en raison de la souffrance physique infligée à l'animal, d'autres formes de zoophilie, bien qu'elles n'infligent aucune souffrance, sont, elles-mêmes, prohibées. Si la loi PERBEN II ne punissait que la zoophilie active, l'entrée en vigueur de la loi du 30 novembre 2021 a étendu le champ de la répression, faisant désormais de tout atteinte sexuelle sur un animal un délit au sens de l'article 521-1-1 nouvellement adopté.

784. *L'atteinte sexuelle sur les animaux : une prohibition morale* – La zoophilie est une pratique qui se manifeste sous différentes formes. Elle peut être active, c'est-à-dire que l'être humain lui-même commet l'acte de pénétration mais elle peut aussi se présenter sous sa forme passive dans laquelle l'être humain se soumet alors à l'acte de pénétration

par l'animal. Si la loi PERBEN II, en évoquant les sévices, n'avait envisagé que la pénétration par l'organe sexuel masculin – zoophilie active –, la loi du 30 novembre 2021 élargit les éléments matériels de l'infraction de zoophilie à l'acte passif. En retenant la formule « toute atteinte sexuelle », le législateur entend inclure toutes les pratiques sexuelles impliquant des animaux⁸⁷⁷. Désormais, l'acte de pénétration par l'homme n'est pas le seul acte qui doit être puni. La zoophilie passive devient l'objet de la répression et toute personne qui se soumet à une pénétration par un animal est passible d'encourir des poursuites judiciaires. À titre d'illustration, nous pouvons évoquer un jugement du tribunal correctionnel d'Albi en date du 17 mai 2022⁸⁷⁸ qui a condamné à dix-huit mois de prison assortis d'un sursis probatoire renforcé de deux ans un élu du Tarn qui entretenait des relations sexuelles de forme passive avec ses chiens. Avec l'adoption du nouvel article 521-1-1 du Code pénal, le simple fait d'entretenir une relation sexuelle avec un animal constitue un délit. Bien que nous ayons évoqué régulièrement la pénétration, il ne s'agit pas du seul acte sexuel qui peut être poursuivi. La généralité de la formule « toute atteinte sexuelle » fait courir le risque d'une condamnation à tout individu qui s'adonne à une relation charnelle avec un animal, de la simple masturbation à la pénétration elle-même.

785. Au vu de ces éléments, il est opportun de se demander sur quel fondement le Droit se base pour interdire toute relation sexuelle avec un animal, quand bien même, cet acte n'occasionne aucun préjudice physique ? Qu'est ce qui justifie une telle prohibition si ce n'est la préservation de la morale. La morale est au fondement même de l'adoption de l'article 521-1-1 du Code pénal. En ne distinguant pas les actes sexuels entraînant des séquelles physiques et les actes qui ne causent aucun préjudice physique à l'animal, le législateur considère que la zoophilie, quelle qu'en soit la forme, est un mal en soi et qu'importe la manière dont elle est pratiquée, elle n'a pas sa place dans notre société. Est-ce que le fait de masturber un animal est une atteinte sexuelle pour le Droit ? Assurément.

⁸⁷⁷ Il est intéressant de noter que depuis le rétablissement de l'interdiction de la zoophilie dans notre droit positif, les animaux sauvages ont toujours été écartés de la protection juridique, le législateur n'évoquant que les actes commis envers les animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité. La protection ne s'étend pas aux animaux sauvages qui peuvent, pourtant, eux-mêmes faire l'objet d'actes sexuels. La loi en la matière est discriminatoire. Si la protection animale est un enjeu majeur du législateur, il ne peut écarter le nombre conséquent d'animaux qui ne vivent pas sous la puissance de l'homme et qui peuvent, malgré tout, être victimes de sévices.

⁸⁷⁸ Tribunal correctionnel Albi, 17 mai 2022.

Et même si la masturbation ne cause aucun préjudice physique à l'animal si ce n'est de lui procurer du plaisir ? Effectivement. De ce fait, le constat est sans appel : la répression de la zoophilie par le droit positif français, dès lors qu'elle est commise sans préjudice physique, ne se justifie que par la volonté du législateur de s'assurer de la préservation de la morale. Une morale qui refuse que puissent exister des relations charnelles entre humains et animaux. Une morale qui confirme la turpitude des relations êtres humains/animaux malgré le nombre conséquent d'adeptes⁸⁷⁹. Une morale qui, pourtant, n'admet rien de mal dans le fait que nous puissions traiter les animaux avec tant de cruauté quand il est question de nous nourrir ou pire encore, de nous distraire.

786. La sexualité est un sujet tabou, d'autant si elle se pratique inter-espèces. Dans le domaine de la sexualité, le Droit se veut garant d'une certaine morale afin de préserver les mentalités sociales. La zoophilie viole la morale établie par le Droit. Pourtant, bien qu'immorale pour certains et cruelle pour d'autres, la répression de la zoophilie ne doit connaître qu'une seule limite juridique : l'interdiction des violences physiques envers les animaux.

⁸⁷⁹ Le nombre croissant d'individus visionnant des vidéos pornographiques zoophiles traduit bien un intérêt humain constant pour ces pratiques.

TITRE II – La sexualité : entre tradition et renouveau

787. La sexualité, qui oscille entre les vestiges de la tradition et l'éclat du renouveau, est un élément principal de l'expérience humaine, à la fois ancrée dans les pratiques ancestrales et éclairée par les lueurs du progrès moderne.

788. Lorsqu'il est évoqué la tradition dans le domaine de l'intime, il ne peut être fait omission de l'institution millénaire du mariage, où la sexualité a trouvé refuge et encadrement depuis des temps ancestraux. Une histoire longue et complexe se dévoile, où le mariage, autrefois essentiellement axé sur la procréation, a évolué vers un cadre où le plaisir sexuel et l'affection mutuelle prennent place. Mais même au sein de cette union sacrée, des conditions et des devoirs se dressent, définissant les contours de la sexualité matrimoniale traditionnelle (Chapitre I).

789. Si le mariage reste l'institution privilégiée de la réglementation de la sexualité, la tradition va céder la place à l'innovation. Les évolutions sociales et technologiques transforment la manière dont la sexualité est vécue, perçue et encadrée. Le droit pénal doit s'adapter aux nouvelles pratiques sexuelles qui émergent, tout en maintenant l'équilibre entre la préservation de l'ordre public et le respect de la liberté individuelle.

790. L'ère numérique ouvre une fenêtre sur de nouvelles dimensions de la sexualité, où la quête de la volupté se mêle à la recherche de plaisirs illicites. Les pratiques sexuelles en ligne et le marché de la sexualité numérique soulèvent des questions sur la réglementation et la légalité de cette nouvelle forme de sexualité. Dans cette ère de dématérialisation, la sexualité elle-même semble prendre une forme déshumanisée, avec l'émergence de sex-toys, de la réalité virtuelle et même de robots sexuels (Chapitre II).

CHAPITRE I – Le mariage, cadre traditionnel de la sexualité

791. Dans l'analyse du lien entre sexualité et mariage se trouve le constat de leur longue et indissociable histoire. Une histoire marquée par des évolutions majeures, passant d'une union principalement orientée vers la procréation à un lien affectif où le plaisir sexuel trouve sa place. Le mariage, jadis un pilier de la structure sociale, est devenu une institution célébrant l'amour et l'intimité.

792. Pourtant, l'accès au mariage n'a jamais été sans conditions ni restrictions. En droit français, le mariage est régi par un ensemble de conditions et de qualités que les conjoints doivent respecter pour officialiser leur union. De plus, le mariage impose des devoirs aux époux (Section I).

793. Le devoir de fidélité, symbole de l'exclusivité sexuelle au sein du mariage, a une histoire complexe, passant de la crainte des enfants illégitimes à la déloyauté conjugale. En outre, le mariage est un cadre contraignant, imposant une exclusivité sexuelle qui peut être réprimée civilement en cas d'infidélité, même sans acte sexuel. Pourtant, la violation du devoir de fidélité n'est pas nécessairement une infraction pénale, mais plutôt une faute civile circonstanciée. Le devoir de fidélité peut-il être dérogé ou doit-il être respecté sans exception ? (Section II)

794. Le mariage comporte également un devoir conjugal qui implique une certaine forme de sexualité matrimoniale. Ce devoir conjugal est interprété de manière à préserver l'harmonie du mariage. Cependant, cet aspect de la vie conjugale peut parfois entrer en conflit avec d'autres principes juridiques, notamment en ce qui concerne la question délicate du viol entre époux, un conflit qui reflète un véritable antagonisme juridique en la matière (Section III).

SECTION I – Sexualité et mariage, une histoire sans fin

795. Le mariage, « *plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des individus*⁸⁸⁰ », a connu une métamorphose majeure au fil du temps. Autrefois

⁸⁸⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome II. La famille, l'enfant, le couple*, Ed. PUF, Coll. « Thémis droit privé », 21^e éd. refondue, 2002, 756 pages, page 391.

essentiellement axé sur un rôle social et sur la procréation, il a peu à peu évolué vers un cadre où l'affection et le plaisir sexuel trouvent leur place légitime. Cette transformation, marquée par des bouleversements culturels et sociaux, nous plonge dans une histoire riche en nuances, où la sexualité dans le mariage a émergé en tant qu'élément essentiel de l'intimité conjugale (§ I).

796. Pourtant, le mariage n'est pas une institution dénuée de conditions. En droit français, il est régi par des règles strictes en matière de conditions de fond et de forme, des exigences indispensables pour que l'union soit reconnue et légitime, des exigences auxquelles s'ajoutent des devoirs (§ II).

§ I – Le mariage : de la procréation au plaisir

797. ***Le mariage : De son rôle social à son caractère affectif*** – Issu du latin « *maritare* », le mariage se présente comme l'union conjugale de deux individus. Une union qui peut être soit contractuelle, soit rituelle et dont la durée varie entre limitée et illimitée. Plus précisément, les mariages sont des « *concepts juridiques qui sont régulés par des ensembles de règles institutives, conséquentialistes et d'extinction, et qui vivent pendant une période de temps, à partir de la survenance d'un acte ou d'un évènement institutif jusqu'à la survenance d'un acte ou d'un évènement extinctif*⁸⁸¹ ».

798. Le mariage est une institution qui traverse les siècles, se présentant à ses prémices, comme le socle de la famille et de la reproduction pour devenir, sans perdre son caractère familial, une institution d'amour et de plaisir. Afin d'appréhender l'évolution du mariage, nous devons retracer son histoire, de l'Antiquité à notre époque contemporaine. Si nous avons déjà abordé le consentement au mariage, nous ne pouvons délaïsser l'histoire même du mariage, de son rôle social à son caractère affectueux.

799. Notre étude du mariage débutera une fois encore, au cours de l'Antiquité grecque et romaine.

⁸⁸¹ N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Coll. « La pensée juridique moderne », 1992, 237 pages, page 56.

800. L'Antiquité grecque connaît parfaitement la notion de mariage. Véritable pierre angulaire de la société, les grecs y accordent une importance primordiale⁸⁸². Garant d'un statut social et d'une sécurité financière, le mariage sous l'Antiquité grecque se présente comme l'union de deux familles et non de deux individus. Incontestable union de convenance, le mariage n'a pas d'autre but que de réunir les familles, en vue d'un accroissement d'intérêts communs⁸⁸³.

801. D'ailleurs, comme nous l'avions précédemment précisé, les époux ne consentent pas eux-mêmes au mariage et seul le consentement des pères de famille est valable. De plus, hormis une obligation de consentement paternel, le mariage grec est déterminé par une absence totale de choix dans le partenaire à l'union⁸⁸⁴ ; il ne s'agit que de mariages arrangés⁸⁸⁵, non fondés sur l'attirance commune des époux, mais sur un partenariat entre deux familles. Le mariage est une institution sociale et lucrative apportant fonction sociale et situation pécuniaire favorable à celui qui choisira le bon partenaire pour son héritier. Il n'est pas question ici d'unir des individus en raison de leur attirance et de leur volonté commune, le mariage n'ayant pas une telle fonction. En outre, le mariage étant une affaire privée entre familles, aucune loi ne vient le régir si ce n'est la loi coutumière, la loi des mœurs⁸⁸⁶.

802. Ainsi, bien loin des belles histoires d'amour, le mariage sous l'Antiquité grecque se présente uniquement comme un contrat établi entre deux familles pour leurs intérêts et bénéfices réciproques dont la plus notable illustration est l'apport d'une dot, condition essentielle à l'établissement d'une union pécuniaire durable⁸⁸⁷.

⁸⁸² N. A. **VRISIMTZIS**, *Amour, sexe et mariage en Grèce antique*, Ed. N. A. VRISIMTZIS, 2013, 97 pages.

⁸⁸³ « Une autre raison valable était d'unir deux familles puissantes et fortunées afin de protéger les intérêts communs », N. A. **VRISIMTZIS**, *Amour, sexe et mariage en Grèce antique*, Ed. N. A. VRISIMTZIS, 2013, 97 pages.

⁸⁸⁴ Les enfants ne pouvaient refuser le choix des parents, d'une part, par obéissance à l'autorité parentale, et d'autre part, parce qu'ils savaient que le mariage était une chose inévitable à laquelle ils ne pouvaient se substituer, N. A. **VRISIMTZIS**, *Amour, sexe et mariage en Grèce antique*, Ed. N. A. VRISIMTZIS, 2013, 97 pages.

⁸⁸⁵ L. **CARON-VERSCHAVE** et Y. **FERROUL**, « Chapitre V. De l'intérêt du mariage et autres contrats ... La Renaissance et le siècle classique » in L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages, pages 57 à 64.

⁸⁸⁶ N. A. **VRISIMTZIS**, *Amour, sexe et mariage en Grèce antique*, Ed. N. A. VRISIMTZIS, 2013, 97 pages.

⁸⁸⁷ *Ibidem*.

803. À l'instar de la civilisation grecque, la civilisation romaine connaît également la notion de mariage. Pour Géraldine PUCCINI-DELBEY, « *le mariage apparaît comme une institution fondamentale sur laquelle repose l'équilibre de la société*⁸⁸⁸ ». Le mariage se présente dès lors comme essentiel au bon fonctionnement de la société romaine puisqu'il est source d'intégration ou d'exclusion sociale. Dès lors qu'un citoyen romain prend une épouse, il obtient un statut social acceptable.

804. De la même manière qu'en Grèce antique, les mariages romains sont des mariages arrangés et ceci, bien évidemment, pour des raisons sociales et économiques⁸⁸⁹. D'ailleurs, même si le consentement des époux est prévu comme condition formalisant le mariage⁸⁹⁰, la volonté du père prime sur celui-ci. Ainsi, bien que les époux consentent au mariage, le consentement ne peut être détaché de la volonté du *pater familias*⁸⁹¹. Le versement d'une dot est également en vigueur⁸⁹², assurance d'un mariage pécutiairement favorable.

805. En conséquence, qu'il s'agisse de la Grèce ou de la Rome antique, le mariage est une union fondée sur la prospérité financière et l'assurance d'un statut social convenable, chaque citoyen se devant de s'unir matrimonialement sous peine de faire l'objet d'une pénalité⁸⁹³.

806. La notion du mariage va totalement se modifier avec l'émergence du Christianisme. Bien que jusqu'au X^e siècle, les conditions et formalités du mariage telles que nous les connaissons, n'étaient pas encore parfaitement établies⁸⁹⁴, celles-ci vont progressivement

⁸⁸⁸ G. PUCCINI-DELBEY, *La vie sexuelle à Rome*, Ed. Points, 2010, 384 pages, page 38.

⁸⁸⁹ L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, « Chapitre V. De l'intérêt du mariage et autres contrats ... La Renaissance et le siècle classique » in L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages, pages 57 à 64.

⁸⁹⁰ B. LAPLANTE, « L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien », *Enfances, famille, générations*, n° 15, automne 2011, pages 110 à 130.

⁸⁹¹ F. BERNARD, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages, page 12.

⁸⁹² B. LAPLANTE, « L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien », *Enfances, famille, générations*, n° 15, automne 2011, pages 110 à 130.

⁸⁹³ S. MELCHIOR-BONNET et C. SALLES, *Histoire du mariage*, Ed. Bouquins, 2009, 1248 pages.

⁸⁹⁴ Durant un millénaire, le mariage chrétien ne se concevra ni monogame, ni indissoluble, ni consenti mutuellement, M. SOT, « La genèse du mariage chrétien », *L'Histoire*, mensuel 63, janvier 1984.

s'enraciner dans la doctrine chrétienne pour devenir le modèle unique d'union matrimoniale qui va perdurer des siècles durant.

807. Si le mariage fut, durant toute l'Antiquité et dès le premier millénaire du Christianisme⁸⁹⁵, l'alliance de deux familles par l'union de deux individus, le mariage chrétien va se présenter, par la suite, d'une toute autre manière. Certes, il est toujours question d'une union entre deux personnes mais désormais, la famille est partiellement écartée de l'union puisque seule la volonté des époux prime, le mariage chrétien se présentant, dès lors, comme un sacrement et une union sacrée entre un homme et une femme⁸⁹⁶ devant Dieu. Il est considéré comme une alliance solennelle et indissoluble⁸⁹⁷, dans laquelle les conjoints s'engagent à s'aimer, se soutenir mutuellement et à fonder une famille.

808. De plus, le mariage chrétien va se dissocier du mariage antique sur un autre point : le divorce. Si les civilisations antiques prévoyaient la possibilité de mettre fin à l'union matrimoniale, le mariage chrétien est indissoluble⁸⁹⁸ ; il ne peut être dissout de la seule volonté des parties et sans un motif impérieux rendant impossible la continuité matrimoniale⁸⁹⁹, quoique le mariage qui été l'objet d'un sacrement et qui a été consommé ne peut être uniquement anéanti que par le décès de l'un des époux⁹⁰⁰.

809. Au-delà de son indissolubilité, le mariage chrétien connaît de strictes conditions de validité. Ainsi, la parentalité – même éloignée –, une union matrimoniale déjà contractée,

⁸⁹⁵ « Ainsi, à la fin du XIII^e siècle, le mariage relève juridiquement du droit canon. Il est pleinement justifié en théologie chrétienne. Il a sa liturgie à l'église où le prêtre joue un rôle essentiel. Le consentement qu'il valide n'est plus en principe celui de deux familles mais celui de deux personnes », M. **SOT**, « La genèse du mariage chrétien », *L'Histoire*, mensuel 63, janvier 1984.

⁸⁹⁶ Livre de la Genèse, 1 : 21 – 24.

⁸⁹⁷ Mathieu, 5 : 31 – 32 ; Mathieu, 19 : 1 – 9 ; Marc, 10 : 1 – 12 ; Luc, 16 : 18 ; M. **BOZON**, « Chapitre I. L'ordre traditionnel de la procréation » in M. **BOZON**, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Coursus », 198 pages, pages 19 à 28.

⁸⁹⁸ J. **BERNHARD**, « À propos de l'indissolubilité du mariage chrétien », *Revue des Sciences Religieuses*, Tome 44, fascicule 1-2, 1970. Mémorial du cinquantenaire de la Faculté de théologie catholique 1919-1969, pages 49 à 62.

⁸⁹⁹ *Ibidem*.

⁹⁰⁰ *Ibidem*.

un vice de consentement ou encore, un constat d'impuissance sont bien des incapacités à contracter mariage⁹⁰¹.

810. Les siècles qui vont suivre ne vont pas échapper à la morale chrétienne et à sa conception du mariage. Dès le Concile de Trente, l'Église va s'imposer davantage comme la seule institution compétente pour célébrer les unions matrimoniales⁹⁰², établissant que seuls les prêtres sont habilités à tenir les registres des mariages⁹⁰³. Si des divergences vont se présenter quant au consentement⁹⁰⁴ et que les mariages de convenance vont se perpétuer⁹⁰⁵, les conditions et le formalisme religieux en matière d'union matrimoniale va rester la règle en vigueur.

811. Pourtant, cet état de fait ne va pas durer éternellement. La Révolution française va souffler un vent nouveau sur les unions matrimoniales, les extirpant peu à peu de la puissance religieuse. Ainsi, en 1791⁹⁰⁶, le mariage civil est instauré pour la première fois obligeant les époux à s'unir civilement avant de pouvoir s'unir religieusement. Le mariage devient un pacte mutuel et libre et non plus une alliance des familles⁹⁰⁷. Alors que le mariage religieux prima pendant des siècles, le mariage est désormais une affaire civile⁹⁰⁸. De plus, à la grande différence du mariage religieux qui se voulait indissoluble, un décret

⁹⁰¹ B. **LAPLANTE**, « L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien », *Enfances, famille, générations*, n° 15, automne 2011, pages 110 à 130.

⁹⁰² P. **GREINER**, « Point de vue d'un canoniste sur le mariage en droit français », *L'Année canonique*, volume 53, n° 1, 2011, pages 191 à 207.

⁹⁰³ Ordonnance du 25 août 1539 sur le fait de la justice dite ordonnance de Villers-Cotterêts.

⁹⁰⁴ Pour plus d'informations, voir la partie de la thèse consacrée au consentement au mariage.

⁹⁰⁵ « *Le mariage au XVIe siècle sert à s'établir dans la société et à affermir la position sociale des époux. Une femme comme un homme s'intéresseront à la personne qui saura leur offrir cette stabilité pour s'insérer durablement dans la société (...). Cette idée va perdurer tout au long du XVIIe siècle* », L. **CARON-VERSCHAVE** et Y. **FERROUL**, « Chapitre V. De l'intérêt du mariage et autres contrats ... La Renaissance et le siècle classique » in L. **CARON-VERSCHAVE** et Y. **FERROUL**, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages, pages 57 à 64.

⁹⁰⁶ « *En 1791, la Constitution pose le principe révolutionnaire : le mariage est un contrat civil. Pour la première fois dans l'histoire de France, le sacrement de mariage cesse d'être nécessaire pour fonder légitimement une famille. L'acte civil n'a aucune valeur religieuse ; l'acte religieux n'a aucune valeur civile* », Y. **BRULEY**, « Mariage et famille sous napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, volume 14, n° 2, 2012, pages 111 à 126.

⁹⁰⁷ A. **VERJUS** et al., « Regards croisés sur le mariage à l'époque révolutionnaire et impériale », *Annales historiques de la Révolution française*, volume 388, n° 2, 2017, pages 143 à 171.

⁹⁰⁸ « *Les municipalités recevront et conserveront à l'avenir les actes destinés à constater les naissances, mariages et décès* », Décret du 20 septembre 1792, Titre I, Article 1^{er}.

de 1792 réinstaura le divorce⁹⁰⁹. Dès cet instant, le mariage religieux sera restreint à la volonté des époux de s'unir, s'ils le souhaitent, devant Dieu et ne sera plus considéré comme l'unique forme légale d'union.

812. Le Code civil de 1804 va entériner l'instauration du mariage civil et laïque. Ainsi, « *loin de remettre en cause ce principe essentiel posé par la Révolution, Napoléon n'a jamais envisagé de renoncer au droit exclusif de la puissance civile à statuer sur le mariage*⁹¹⁰ ». De plus, le divorce est maintenu⁹¹¹ mais à certaines conditions.

813. Pourtant, si la reconnaissance du mariage civil est une avancée majeure, le fait que la femme soit déclarée comme incapable juridique et soumise à l'autorité de son mari⁹¹² n'en fait pas un mariage parfaitement égalitaire, le Code civil considérant que le mariage garantit le bon fonctionnement de la famille patriarcale⁹¹³. Un statut d'éternelle mineure qui va perdurer jusqu'à la fin de la Seconde Guerre Mondiale durant laquelle le développement du travail des femmes va démontrer leur pleine capacité d'assumer les mêmes fonctions et responsabilités que les hommes, remettant considérablement en cause le modèle familial préconisé par le Code civil de 1804.

814. Dès lors, le mariage va considérablement se modifier, tout au long de la moitié du XX^e siècle jusqu'à nos jours, pour se présenter sous sa forme actuelle. L'émancipation des femmes ainsi que la révolution sexuelle vont bouleverser considérablement les données anciennes sur la conception de l'union matrimoniale en faisant du mariage actuel une union fondée sur l'égalité des époux⁹¹⁴, la diversité des sexes⁹¹⁵ et en délaissant quelque

⁹⁰⁹ « *Aux termes de la Constitution, le mariage est dissoluble par le divorce* », Décret du 20 septembre 1792, Titre IV, Section V, Article 1^{er}.

⁹¹⁰ Y. BRULEY, « *Mariage et famille sous napoléon : le droit entre religion et laïcité* », *Napoleonica. La Revue*, volume 14, n° 2, 2012, pages 111 à 126.

⁹¹¹ *Ibidem*.

⁹¹² « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* », Article 213, Code civil de 1804.

⁹¹³ « *Comme chacun sait, le Code civil fonde la société issue de la Révolution sur deux piliers : la famille et la propriété. Le père est le chef tout puissant de la famille ; la femme est maintenue à l'état de mineure (...)* », Y. BRULEY, « *Mariage et famille sous napoléon : le droit entre religion et laïcité* », *Napoleonica. La Revue*, volume 14, n° 2, 2012, pages 111 à 126.

⁹¹⁴ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux ; Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale ; Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs ; Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁹¹⁵ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

peu la procréation pour la pleine recherche du plaisir sexuel conjugal⁹¹⁶, une procréation qui fut longtemps au cœur de l'entreprise matrimoniale et qui, progressivement, va laisser une place non négligeable à l'épanouissement sexuel.

815. **Histoire de la sexualité dans le mariage : De la procréation au plaisir sexuel** – CICERON s'exprimait dès l'Antiquité en ces termes : « *La nature ayant donné à tous les êtres animés le besoin de se reproduire, le mariage est la première société ; après elle vient, dans l'ordre de la nature, la société des parents et des enfants, puis le développement de la famille dans une même maison, l'usage de toutes choses en commun. La famille est le principe de la cité, et en quelque façon la semence de la république*⁹¹⁷ ». Telle était la vision antique de la sexualité dans le mariage.

816. En effet, en Grèce antique, la sexualité dans le mariage ne se concevait que dans un esprit procréatif, nul intérêt n'était accordé au plaisir sexuel, le plaisir sexuel étant réservé aux hommes et ne se recherchant que dans les bras d'une courtisane et non de son épouse. Ainsi, « *les citoyens se mariaient avant tout pour avoir des héritiers, des fils légitimes qui garantissaient la continuité de la famille (...)*⁹¹⁸ ». L'objectif ultime de l'union matrimoniale ne résidait que dans la procréation. Il n'est nulle question d'amour, celui-ci étant contraire à la virilité⁹¹⁹. L'amour romantique n'existait pas dans le mariage grec, celui-ci se limitait à la procréation en vue d'obtenir des héritiers légitimes.

817. La procréation est, de la même manière, le seul intérêt du mariage romain. Selon Géraldine PUCCINI-DELBEY, dans son ouvrage intitulé *La vie sexuelle à Rome*, « *le but du mariage est d'engendrer des enfants*⁹²⁰ ». La femme est littéralement réduite au rôle

⁹¹⁶ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique ; Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse ; Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence.

⁹¹⁷ « *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia ; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae* », CICERON, *De officiis*, Œuvres complètes de Cicéron avec la traduction en français publiée sous la direction de M. NISARD, Tome IV, Paris, Ed. J. J. DUBOCHET, LE CHEVALIER et COMP., Livre I, 1868, 663 pages, § 17.

⁹¹⁸ N. A. VRISIMTZIS, *Amour, sexe et mariage en Grèce antique*, Ed. N. A. VRISIMTZIS, 2013, 97 pages.

⁹¹⁹ L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, « Chapitre V. De l'intérêt du mariage et autres contrats ... La Renaissance et le siècle classique » in L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages, pages 57 à 64.

⁹²⁰ G. PUCCINI-DELBEY, *La vie sexuelle à Rome*, Ed. Points, 2010, 384 pages, page 36.

d'épouse et de mère, n'étant jamais perçue comme une partenaire sexuelle mais seulement comme un sujet de procréation, son rôle se limitant à être chaste, fidèle et fertile⁹²¹. Ainsi, « *le mariage est l'état de mère auquel se destine la fille (...) Un homme prend une femme pour épouse afin d'en faire une mère*⁹²² ». Le plaisir sexuel, à l'instar de la civilisation grecque, n'est pas obtenu par la relation intime avec l'épouse, le citoyen romain s'adonnant à celui-ci par le recours aux prostituées qui ont la charge de la sexualité récréative et non reproductive⁹²³.

818. Toujours selon Géraldine PUCCINI-DELBEY, « *les romains considèrent conventionnellement le mariage comme une institution nécessaire pour la naissance d'enfants légitimes (...). Une femme est donnée à un homme dans le seul but de procréer*⁹²⁴ ». De ce point de vue, « *la satisfaction de l'instinct sexuel n'est donc pas la raison d'être du mariage (...). La sexualité conjugale rime avec raison et devoir et non avec passion*⁹²⁵ ».

819. L'exigence de procréation va perdurer avec l'instauration du Christianisme. Véritable remède à la concupiscence, la sexualité matrimoniale ne se conçoit que dans un besoin de procréation, le plaisir sexuel n'étant que péché. D'ailleurs, pour SAINT AUGUSTIN, la femme ne joue qu'un rôle reproducteur⁹²⁶, celui-ci considérant que les trois piliers du mariage sont : *proles, fides, sacramentum* respectivement, la procréation, la fidélité et le sacrement⁹²⁷. De plus, si la sexualité n'est que reproduction, elle est toutefois légitimée dans ce cadre, toute sexualité accomplie en dehors du cadre marital est proscrite⁹²⁸.

⁹²¹ V. GIROD, *Les femmes et le sexe dans la Rome antique*, Ed. Tallandier, 2020, 384 pages.

⁹²² G. PUCCINI-DELBEY, *La vie sexuelle à Rome*, Ed. Points, 2010, 384 pages, page 39.

⁹²³ V. GIROD, *Les femmes et le sexe dans la Rome antique*, Ed. Tallandier, 2020, 384 pages.

⁹²⁴ G. PUCCINI-DELBEY, *La vie sexuelle à Rome*, Ed. Points, 2010, 384 pages, page 40.

⁹²⁵ *Ibidem*, page 41.

⁹²⁶ L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, « Chapitre V. De l'intérêt du mariage et autres contrats ... La Renaissance et le siècle classique » in L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages, pages 57 à 64.

⁹²⁷ SAINT AUGUSTIN, *De bono conjugali*, Ed. Blanche de Peuterey, Coll. « Pères de l'Église », 2015, 57 pages.

⁹²⁸ « *La volupté sexuelle est légitime quand elle est ordonnée vers l'acte procréateur, elle est mauvaise et coupable quand elle est recherchée sans relation directe, ni indirecte, avec l'acte normal en légitime mariage ou d'une manière qui ne convient pas à l'acte de la génération* », SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme*

820. De ce fait, la sexualité religieuse ne se conçoit que dans sa forme procréatrice et tout autre but recherché est sévèrement condamné. Ainsi, « *l'union sexuelle n'était légitime, en mariage même, que si on l'entreprenait à bonne fin, c'est-à-dire pour faire des enfants*⁹²⁹ ». Une telle vision va perdurer les siècles suivants⁹³⁰, la morale religieuse en matière de sexualité étant particulièrement ancrée dans les mœurs. D'ailleurs, SAINT THOMAS D'AQUIN rappelle que la finalité du mariage est la génération des enfants par l'union sexuelle⁹³¹.

821. Même si le plaisir sexuel va gagner du terrain sous l'influence de Thomas SANCHEZ aux XVI^e et XVII^e siècles, celui-ci admettant que les époux peuvent s'unir pour assouvir leurs besoins sexuels sans contrevenir à la procréation, la vision moraliste et limitée de la sexualité par l'Église va perdurer jusqu'à la Révolution, imposant des siècles de sexualité matrimoniale procréatrice dépourvue de toute recherche de plaisir partagé⁹³².

822. Certes, la Révolution ne va pas mettre fin à la finalité procréatrice du mariage mais, la libéralisation de la société favorisée par le recul constant de la religion dans la sphère sociale et juridique, va insuffler un vent de recherche sur le plaisir sexuel et l'épanouissement.

823. Ainsi, au XIX^e siècle, l'amour érotique commence à prendre une certaine ampleur dans la sexualité matrimoniale⁹³³. D'ailleurs, certains médecins s'essayent à étudier plus en profondeur l'épanouissement sexuel conjugal, des médecins qui seront accompagnés par les écrivains tels que Gustave DROZ qui déclare en 1866 que « *l'idéal : des époux qui*

théologique, 1271-1272, « La morale détaillée », II a II ae, Question 153, 1170 pages cité par M. SEVEGRAND, *Les enfants du bon Dieu. Les catholiques français et la procréation au XXe siècle*, Paris, Ed. Albin Michel, 1995, 475 pages, page 50.

⁹²⁹ J.-L. FLANDRIN, « La vie sexuelle des gens mariés dans l'ancienne société », *Communications*, volume 35, 1982, pages 102 à 115.

⁹³⁰ La procréation, de nos jours, selon la religion chrétienne, se présente encore comme le but ultime du mariage, une telle conception n'ayant jamais cessé d'exister.

⁹³¹ A. OLIVA, « Essence et finalité du mariage selon Thomas d'Aquin pour un soin pastoral renouvelé », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2014, volume 98, n° 4, pages 601 à 668.

⁹³² J.-L. FLANDRIN, « La vie sexuelle des gens mariés dans l'ancienne société », *Communications*, volume 35, 1982, pages 102 à 115.

⁹³³ M. BOZON, « Chapitre II. L'ébranlement de l'ordre ancien de la procréation », in M. BOZON, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Cursus », 198 pages, pages 29 à 39.

*seraient aussi des amants*⁹³⁴ » ou encore, Auguste DEBAY qui considère que « *les maris doivent satisfaire leurs femmes car celles-ci ont une faculté de jouissance égale ou supérieure*⁹³⁵ ».

824. Le plaisir sexuel conjugal commence progressivement à entrer dans les mœurs même s'il reste relativement discret. De plus, à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle et grâce à l'émergence des études de la sexualité, le lien entre sexualité et procréation va cesser d'aller de soi, la sexualité devenant l'objet d'études approfondies sans lien avec un quelconque cadre matrimonial. La sexualité est désormais analysée en dehors du champ du mariage⁹³⁶.

825. Pourtant, malgré les observations scientifiques dénouant sexualité et procréation, le lien ne se rompra qu'à partir du moment où la contraception s'imposera. Les premières normes juridiques autorisant la contraception⁹³⁷, suivie par la légalisation de l'avortement et plus récemment, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, vont être les points de rupture entre sexualité conjugale et procréation. Dès lors, la sexualité conjugale est exemptée de tout but uniquement procréatif – même si la sexualité conjugale reste possiblement procréative – et le plaisir sexuel se place comme l'une des finalités de la relation conjugale⁹³⁸. Les époux pouvant désormais faire le choix de limiter leurs rapports intimes au plaisir sexuel ou alors, décider de s'unir sexuellement dans le but d'engendrer une progéniture. Il n'est plus question d'enfermer la sexualité conjugale dans la

⁹³⁴ G. DROZ, *Monsieur, madame et bébé*, Paris, Ed. Victor Havard, 1878, 436 pages ; L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, « Chapitre V. De l'intérêt du mariage et autres contrats ... La Renaissance et le siècle classique » in L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages, pages 57 à 64.

⁹³⁵ A. DEBAY, *Hygiène et physiologie du mariage. Histoire naturelle et médicale de l'homme et de la femme mariés*, Paris, Ed. E. Dentu, 1862, 472 pages ; L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, « Chapitre V. De l'intérêt du mariage et autres contrats ... La Renaissance et le siècle classique » in L. CARON-VERSCHAVE et Y. FERROUL, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages, pages 57 à 64.

⁹³⁶ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, I, La Volonté de savoir*, Paris, Ed. Gallimard, 1976, 231 pages.

⁹³⁷ M. BOZON, « Chapitre III. Intimité, sexualité et subjectivité à l'époque contemporaine », in M. BOZON, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Coursus », 2018, 192 pages, pages 41 à 63.

⁹³⁸ « *La vie sexuelle n'est plus identifiée à la fécondité et à la procréation. L'échange sexuel est devenu un moteur de la conjugalité plutôt qu'un droit découlant du mariage* », M. BOZON, « Chapitre V. Hommes et femmes dans la sexualité contemporaine : la psychologisation des inégalités », in M. BOZON, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Coursus », 2018, 192 pages, pages 85 à 105 ; CA Lyon, 28 mai 1956 (condamnation d'un mari qui ne procurait aucun plaisir sexuel à son épouse).

procréation mais d'en faire une activité à la fois procréative et récréative laissant pleinement la possibilité aux époux de choisir l'une ou l'autre, une évolution de la sexualité conjugale parfaitement résumée par Michel BOZON : « *Hier simple attribut du rôle social de l'individu marié, l'activité sexuelle est devenue l'expérience fondatrice des relations conjugales et affectives, le langage de base de la relation*⁹³⁹ ».

§ II - Un mariage sous conditions

826. **Le mariage en droit français : conditions et qualités** – Bien que le mariage soit, principalement, une institution qui se caractérise par l'union de deux personnes en vue d'une vie commune et de la fondation d'une famille, il est également un contrat civil⁹⁴⁰ soumis à des conditions de validité.

827. L'une des premières conditions qui fut la règle depuis tout temps était la binarité des sexes dans l'union matrimoniale. Le mariage, jusqu'à la loi du 17 mai 2013⁹⁴¹, ne pouvait être valide que lorsque l'union était celui d'un homme et d'une femme⁹⁴². Nul ne pouvait contracter mariage si une telle binarité n'était pas respectée et ceux qui dérogeaient à la règle voyaient leur union frappée de nullité⁹⁴³, la binarité des sexes relevant de la préservation de l'ordre public.

828. Si désormais l'union de deux personnes du même sexe s'est ancrée dans les mœurs et est autorisée par la loi, la volonté législative de valider une telle union remettait en cause des siècles de conception procréatrice du mariage touchant à l'intime, à la représentation traditionnelle de la famille. Il s'agissait de balayer des siècles de convictions sur la finalité du mariage et de la sexualité conjugale. De plus, si le recul de la fonction procréatrice du

⁹³⁹ M. BOZON, « Chapitre III. Intimité, sexualité et subjectivité à l'époque contemporaine », in M. BOZON, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Cursus », 2018, 192 pages, pages 41 à 63.

⁹⁴⁰ J. PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamental ? Éléments de réflexion » in J. PINI, L. LEVENEUR et al., *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages, page 34.

⁹⁴¹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁹⁴² « *Sans exiger expressément une différence de sexe, plusieurs articles du Code civil l'évoquaient toutefois en nommant les époux « mari et femme » ou « homme et femme » (ancien article 144 et 75, Code civil) », P. HILT et C. SIMLER, « Chapitre II. Les conditions de formation du mariage » in P. HILT et C. SIMLER, *Droit de la famille*, Ed. Ellipses, Coll. « 100% Droit », 2018, 436 pages, pages 31 à 60.*

⁹⁴³ Cour de cassation, Première chambre civile, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627 ; Cour EDH, 24 juin 2010, Requête n° 30141/04 ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011.

mariage, avec la légalisation de la contraception et de l'avortement, ouvrait la voie aux relations conjugales fondées uniquement sur le plaisir, autoriser le mariage à des personnes de même sexe était, pour beaucoup, parfaitement inenvisageable, l'homosexualité se présentant, durant des siècles, comme une relation contre nature voire comme un comportement pathologique. Pourtant, l'évolution des mœurs et la reconnaissance croissante de la condition homosexuelle allait venir à bout de plusieurs siècles de mariage binaire, les homosexuels revendiquant le droit à l'égalité et à la non-discrimination⁹⁴⁴, des doléances qui ont été définitivement entendues puisque la loi reconnaît désormais la possibilité pour les couples de même sexe de contracter mariage⁹⁴⁵.

829. Au-delà de la condition du sexe des époux, la loi impose une condition d'âge pour s'engager dans l'entreprise matrimoniale. Aux termes de l'article 144 du Code civil, « *le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ». Le mariage se présentant comme un contrat civil, il est rigoureux que celui-ci ne puisse être valablement contracté avant l'âge légal de la majorité, une majorité qui permet aux individus de contracter valablement sans autorisation préalable⁹⁴⁶.

830. Pourtant, la règle ne fut pas toujours celle-ci. Dès l'adoption du Code civil de 1804, la loi prévoyait une dissemblance entre l'âge légal imposé à l'homme et celui imposé à la femme. En effet, l'ancien article 144 énonçait que : « *l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* ». La majorité matrimoniale différait sensiblement entre les sexes, la femme étant considérée comme apte à contracter mariage dès l'âge de quinze ans. Pourquoi existait-il une telle différence ? Celle-ci tenait au fait qu'à l'époque de son instauration, le mariage était souvent l'affaire d'un accord, et les femmes, considérées comme sujet procréatif, se devaient de s'unir tôt pour engendrer une progéniture prestement, le mariage reposant en ces temps, sur une finalité procréative. L'autorisation du mariage des jeunes filles dès l'âge de quinze ans se

⁹⁴⁴ Pour plus d'informations, s'en référer à la partie de la thèse intitulée « Dépénalisation et dépathologisation de l'homosexualité ».

⁹⁴⁵ « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* », Article 143, Code civil.

⁹⁴⁶ Il existe une exception concernant les mineurs. Le Code civil, d'abord, en son articles 145, prévoit que « *néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ». Il ajoute, ensuite, que « *les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* », Article 148, Code civil.

justifiait par leur possibilité d'enfanter⁹⁴⁷ et d'ainsi parvenir au but poursuivi par l'union matrimoniale.

831. Pourtant, une telle différence d'âge, si elle se justifiait aux siècles derniers, ne pouvait rester en cet état, la procréation n'étant plus l'objectif ultime du mariage et l'inégalité imposée se présentait comme contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi. De plus, au-delà de la matière constitutionnelle, la différence imposée était contraire aux textes internationaux et notamment à la Convention des Nations unies⁹⁴⁸ du 18 décembre 1979 qui déclare dans son article 16 que les Etats parties « *prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, pour assurer, sur la base de l'égalité entre l'homme et la femme, le même droit de contracter mariage* ».

832. Fort de respecter ces engagements internationaux – bien que tardivement⁹⁴⁹ –, le législateur français a modifié, en 2006⁹⁵⁰, l'article 144 du Code civil qui prévoit désormais une majorité matrimoniale fixée à dix-huit ans, imposant une juste égalité entre les futurs époux.

833. Parallèlement aux conditions du mariage tenant aux caractéristiques biologiques de la personne, il est une condition primordiale qui fonde la validité du mariage : le consentement.

834. Si d'antan, le consentement n'était pas une condition essentielle de l'union matrimoniale, celle-ci se formalisant d'un accord parental, le mariage dans sa forme actuelle ne peut être effectif sans que les époux aient donné leur consentement ; l'article

⁹⁴⁷ « *En âge de procréer, les femmes de quinze ans étaient donc en âge de se marier. L'homme était, dans le passé, le chef de famille. Il convenait pour cela qu'il soit doté d'une maturité suffisante et ne pouvait donc se marier qu'à compter de ses dix-huit ans* », P. HILT et C. SIMLER, « Chapitre II. Les conditions de formation du mariage » in P. HILT et C. SIMLER, *Droit de la famille*, Ed. Ellipses, Coll. « 100% Droit », 2018, 436 pages, pages 31 à 60.

⁹⁴⁸ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ONU, 18 décembre 1979.

⁹⁴⁹ La modification de la loi est intervenue en 2006 alors même que la Convention est entrée en vigueur en 1981.

⁹⁵⁰ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commise contre les mineurs.

146, jamais modifié depuis son introduction dans le Code civil de 1804, prévoyant qu' « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

835. Toutefois, donner son consentement ne signifie pas seulement dire « oui » à la question qui sera posée par l'officier d'état civil mais le consentement se doit également d'être formulé de manière libre et éclairée. Nous l'avons évoqué précédemment dans notre partie consacrée au consentement, un consentement libre se présente comme un consentement dépourvu de toute contrainte et le consentement est éclairé dès lors que la personne qui le donne mesure toutes les conséquences de cet acquiescement.

836. Si l'article 146 n'évoque pas expressément les qualités du consentement, l'article 180 du Code civil est, quant à lui, plus explicite sur la question. En effet, il prévoit que « *le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage* ». Ainsi, il évoque expressément la contrainte⁹⁵¹ qui vice obligatoirement le consentement. Pourtant, s'il conçoit la possibilité d'une absence de liberté, rien ne semble évoquer le défaut de consentement éclairé.

837. Pour obtenir une meilleure compréhension de l'absence de consentement éclairé, il faut s'en référer à la dernière partie de l'article qui déclare que « *s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage* ». Pour donner son consentement de manière éclairée, l'époux doit pouvoir disposer d'un nombre conséquent d'informations concernant son partenaire. Or, dans certaines situations, la personne à laquelle un individu s'est uni ne correspond pas à ce qu'il pensait d'elle. Dans ce cas précis, il est évoqué l'erreur sur la personne⁹⁵², une

⁹⁵¹ La contrainte peut être imposée par violence physique ou morale ou encore, par l'usage de menaces, Cour de cassation, Chambre civile, 4 novembre 1822 ; CA Colmar, 28 avril 2005 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-10.498 ; CA Bordeaux, 21 février 2006 ; E. **RUDE-ANTOINE**, « Mariage forcé, violence physique, violence morale ..., une réflexion à partir de jugements de nullité de mariage », *Cliniques méditerranéennes*, volume 88, n° 2, 2013, pages 45 à 58.

⁹⁵² La jurisprudence retient comme erreur sur la personne : l'erreur sur l'identité physique de la personne, l'erreur sur l'identité civile de la personne ou l'erreur sur la nationalité.

erreur qui a, inévitablement, vicié le consentement puisque la personne ignorait cet élément à prendre en considération lors de la formulation de son accord. Il en est de même pour les qualités essentielles⁹⁵³ qui altèrent nécessairement le consentement. Dans les deux cas, l'époux victime doit prouver que s'il avait eu connaissance de cet élément, il n'aurait pas contracté mariage.

838. Le consentement doit être élargi au consentement à la relation conjugale. Bien que le consentement soit donné pour valider le mariage, il conditionne également un consentement sexuel. Dès lors que vous vous unissez à un tiers, il y aura sauf cas exceptionnel, la mise en pratique d'une vie intime et consentir à l'union matrimoniale c'est également, de manière générale, consentir aux relations sexuelles qui peuvent en découler.

839. Concomitamment aux conditions nécessaires à la validité du mariage, le législateur a pris des mesures pour interdire certaines formes d'union. Tout d'abord, un époux ne peut contracter mariage s'il est déjà engagé matrimonialement. Un empêchement au mariage contenu à l'article 147 qui dispose qu' « *on ne peut contracter un second mariage, avant la dissolution du premier* », un article qui a été adopté sous le Code civil de 1804 et dont les termes n'ont jamais été modifiés.

840. Néanmoins, au-delà d'un empêchement civil, le fait de contracter mariage avant la dissolution du premier se présente comme une infraction pénale. Initialement prévu à l'article 340 du Code pénal, celui-ci prévoyait que « *Quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 F à 30.000 F* ». Une infraction qui était contenue dans un chapitre consacré aux attentats aux mœurs, preuve que le législateur de 1804 considérait que le fait de contracter mariage avant la dissolution du premier violait l'ordre public et la moralité publique⁹⁵⁴. Le nouveau Code pénal a

⁹⁵³ Cour de Cassation, Première chambre civile, 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-10.498 ; TGI Rennes, 9 novembre 1976 ; TGI Paris, 13 février 2001 ; Cour de Cassation, Première chambre civile, 19 décembre 2012, pourvoi n° 09-15.606 ; CA Montpellier, 11 janvier 2019.

⁹⁵⁴ « *En matière pénale, le code de 1810 consacrait essentiellement, en ce qui concerne le couple, un ordre public de direction, tendant à assurer le respect de l'institution du mariage et des obligations en découlant* », A. **CERF-HOLLENDER**, « Le couple face au droit et à la procédure pénale : contribution à la mise en lumière d'un droit pénal du couple », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 11, 2013, pages 45 à 54.

entériné la vieille répression pénale prévue dans ce cas. Ainsi, depuis l'adoption du nouveau Code pénal, l'infraction de bigamie est réprimée à l'article 433-20 qui dispose que « *Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* », une répression actuellement toujours fondée sur la préservation de l'ordre public mais également sur la protection des femmes, principales victimes d'une telle pratique⁹⁵⁵.

841. En parallèle de l'empêchement au mariage pour cause de mariage précédent non dissout, le législateur a prévu l'impossibilité de se marier dès lors que les partenaires ont un lien de parenté. Des ascendants aux descendants (article 161⁹⁵⁶ du Code civil), en passant par les relations fraternelles (article 162⁹⁵⁷ du Code civil) ou encore, celles entretenues avec d'autres membres de la famille (article 163⁹⁵⁸ du Code civil), le Code civil prévoit la prohibition de ces unions matrimoniales.

842. Pourtant, la prohibition d'une telle relation en dehors du cadre marital n'existe pas en droit français. En effet, le fait d'entretenir des relations sexuelles alors même que les partenaires sont parents n'est pas prohibé dès lors que ceux-ci sont consentants et majeurs. Pourquoi le Droit se refuse à reconnaître civilement une situation de fait ? Puisque les relations intimes peuvent engendrer des enfants, il pourrait être avancé, pour interdire cette forme de mariage, le risque génétique, les enfants issus de telles unions pouvant être victimes de dégénérescence. Néanmoins, tout mariage n'est pas voué à engendrer une progéniture. De ce fait, un autre argument peut être celui de l'immoralité d'une telle relation, le fait d'entretenir une relation sexuelle, par exemple, avec la femme qui nous a mis au monde désagrège le lien primaire mère/enfant.

843. En tout état de cause, même si les motifs d'interdiction semblent compréhensibles, le fait de n'interdire de telles relations que dans le cadre du mariage impose l'idée seule

⁹⁵⁵ Sénat, Proposition de loi sur la répression de la polygamie, n° 501, 26 mai 2010.

⁹⁵⁶ « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* », Article 161, Code civil.

⁹⁵⁷ « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs* », Article 162, Code civil.

⁹⁵⁸ « *Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce* », Article 163, Code civil.

que le législateur, s'il se désintéresse des relations incestueuses hors mariage, se refuse à ce qu'une telle situation soit civilement reconnue, la reconnaissance d'une telle union revenant à légitimer ces relations.

844. Si les futurs époux se doivent de respecter des conditions précises afin de s'unir civilement, le mariage, dès qu'il est légalement formé, entraîne des devoirs que les époux se doivent de respecter.

845. **Les devoirs du mariage** - Le mariage comporte depuis toujours un ensemble de devoirs tels que le respect, la solidarité, l'assistance et la fidélité entre les époux.

846. Aux termes de l'article 212 du Code civil : « *Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ». Respect, fidélité, secours et assistance. Tels sont les devoirs principaux que se doivent de respecter toute personne qui s'engage dans l'entreprise matrimoniale.

847. Tout d'abord, en ce qui concerne le respect, il s'agit d'un devoir relativement récent puisque celui-ci a été introduit par la loi du 4 avril 2006⁹⁵⁹ relative à la répression des violences au sein du couple. Constatant la hausse des violences conjugales, le législateur a souhaité intégrer au sein même des devoirs des époux, l'obligation de respect mutuel. Ce devoir s'entend du fait que « *chaque époux est tenu de respecter l'intégrité morale et matérielle de son conjoint*⁹⁶⁰ ».

848. Plus largement, la jurisprudence semble englober dans ce devoir un nombre conséquent de comportements qu'elle juge irrespectueux tels que les injures⁹⁶¹, l'alcoolisme⁹⁶², le désintérêt envers l'époux⁹⁶³, l'agressivité⁹⁶⁴, l'humiliation⁹⁶⁵ et la

⁹⁵⁹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

⁹⁶⁰ P. HILT et F. GRANET-LAMBRECHTS, « Chapitre II. La vie du couple marié » in P. HILT et F. GRANET-LAMBRECHTS, *Droit de la famille*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. « Droit en + », 2018, 228 pages, pages 53 à 55.

⁹⁶¹ CA Nîmes, 11 mars 2015 ; CA Angers, 5 octobre 2015.

⁹⁶² CA Paris, 24 septembre 2015.

⁹⁶³ CA Douai, 3 septembre 2015.

⁹⁶⁴ CA Douai, 18 juin 2015.

⁹⁶⁵ CA Paris, 5 mars 2015.

vénalité⁹⁶⁶, pléthore de comportements qui démontre une interprétation générale du devoir de respect imposé par l'article 212 du Code civil.

849. Ensuite, et conjointement au devoir de respect, la loi impose les devoirs de secours et d'assistance. S'il semble que ces devoirs puissent s'apparenter l'un à l'autre, une distinction entre les deux doit être faite. Le devoir de secours doit s'entendre d'une solidarité matérielle entre les époux alors que le devoir d'assistance, qui possède une dimension plus affective, se conçoit comme une solidarité morale. Ainsi, le secours sera, par exemple, l'aide financière⁹⁶⁷ apportée au conjoint dès lors que celui-ci se trouvera en difficulté ou plus généralement, le devoir de secours sera assimilé à l'obligation de contribuer aux charges du mariage contenue à l'article 214⁹⁶⁸ du Code civil. L'assistance, elle, sera matérialisée par l'aide physique ou morale⁹⁶⁹ comme lorsque la santé d'un des conjoints s'en trouvera fragilisée⁹⁷⁰.

850. Enfin, l'article 212 évoque le devoir de fidélité. Le devoir de fidélité qui va se présenter comme le plus remarquable pour notre étude, un tel devoir imposant nécessairement des obligations en matière de sexualité. Brièvement, le devoir de fidélité se caractérise comme le devoir de ne pas entretenir de relations intimes avec une tierce personne. L'infidélité, si elle est fréquemment perçue comme physique, peut également être caractérisée par un simple acte moral, la jurisprudence ne manquant pas de prononcer le divorce au regard de maintes situations⁹⁷¹ qu'elle considère relatives à une infidélité.

851. S'il n'est plus une infraction pénale depuis la loi du 11 juillet 1975⁹⁷² et ne constitue plus une cause péremptoire de divorce, le devoir de fidélité reste particulièrement ancré

⁹⁶⁶ CA Caen, 26 février 2015.

⁹⁶⁷ Cour de cassation, Première chambre civile, 28 mai 2015, pourvoi n° 13-23.395.

⁹⁶⁸ « *Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives* », Article 214, Code civil.

⁹⁶⁹ CA Metz, 17 avril 2007.

⁹⁷⁰ Cour de cassation, Première chambre civile, 25 février 2009, pourvoi n° 08-13.413.

⁹⁷¹ Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 21 octobre 1954 (fréquentations équivoques) ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 21 décembre 1960 (amitiés particulières) ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 31 octobre 1962 et 12 juin 1993 (entretien d'une correspondance avec un tiers) ; Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juillet 1970 (relations équivoques avec un tiers) ; TGI Paris, 13 février 1986 (infidélité intellectuelle – voire spirituelle – d'une femme avec son évêque).

⁹⁷² Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

dans la bonne conduite sexuelle conjugale, suggérant de ce fait les comportements sexuels à adopter dans le cadre matrimonial. Un devoir de fidélité auquel il faut ajouter le devoir conjugal qui découle de l'article 215 du Code civil relatif à l'obligation de vie commune imposée aux époux, un devoir conjugal qui, à l'instar du devoir de fidélité, laisse prétendre à une véritable gouvernance sexuelle imposée par le législateur.

SECTION II - Obligation traditionnelle de la sexualité matrimoniale : devoir de fidélité

852. « *S'il est vrai que l'institution matrimoniale perd de son monopole conjugal et qu'elle n'a plus pour fonction la légitimation de la filiation, elle n'en demeure pas moins le sommet de la hiérarchie juridique des sexualités. Par la figure du devoir conjugal, le droit entend ainsi organiser la vie sexuelle des individus en fonction d'un certain nombre de règles impératives. Certes, l'adultère est sorti de la loi pénale et n'est plus une cause péremptoire de divorce mais la faute au sein de celui-ci garde toute son efficacité au moment de pénaliser le conjoint coupable. Ainsi, a priori par les conditions d'accès aux noces établies par la loi et a posteriori par les sanctions infligées par les juges, le droit organise une véritable gouvernance sexuelle au sein de laquelle la hantise de la luxure joue un rôle capital. Si bien que certains vestiges canoniques comme le *debitum conjugal*, la fidélité (...) demeurent⁹⁷³ ».*

853. L'obligation de la fidélité a traversé les âges, évoluant au gré des valeurs et des mœurs de chaque époque. Des craintes ancestrales liées à la légitimité des enfants aux sentiments de déloyauté conjugale, cette obligation a marqué de son empreinte la relation entre époux. Le mariage, considéré comme un cadre sacré, impose ainsi une exclusivité sexuelle, symbole d'engagement et de loyauté réciproques (§ I).

854. Toutefois, l'infidélité, bien qu'elle soit souvent associée à la dimension sexuelle, peut également revêtir des formes moins explicites. Au-delà de la trahison charnelle, la déloyauté conjugale peut se manifester sous d'autres formes, générant des conflits et des

⁹⁷³ D. BORRILLO, « I. Le mariage : du sacrement au contrat » in D. BORRILLO, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, Ed. PUF, Coll. « Génération libre », 2018, 168 pages, pages 33 à 102.

préjudices moraux. Dans ce contexte, la répression civile de l'infidélité, bien que moins tranchante que la répression pénale, entre en jeu pour sanctionner cette rupture du lien de fidélité.

855. Mais que se passe-t-il lorsque l'infidélité devient un litige civil ? La violation du devoir de fidélité est-elle toujours considérée systématiquement comme faute civile, ou existe-t-il des circonstances atténuantes qui permettent de déroger à cette obligation sacrée ? (§ II).

§ I – Le devoir de fidélité ou l'exclusivité sexuelle

856. ***L'obligation de la fidélité : De la crainte des enfants illégitimes à la déloyauté conjugale, préjudice moral*** – Si le devoir de fidélité est, de nos jours, imposé pour garantir une loyauté conjugale et éviter que ne survienne un préjudice moral pour l'un des époux, un tel devoir fut très longtemps exigé pour contrer toute filiation illégitime.

857. Déjà en Grèce antique, DEMOSTHENE évoquait que le but du mariage, au-delà de la simple procréation, imposait une procréation légitime. Plus précisément, il énonce que « *nous prenons une courtisane pour nos plaisirs, une concubine pour recevoir d'elle les soins journaliers qu'exige notre santé, nous prenons une épouse pour avoir des enfants légitimes et une fidèle gardienne de tout ce que contient notre maison*⁹⁷⁴ ». Le mariage est source de légitimité procréatrice, indispensable au bon fonctionnement de la société.

858. La Rome antique, en matière de fidélité, adoptait le même raisonnement. Selon Daniel BORRILLO, « *en droit romain, l'adultère était puni non pas comme manquement à une obligation morale, mais du fait qu'il portait atteinte à la domination de l'homme sur la femme ou, pour cette dernière, du fait qu'elle était susceptible d'introduire ainsi un bâtard dans la lignée familiale*⁹⁷⁵ ». Ainsi, la morale et le préjudice causé à l'époux victime ne justifie en rien la répression de l'infidélité, la crainte d'une filiation illégitime étant le seul moteur pour légitimer le respect d'un tel devoir.

⁹⁷⁴ R. DARESTE, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, Tome II, Paris, Ed. E. Plon, 1875, 364 pages.

⁹⁷⁵ D. BORRILLO, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, Ed. PUF, Coll. « Génération libre », 2018, 168 pages.

859. Si la religion chrétienne a instauré un mariage fondé sur l'égalité entre les époux, la finalité du mariage étant la procréation et les relations hors mariage se présentant comme religieusement illicites, le devoir de fidélité se comprend de la même manière qu'aux siècles précédents : des époux se jurant fidélité et concourant à la naissance d'enfants légitimes, d'une part, parce qu'ils sont nés dans le cadre matrimonial et d'autre part, parce qu'ils ont été conçus entre époux. L'infidélité conduit nécessairement, s'il y a enfantement, à la naissance d'enfants illégitimes, une telle naissance contrevenant nécessairement à l'interdiction des relations hors mariage et au respect du devoir de fidélité imposé aux époux.

860. Sous l'Ancien régime, « *l'adultère de l'épouse est très sévèrement réprimé, tandis que l'adultère du mari est ignoré par la loi pénale. L'inégalité de traitement, justifiée par le risque, propre à l'adultère féminin, d'introduction d'enfants étrangers dans la famille, renvoie aussi à la hiérarchie des époux dans le mariage selon laquelle le mari est le chef de son épouse*⁹⁷⁶ ». Une fois encore, contrevenir à la fidélité c'est indubitablement prendre le risque d'engendrer une filiation illégitime.

861. La Révolution va apporter une véritable innovation concernant le devoir de fidélité. Imposé depuis des siècles, celui-ci va être supprimé dans les Codes révolutionnaires⁹⁷⁷. Pourtant, l'abolition du devoir de fidélité va être de courte durée, le Code civil de 1804 y faisant de nouveau référence.

862. Ainsi, bien que temporairement supprimé, et même si le Code civil a fait du mariage une institution civile, le devoir de fidélité va être réinstauré. À l'instar de sa conception sous l'Ancien Régime, il va, de nouveau, se présenter comme parfaitement inégalitaire puisque « *l'adultère de l'épouse est une grave transgression, passible de réclusion criminelle, tandis que celui du mari n'est fautif que s'il prend la forme de l'entretien d'une concubine au*

⁹⁷⁶ V. **NAGY**, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975 », *Enfances Familles Générations*, [En ligne], n° 5, 2006.

⁹⁷⁷ A. **WALCH**, *Histoire de l'adultère : XVIe-XIXe siècles*, Ed. PERRIN, 2009, 404 pages.

domicile conjugal (anciens articles 336 à 339⁹⁷⁸ du Code pénal)⁹⁷⁹ ». D'ailleurs, au-delà du fait qu'il s'agisse d'une faute pouvant engendrer une filiation illégitime, l'infidélité conjugale se présentait, à l'inverse de l'infidélité antique, comme une atteinte à la moralité, les articles prohibant ces pratiques se trouvant inscrits dans une section IV intitulée « Attentats aux mœurs », preuve encore une fois que le législateur régit la sexualité de ses justiciables en imposant une bonne moralité sexuelle.

863. *Ainsi, durant des siècles, « le caractère plus grave de l'adultère de l'épouse a souvent été justifié par le fait qu'il pouvait, contrairement à l'adultère du mari, introduire un enfant adultérin dans la famille légitime. Ce raisonnement était rendu possible par le lien qui unissait tout rapport sexuel à un potentiel acte de procréation : tout adultère de l'épouse entraînait nécessairement le risque de voir l'épouse mettre au monde un enfant issu d'un autre que son mari⁹⁸⁰ ».*

864. *La devoir de fidélité durant des siècles doit ainsi s'entendre de la volonté d'éviter toute forme de filiation illégitime, la femme étant considérée, durant tout ce temps, comme le membre privilégié du mariage pouvant conduire à une telle situation d'illégitimité. De plus, si toute faute repose sur l'épouse, ce n'est pas uniquement pour réprimer un comportement considéré comme immoral mais surtout, parce que la naissance d'enfants illégitimes entraînait des difficultés successorales⁹⁸¹.*

⁹⁷⁸ « *L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari : cette faculté même cessera, s'il est dans le cas prévu par l'article 339* », Article 336, Ancien Code pénal ; « *La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme* », Article 337, Ancien Code pénal ; « *Le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps, et, en outre, d'une amende de cent francs à deux mille francs. Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité, seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu* », Article 338, Ancien Code pénal ; « *Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs* », Article 339, Ancien Code pénal.

⁹⁷⁹ V. **NAGY**, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975 », *Enfances Familles Générations*, [En ligne], n° 5, 2006.

⁹⁸⁰ V. **NAGY**, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975 », *Enfances Familles Générations*, [En ligne], n° 5, 2006.

⁹⁸¹ « *De plus, le caractère dangereux de l'introduction dans la famille légitime d'un enfant adultérin, qui donnait à un enfant naturel une place d'enfant légitime, résidait dans l'atteinte que cette usurpation de place portait à l'ordre de la filiation légitime dans un contexte où le mariage détenait le monopole de la production*

865. Si une juste égalité entre les époux dans le droit au divorce va être imposée avec la loi NAQUET du 27 juillet 1884⁹⁸², l'objectif du devoir de fidélité va grandement se modifier par la suite, le lien entre fidélité et procréation perdant massivement du terrain. En effet, si le devoir de fidélité était, principalement, fondé sur la préservation de toute filiation illégitime, la loi du 3 janvier 1972 va venir bouleverser la conception juridique du devoir de fidélité puisqu'elle pose le principe général de l'égalité des filiations légitime et naturelle, que celles-ci soient simples ou adultérines en prévoyant à l'article 334 du code civil, depuis abrogé⁹⁸³, que « *l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Il entre dans la famille de son auteur* ». Dès lors, puisqu'il n'existe plus aucune distinction légale entre enfant légitime et illégitime, le devoir de fidélité ne peut plus trouver sa justification dans la volonté de préserver la filiation légitime, le cercle familial.

866. Néanmoins, bien que dépourvu de toute finalité de préservation de la légitimité, le devoir de fidélité va persister et ce n'est qu'en 1975⁹⁸⁴ que l'infraction d'adultère va être supprimée. Pourtant, bien qu'évincée de la loi pénale, le devoir de fidélité va rester ancré dans la matière civile, celui-ci ne se concevant plus comme délit pénal mais comme faute civile causant un préjudice à autrui, une déloyauté conjugale.

867. Dépourvu de toute référence à la filiation, l'infidélité est devenue, au fil du temps, une pratique déloyale. Si l'acte sexuel avec un tiers est toujours punissable, l'élargissement de la notion de fidélité a engendré la reconnaissance d'un devoir de loyauté conjugale.

868. **Le mariage : un cadre imposant une exclusivité sexuelle** – Très justement, Francis CABALLERO déclare que « *le mariage, fondement de la famille, est l'union sexuelle la plus pratiquée et la plus favorisée par le droit. Sous l'angle du droit du sexe, le mariage s'analyse*

d'enfants légalement reconnus et où enfants légitimes et naturels étaient strictement distingués par la loi », V. NAGY, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975 », *Enfances Familles Générations*, [En ligne], n° 5, 2006.

⁹⁸² « *La loi Naquet ne retient que trois causes de divorce qui sont à peu de choses près celles déjà prévues en 1804 : les excès, sévices et injures graves, une peine afflictive et infamante, l'adultère. Sur ce dernier point, la loi innove toutefois en supprimant toute discrimination entre l'homme et la femme quant aux circonstances de l'adultère* », D. VEILLON, « Le divorce en France. Du Code civil de 1804 à la loi du 26 mai 2004 », *Slovenian Law Review*, volume 3, n°s 1-2, décembre 2006, pages 45 à 62.

⁹⁸³ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁹⁸⁴ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

*en effet comme une convention d'exclusivité de services sexuels entre époux sans limitation de durée*⁹⁸⁵ ».

869. Le mariage et l'exclusivité sexuelle. Le mariage, dans ses conditions de formation ainsi que dans son application, a toujours été présenté comme l'institution fondamentale de l'exclusivité sexuelle. Si, dans ses prémices, le principe de l'exclusivité sexuelle répondait à des exigences de filiation, le recul de la nécessaire préservation de la légitimité de la génération n'a pas entaché le lien profond établi entre mariage et exclusivité, une telle exclusivité sexuelle persistant dans notre droit français actuel.

870. L'exclusivité sexuelle imposée par le Droit se manifeste, tout d'abord, dans les conditions indispensables à la formation du mariage. Le mariage est une union monogame qui ne tolère aucune forme de polygamie. Soucieux de préserver le cocon familial classique, le législateur se refuse à reconnaître qu'un(e) époux(se) puisse contracter mariage avec plusieurs personnes, limitant ainsi la possibilité des relations pluri-matrimoniales, sources de complexité juridique.

871. La monogamie dès lors, se présente comme la première source d'exclusivité sexuelle au sein du mariage, le législateur règlementant dès sa formation, la sexualité des individus en imposant la relation sexuelle monogame. Mais, si le législateur tient à limiter la sexualité des individus dans la formation du mariage, il s'attache, ensuite, à ce qu'une exclusivité sexuelle perdure tout au long de l'union matrimoniale avec l'instauration du devoir de fidélité.

872. Véritable principe d'exclusivité sexuelle, le devoir de fidélité s'entend de l'impossibilité pour toute personne engagée matrimonialement d'entretenir des relations sexuelles avec une tierce personne. L'époux étant considéré comme le partenaire exclusif de la relation matrimoniale et toute relation dont il n'est pas l'acteur principal viole indubitablement le devoir de fidélité établi par le Droit, la sexualité conjugale se limitant à la sexualité entre époux.

⁹⁸⁵ F. CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, 747 pages, page 12.

873. Pourtant, au nom de la liberté sexuelle, il semble qu'une observation doit être envisagée : limiter les relations sexuelles conjugales ne contrevient-il pas pleinement à la liberté sexuelle reconnue aux justiciables ? En effet, imposer une exclusivité sexuelle est parfaitement en inadéquation avec le principe même de la liberté sexuelle. Les individus, engagés dans l'union matrimoniale, ne pouvant, dès lors, plus choisir un partenaire sexuel autre que celui avec lequel ils se sont civilement engagés.

874. Pourquoi imposer une telle exclusivité ? Auparavant justifié par la nécessité de préserver la filiation, le devoir de fidélité s'est peu à peu imposé comme une véritable garantie contre les préjudices moraux qui pourraient découler de l'infidélité. Si le mariage était, à l'origine, dépourvu de tout sentiment amoureux, l'évolution des mœurs a insufflé un vent de sentiments au sein même de l'institution matrimoniale, le mariage devenant mariage d'amour et de réciprocité affective⁹⁸⁶.

875. Ainsi, si nous pouvons concevoir la volonté d'aucuns de remettre en cause l'ingérence de l'État dans les relations sexuelles matrimoniales et de prôner la nécessité de rompre avec le devoir de fidélité⁹⁸⁷, et ceci au nom de la liberté sexuelle et de la liberté individuelle, la spécificité de l'engagement matrimonial, devenu au fil des siècles, mariage d'amour rend difficilement concevable une stricte neutralité étatique face aux torts dont peut être victime l'époux dont la confiance a été violée. L'infidélité étant source de souffrances et de maux, l'ingérence du législateur, bien que semblant imposer une moralité sexuelle, se trouve justifiée par la nécessité d'offrir à l'époux victime la possibilité d'obtenir, outre la dissolution de son union, réparation du préjudice subi et ceci, non simplement à raison d'une morale sexuelle imposée mais parce que l'infidélité, dès lors qu'elle est pratiquée dans un cadre sentimental, provoque un préjudice moral.

⁹⁸⁶ M. **BOZON**, « Chapitre II. L'ébranlement de l'ordre ancien de la procréation », in M. BOZON, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Cursus », 198 pages, pages 29 à 39 ; M. **BOZON**, « Chapitre III. Intimité, sexualité et subjectivité à l'époque contemporaine », in M. BOZON, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Cursus », 2018, 192 pages, pages 41 à 63.

⁹⁸⁷ D. **BORRILLO**, « I. Le mariage : du sacrement au contrat » in D. BORRILLO, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, Ed. PUF, Coll. « Génération libre », 2018, 168 pages, pages 33 à 102.

876. De plus, si la sexualité conjugale était autrefois synonyme de procréation, elle s'est muée progressivement en une sexualité possessive et exclusive⁹⁸⁸ dont la transgression procure maux psychologiques desquels sont issus, respectivement, les sentiments de trahison, de perte de confiance et d'estime de soi. Certes, si certains individus ne perçoivent pas la sexualité comme une activité imprégnée d'affectivité et la distingue du sentiment amoureux, et ceci même lorsque l'activité sexuelle est exécutée au sein d'une relation affective, les mœurs actuelles fondées sur l'exclusivité sexuelle ont créé un véritable lien entre sexualité et amour, un lien qui peut expliquer le préjudice causé dès lors que la relation sexuelle exclusive n'est pas respectée, l'exclusivité sexuelle trouvant sa source dans l'exclusivité émotionnelle.

877. Certes, nous avons longuement critiqué, tout au long de la thèse, l'ingérence de l'État dans les relations sexuelles, considérant qu'une telle absence de neutralité contrevenait à la liberté et instaurait naturellement une moralité sexuelle. Pourtant, si la sexualité est affaire privée et relève du libre exercice de chaque individu, il est une chose qui ne doit pas être omise : la sexualité est une pratique qui peut être aussi bienfaisante que destructrice, destructrice dès lors qu'elle cause un préjudice à autrui ; le préjudice ne se limitant pas à l'absence de consentement à la relation sexuelle mais s'étendant également à la souffrance du cœur, de l'esprit. Il est du devoir du Droit, non pas d'imposer sa propre conception de la sexualité, mais de s'assurer que ses justiciables ne soient victimes d'aucun préjudice y compris le préjudice sentimental et affectif.

878. Ainsi, en vertu de la liberté sexuelle, le législateur pourrait se désintéresser des relations intimes entre personnes mariées, à l'instar des relations concubines qui ne relèvent d'aucune réglementation sexuelle, mais si aujourd'hui, le Droit ne doit plus reposer sur la morale pour limiter la sexualité conjugale, ne faisant plus de l'époux infidèle un être dénué de morale, il ne peut fermer les yeux sur les conséquences d'une infidélité : une activité, certes, dépourvue d'immoralité mais, malgré tout, empreinte de déloyauté, dès lors que le conjoint victime s'est estimé engagé dans une relation d'exclusivité morale, sentimentale et physique.

⁹⁸⁸ M. BOZON, « Chapitre IV. Cour de la vie sexuelle et nouvelle organisation sociale des âges », in M. BOZON, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Coursus », 2018, 192 pages, pages 41 à 63.

879. **L'infidélité sans sexualité : répression civile de la déloyauté conjugale** – La relation sexuelle extra-conjugale a toujours été caractéristique de l'infidélité. Dès lors que l'un des époux entretient une relation sexuelle avec un tiers, il prend le risque de voir son mariage se dissoudre pour non-respect des devoirs du mariage. Pourtant, l'infidélité sexuelle, si elle persiste comme faute civile, n'est pas l'unique forme d'exclusivité matrimoniale puisqu'à côté de la répression civile de l'infidélité du corps, engendrée par les relations sexuelles extra-conjugales, s'est amorcée la répression de l'infidélité de l'esprit.

880. En effet, à l'adultère charnel s'est ajoutée une dimension morale, sentimentale et spirituelle. Le devoir de fidélité ne s'entend plus uniquement dans l'accomplissement de l'acte sexuel mais également dans les relations affectives dépourvues de connotation sexuelle. Plus largement, l'infidélité conjugale peut s'appréhender comme une forme de déloyauté conjugale et « être infidèle c'est entretenir une relation sexuelle mais aussi trahir la confiance du conjoint⁹⁸⁹ ».

881. En effet, si l'infidélité s'est longtemps présentée comme empreinte de sexualité, elle peut être constatée sans acte sexuel. L'infidélité ne se limite pas seulement aux relations sexuelles, mais englobe également les actes et les comportements qui trahissent la confiance et l'engagement dans la relation conjugale. Cela pouvant inclure des comportements tels que des relations émotionnelles intenses et intimes avec une autre personne, des flirts, des échanges de messages ou d'images suggestives, ou même des rencontres non-physiques mais romantiques.

882. La perception d'un acte infidèle peut varier d'un couple à l'autre en fonction de leurs propres valeurs et attentes dans la relation. Certains couples peuvent considérer toute forme de connexion émotionnelle ou romantique avec une autre personne comme de l'infidélité, même en l'absence d'acte sexuel, tout comme certains peuvent ne percevoir l'infidélité que dans le seul rapport sexuel avec un tiers.

883. De ce fait, parce que désormais la conception de fidélité se plie aux circonstances et à la sensibilité de chaque époux, la jurisprudence a considérablement élargi sa

⁹⁸⁹ L. OLIVERO, « L'infidélité sans adultère à l'époque d'internet – Une comparaison entre la France et l'Italie », *Revue internationale de droit comparé*, volume 67, n° 2, 2015, pages 541 à 565.

conception du devoir de fidélité, considérant qu'en dehors des actes sexuels adultérins, l'infidélité pouvait trouver à se constituer toutes les fois où une déloyauté conjugale pouvait être constatée, une déloyauté conjugale laissée à l'appréciation concrète des juges qui s'efforcent d'établir, de manière personnalisée, une violation grave du devoir de fidélité.

884. Ainsi, il a été admis que des fréquentations équivoques⁹⁹⁰, des échanges de correspondances⁹⁹¹ ainsi que des amitiés particulières⁹⁹² puissent constituer des violations du devoir de fidélité. De même, une relation spirituelle et intellectuelle entretenue entre une épouse et un évêque a été considérée comme violant le devoir de fidélité⁹⁹³. Semblablement, un attachement affectif profond d'une épouse pour une personne étrangère⁹⁹⁴ ou plus récemment, l'échange de photographies intimes sur un réseau social⁹⁹⁵ constituent une violation du devoir de fidélité.

885. De plus, au-delà de l'obligation de loyauté conjugale, la jurisprudence admet que le devoir de fidélité impose une obligation de respect dont l'appréciation peut être entendue très largement. Ainsi, l'épouse qui « *sort très fréquemment en boîte de nuit et fréquente les dancings* », qui « *se montre aguicheuse envers les hommes et a des comportements hautement injurieux pour la fidélité conjugale* » s'est vue reprocher une violation des obligations du mariage au titre du devoir de respect, corollaire du devoir de fidélité. Un tel comportement ayant été jugé irrespectueux pour l'époux⁹⁹⁶. De même, un manque de respect peut également trouver à être constitué dès lors que l'un des conjoints a recours au courtage matrimonial⁹⁹⁷ ou que l'épouse use abusivement du minitel⁹⁹⁸.

⁹⁹⁰ Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 21 octobre 1954 ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 3 janvier 1964.

⁹⁹¹ Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 31 octobre 1962 ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 12 juin 1963.

⁹⁹² Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 21 décembre 1960.

⁹⁹³ TGI Paris, 13 février 1986.

⁹⁹⁴ Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 17 avril 1975.

⁹⁹⁵ Cour de cassation, Première chambre civile, 30 avril 2014, pourvoi n° 13-16649.

⁹⁹⁶ Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 28 septembre 2000, pourvoi n° 98-18.850.

⁹⁹⁷ TGI Paris, 1^{er} décembre 1999.

⁹⁹⁸ TGI Douai, 24 novembre 1989.

886. En tout état de cause, le passage du mariage filiatif, fondement de la procréation légitime, au mariage affectif a profondément modifié la vision juridique de la notion de fidélité. Si les législations, en refusant l'infidélité pour cause de filiation illégitime, centraient la notion de fidélité sur la relation sexuelle, l'émergence du mariage affectif a considérablement élargi la vision juridique de la fidélité, obligeant les juges à prendre en considération, au-delà de l'acte sexuel, la dimension psychologique de l'infidélité.

§ II – L'infidélité, faute civile

887. **La violation du devoir de fidélité : faute civile circonstanciée** – Nous l'avons précédemment exposé, le devoir de fidélité est l'une des conséquences de l'union matrimoniale, s'agissant à la fois d'une fidélité sexuelle, fidélité du corps, mais également d'une fidélité sentimentale, morale et spirituelle, fidélité de l'esprit.

888. Par conséquent, dès l'instant où une infidélité, sexuelle ou morale, se produit, le conjoint victime va pouvoir demander l'engagement d'une procédure de divorce pour faute et ceci au titre de l'article 242 du Code civil qui prévoit que : « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* ». À la lumière des preuves rapportées, le juge va apprécier *in concreto* le bien-fondé de la demande, celui-ci analysant toute preuve produite pour estimer de la véracité d'une violation des devoirs du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune.

889. Pourtant, si nombre de comportements peuvent entrer dans le champ de l'infidélité conjugale, le juge, tout en élargissant la notion d'infidélité, pourra se trouver en mesure d'en limiter l'application au regard des circonstances de l'espèce. Bien que l'infidélité soit source de maux pour le conjoint dont l'exclusivité sexuelle a été violée, l'obligation d'exclusivité sexuelle et de loyauté conjugale perd toute sa force dans des situations particulières précises.

890. Le Droit, bien qu'imposant un devoir de fidélité limitant la liberté sexuelle et sentimentale des individus, n'implique pas une application de ce devoir de manière parfaitement stricte, reconnaissant que toute situation d'infidélité conjugale n'emporte

pas la reconnaissance automatique d'une faute conjugale susceptible d'engendrer un divorce pour faute. De ce fait, la connivence des époux sur le choix d'une vie libertine⁹⁹⁹, les comportements adultérins¹⁰⁰⁰ de chacun d'eux ou la réconciliation des époux¹⁰⁰¹ chassent nécessairement toute possibilité d'une demande en divorce pour faute, le juge ne considérant comme admissible que la faute qui repose sur un comportement préjudiciable avéré imputable à l'un des époux. Une position jurisprudentielle qui témoigne d'une volonté continue d'accorder un plus grand respect aux choix de vie personnelle et sexuelle des époux.

891. C'est pourquoi, dès l'instant où il est constaté que, soit les deux époux ont chacun eu une liaison extra-conjugale, soit qu'ils se sont préalablement accordés sur le non-respect commun du devoir de fidélité ou qu'ils se sont réconciliés après situation d'infidélité, l'obligation légale du respect du devoir de fidélité perd toute sa substance, ne pouvant ainsi trouver à être invoqué en cas de demande de divorce. L'infidélité ne se présentant comme

⁹⁹⁹ « *Attendu que l'adultère est une cause péremptoire de divorce ; que la demande peut cependant être rejetée au cas de connivence caractérisée de l'époux Y de l'adultère de son conjoint, sans qu'il soit nécessaire que la connivence ait été réciproque* », Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, 4 juillet 1973, pourvoi n° 72-12.110 ; « *Attendu que l'arrêt retient que les époux X ont entretenu des relations érotiques avec un autre couple et que leur double adultère pendant la période considérée avait été commis de connivence* », Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, 21 juin 1979, pourvoi n° 78-14.005 ; « *Chacun des époux ayant participé et s'étant montré complaisant à l'égard des aventures communes ou seules de l'autre il y a lieu de ne pas retenir ces faits à la charge de l'un ou de l'autre époux* », CA Toulouse, 19 février 1997 ; « *L'époux ne peut invoquer cette liaison adultère de son épouse à l'appui de sa demande en divorce ; qu'en effet, si le manquement de l'épouse à l'obligation de fidélité est établi, ce manquement n'a pu rendre intolérable le maintien de la vie commune, dans la mesure où l'époux avait expressément consenti à cette liaison* », CA Bordeaux, 21 mars 2000.

¹⁰⁰⁰ « *L'étude des différentes pièces montre que les deux époux ont adopté depuis de nombreuses années un mode de vie comportant pour chacun de grands espaces d'intimité hors couple, ayant progressivement distendu leurs liens au point de les mener à une vie commune avant tout sociale, à s'autoriser l'adultère (...) Qu'ainsi, les violations que chacun aujourd'hui reproche à l'adversaire en sont pas imputables à l'un ou l'autre mais procèdent de ce mode de vie tout comme elles ne rendent pas la vie commune intolérable puisqu'elles correspondent à l'inverse à une organisation conjugale mutuellement consentie. Que faute de rapporter la preuve de griefs comportant les caractères énoncés à l'article 242 du Code civil les parties seront déboutées de leurs demandes en divorce* », CA Bordeaux, 19 novembre 1996.

¹⁰⁰¹ « *La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce. Le juge déclare alors la demande irrecevable. Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande (...)* », Article 244, Code civil.

une faute civile que dans les situations de fait où l'exclusivité sexuelle et sentimentale était approuvée par chacun des époux et qu'une telle exclusivité n'a pas été respectée.

892. De ce fait, si la reconnaissance d'un devoir de fidélité comme obligation découlant de l'union matrimoniale semble contrevenir à la liberté sexuelle, l'appréciation concrète des juges dans les procédures de divorce pour faute exprime une volonté constante de reconnaître que tout comportement n'emporte pas violation du devoir de fidélité. La violation d'un tel devoir s'appréciant non de manière générale mais de façon spéciale afin de ne pas imposer une morale et une bonne conduite sexuelle et sentimentale dans le cadre du mariage mais en examinant, au cas par cas, l'établissement d'une possible faute civile causant préjudice à autrui, le juge civil demeurant gardien de l'ordre public matrimonial et notamment dans sa fonction protectrice des époux.

893. **Le devoir de fidélité : possibilité de dérogation ?** – Néanmoins, il est une incohérence juridique qui se doit d'être soulevée. Dans la mesure où les juges, dès lors qu'il y a eu connivence se refusent à reconnaître l'établissement d'une faute civile, le Droit ne pourrait-il pas envisager la possibilité de déroger au devoir de fidélité par le biais d'une convention ? Le devoir de fidélité est une obligation assorti d'un caractère d'ordre public. De ce fait, les conventions qui dérogent à ce devoir sont frappées de nullité. Pourtant, il ne s'agit pas, selon la Cour de cassation¹⁰⁰², d'un ordre public de direction mais d'un ordre public de protection. L'ordre public de direction se distingue de l'ordre public de protection, le premier visant à protéger l'intérêt général, le second recherchant la protection des individus face aux préjudices qui pourraient leur être causés et dont les exigences et restrictions ne concernent que l'intérêt privé des parties qui peuvent y déroger¹⁰⁰³. Si nous admettons la nécessité de reconnaître le devoir de fidélité en tant qu'élément d'un ordre public de protection dès lors que les époux ne souhaitent pas déroger à ce devoir, le fait de ne pas reconnaître légalement la possibilité d'y déroger, au

¹⁰⁰² « L'obligation de fidélité relève d'un ordre public de protection et non d'un ordre public de direction dès lors que la violation de cette obligation peut ne pas être retenue comme une faute, cause de divorce soit par exemple parce que les époux se sont déliés d'un commun accord de cette obligation, soit parce que l'infidélité d'un époux peut être excusée par le comportement de l'autre, autant de dérogations qui caractérisent que cette obligation de fidélité prévue à l'article 212 du code civil relève de l'ordre public de protection dont ne peuvent se prévaloir que les époux et non de l'ordre public de direction qui lui, ne supporte aucune dérogation », Cour de cassation, Première chambre civile, 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-19.387.

¹⁰⁰³ B. MOORE et D. LLUELLES, *Droit des obligations*, Montréal, Ed. Thémis, 2018, 2544 pages.

cours de l'union et ceci par convention, laisse supposer qu'il s'agit en réalité d'un ordre public de direction. En effet, même si la Cour de cassation admet que le devoir de fidélité peut, dans certaines situations précises, ne pas être invoqué à l'appui d'une demande en divorce révélant le caractère protecteur de l'ordre public en la matière, ceci n'intervient que dans le cadre de la dissolution du mariage et non au moment de sa constitution. Ainsi, si l'ordre public peut être qualifié de protecteur par la jurisprudence, il ne l'est que dans la dissolution de celui-ci, les valeurs de respect, de fidélité, d'assistance et de secours ne pouvant faire l'objet de dérogation dans l'établissement légal de l'union, la loi imposant un ordre public de direction dans la réalisation de l'union, la jurisprudence considérant un ordre public de protection dans sa dissolution.

894. De plus, reconnaître jurisprudentiellement l'absence d'une faute civile pour connivence et interdire la possibilité, au nom de l'ordre public, de déroger au devoir de fidélité relève d'un parfait illogisme. Le législateur, pour s'abstenir d'imposer une morale sexuelle, devrait offrir la possibilité aux époux qui le souhaitent, par l'établissement d'un contrat de mariage, de déroger au devoir de fidélité, un devoir qui ne concerne finalement que les époux et qui, au vu de la subjectivité de la vie affective de chacun, peut connaître des exceptions d'application¹⁰⁰⁴. Ainsi, reconnaître la faculté aux époux de déroger au devoir de fidélité confirmerait le caractère protecteur de l'ordre public en la matière, celui-ci, en l'état actuel du Droit, relevant plus de l'impératif que du protectif.

SECTION III - Le devoir conjugal, sexualité matrimoniale suggérée

895. « *Dans le modèle officiel, la sexualité matrimoniale prend donc la forme d'un devoir (le debitum conjugale) à double dimension. Négativement, devoir de s'abstenir d'entretenir*

¹⁰⁰⁴ Au-delà de la possibilité de déroger par convention au devoir de fidélité, il est intéressant de s'interroger sur la possibilité d'une part, de déroger aux autres devoirs du mariage et d'autre part, d'établir un contrat de mariage comprenant des clauses relatives aux comportements réciproques de chaque époux tout au long de l'union matrimoniale ? De la même manière que les époux régissent la dissolution de leur union, ne pourraient-ils pas régir chaque aspect de leur vie maritale telles que des obligations sur la gestion de leurs loisirs ou sur l'intendance de leur habitation (ménage, cuisine ...) ?

des rapports sexuels avec des tiers (fidélité) et, positivement, devoir d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint (devoir conjugal à proprement parler)¹⁰⁰⁵ ».

896. Au sein des unions matrimoniales, s'impose un devoir anciennement établi : le devoir conjugal. Au cœur de cette union, le devoir conjugal se dresse tel un pilier, un élément essentiel de l'obligation de cohabitation entre époux. Il évoque la proximité et l'intimité (§ I).

897. Malgré tout, l'obligation du devoir conjugal crée une dissonance qui ne peut être ignorée : obligation du devoir conjugal et interdiction du viol entre époux. La question se pose alors : comment concilier le respect du devoir conjugal avec l'interdiction du viol entre époux ? Dans cette confusion juridique, un antagonisme se profile nettement entre l'obligation de respecter le devoir conjugal et le principe fondamental de protection contre les atteintes sexuelles non consenties au sein du mariage (§ II).

§ I – L'interprétation du devoir de cohabitation

898. **L'instauration d'un devoir conjugal** – Initialement dénommé *debitum conjugale*, le devoir conjugal consiste en l'obligation d'entretenir des relations sexuelles entre époux.

899. En Grèce antique, le devoir conjugal n'est pas un devoir méconnu mais celui-ci s'analyse principalement dans le cadre de la procréation. Ainsi, dès cette époque, les époux se doivent mutuellement une obligation de vie commune¹⁰⁰⁶, à l'intérieur de laquelle s'intègre une obligation de consommation de l'union¹⁰⁰⁷.

900. À l'inverse, le devoir conjugal en droit romain n'est pas une obligation de formation du mariage¹⁰⁰⁸. Certes, le mariage étant voué à la procréation, les romains se devaient

¹⁰⁰⁵ D. BORRILLO, « I. Le mariage : du sacrement au contrat » in D. BORRILLO, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, Ed. PUF, Coll. « Génération libre », 2018, 168 pages, pages 33 à 102.

¹⁰⁰⁶ R. DARESTE, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, Tome II, Paris, Ed. E. Plon, 1875, 353 pages.

¹⁰⁰⁷ « C'est par un semblable motif qu'il ordonna aux nouveaux mariés de se renfermer ensemble pour manger l'un et l'autre du coing, et qu'il obligea le mari de voir sa femme au moins trois fois par mois. Quoi qu'il n'en vienne point d'enfants, c'est toujours un honneur qu'il rend à la vertu de sa femme ». R. RICARD, *PLUTARQUE. Les vies des hommes illustres*, Tome I, Paris, Ed. Didier, 1844, 608 pages, § XXVI.

¹⁰⁰⁸ J.-M. BRUGUIERE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 1, pages 10 à 18.

d'entretenir des relations sexuelles avec leurs épouses mais une telle activité ne semble pas relever d'un impératif.

901. Bien que dépourvu de caractère contraignant dans la Rome antique, le devoir conjugal va acquérir une place essentielle avec l'apparition de la religion chrétienne. La *copula carnalis* pouvant littéralement se traduire par « accouplement charnel » est une condition de validité du mariage ainsi qu'un effet de ce dernier¹⁰⁰⁹.

902. La *copula carnalis* se présente comme une condition de perfection du mariage, bien qu'un mariage non consommé puisse être validé, il n'atteint pas le degré de perfection souhaité¹⁰¹⁰. Afin de parvenir à la perfection matrimoniale, les époux se doivent mutuellement communauté de vie et de lit¹⁰¹¹. Un lit conjugal qui devient l'élément fondamental au bon fonctionnement du mariage selon les préceptes religieux.

903. De plus, chaque époux dispose d'un droit sur le corps de l'autre. En effet, « *ce n'est pas la femme qui dispose de son propre corps, c'est son mari ; et de même, ce n'est pas le mari qui dispose de son propre corps, c'est sa femme*¹⁰¹² », le corps de chaque époux appartenant réciproquement à l'autre afin de créer une véritable union des chairs.

904. La religion élève le devoir conjugal au rang de condition indispensable à la formation matrimoniale. Plus encore, elle fait du devoir conjugal une véritable dette à laquelle chacun des époux doit s'acquitter, les canonistes utilisant régulièrement le terme *debitum conjugale*, « dette conjugale¹⁰¹³ ». Dès cet instant, le devoir conjugal va s'imposer comme condition indispensable au mariage dans le but d'assurer une procréation légitime, but ultime de l'union matrimoniale, une dette conjugale qui va traverser les siècles.

¹⁰⁰⁹ J. PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamental ? Éléments de réflexion » in J. PINI, L. LEVENEUR et al., *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages, page 30.

¹⁰¹⁰ J.-M. BRUGUIERE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 1, pages 10 à 18.

¹⁰¹¹ R. LE PICARD, *La communauté de vie conjugale. Obligation des époux : étude canonique*, Thèse, Paris, Ed. Recueil Sirey, 1930, 467 pages.

¹⁰¹² Première lettre de Saint Paul apôtre aux Corinthiens, 7 : 4.

¹⁰¹³ J.-M. BRUGUIERE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 1, pages 10 à 18.

905. Sans négliger l'obligation du devoir conjugal d'Ancien régime, les diverses législations adoptées en conformité des préceptes religieux nous indiquent une continuité dans l'obligation du devoir conjugal.

906. Si le Code civil de 1804 désirait rompre avec la vision de l'Église, il ne va pas, pour autant, abandonner l'obligation d'un devoir conjugal. Néanmoins, la référence à celui-ci va être implicite et aucune mention n'en sera jamais faite. Pourtant, au titre de l'article 214 du Code civil de 1804 : « *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* ». Ainsi, en instaurant une obligation de communauté de vie, la volonté cachée du législateur est celle d'y imposer corrélativement une communauté de lit, une obligation de relations charnelles.

907. Voici dès lors l'instant où le législateur, s'en prendre la peine de l'évoquer explicitement, va rattacher le devoir conjugal au devoir de cohabitation, à une obligation de communauté de vie. Un rattachement qui depuis, perdurera jusqu'à notre droit positif et dont la confusion sera source de problématiques juridiques.

908. **Le devoir conjugal : élément du devoir de cohabitation** – Nous avons beau examiner minutieusement le Code civil, jamais il ne mentionne explicitement un quelconque devoir conjugal¹⁰¹⁴. Malgré tout, il évoque le devoir de cohabitation.

909. En effet, l'article 215 dispose que « *les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* ». Plus précisément, selon Daniel BORRILLO, ceci « *implique une double dimension : vivre ensemble – communauté de toit – et entretenir des rapports sexuels – communauté de lit*¹⁰¹⁵ ». Ainsi, à l'image de la *copula carnalis*, le droit français impose communauté de vie et de lit.

910. Néanmoins, et de manière inévitable, une problématique survient : puisque le Code civil n'évoque pas le devoir conjugal, celui-ci doit-il être véritablement apprécié comme

¹⁰¹⁴ D. BORRILLO, « I. Le mariage : du sacrement au contrat » in D. BORRILLO, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, Ed. PUF, Coll. « Génération libre », 2018, 168 pages, pages 33 à 102.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*.

une obligation du mariage ? En référence à la décision prise par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 17 septembre 2020 reconnaissant comme faute civile le refus d'accomplir le devoir conjugal, Marie Pierre RIXAIN, députée à l'Assemblée nationale, a interrogé le Garde des Sceaux sur l'obligation légale du devoir conjugal, considérant que *« une telle interprétation interroge de manière préoccupante l'identification de la nature des devoirs conjugaux en France. La Cour de cassation appréhende effectivement ces obligations au regard du code civil, dont l'article 212 indique que « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance » ; et l'article 215 précise qu'ils « s'obligent mutuellement à une communauté de vie ». Toutefois, force est de constater qu'aucun devoir conjugal de nature sexuelle ne figure dans la législation française en vigueur »* ; une question à laquelle le Garde des Sceaux a répondu que *« Aux termes de l'article 215 du code civil, les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. Le devoir conjugal n'est pas expressément visé par le code civil. Il n'en demeure pas moins qu'il est de jurisprudence constante que la communauté de vie ne se limite pas au devoir de cohabitation et implique la consommation du mariage¹⁰¹⁶ »*.

911. La réponse ministérielle en la matière est limpide. Certes, si le devoir conjugal n'est pas expressément visé par le Code civil, ceci n'entache en rien son effectivité, les époux s'obligeant au-delà d'une communauté de vie à une communauté de lit.

912. Puisque le législateur n'évoque jamais explicitement le devoir conjugal, une indispensable analyse de la jurisprudence est nécessaire pour en comprendre toute l'effectivité. Ainsi, de jurisprudence constante, il est admis que le devoir conjugal s'entend des rapports charnels qui doivent être entretenus entre les époux et que le refus de s'y adonner constitue une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune, une violation constitutive d'une faute civile pouvant entraîner la dissolution de l'union pour ce motif.

913. Toutefois, bien que la jurisprudence interprète l'article 215 du Code civil comme imposant un devoir conjugal, nous nous interrogeons sur la persistance législative à ne pas le consacrer pleinement dans les textes juridiques. Selon Jean-Michel BRUGUIERE, le

¹⁰¹⁶ Assemblée nationale, Réponse ministérielle du Garde des Sceaux à la question de la députée M.-P. RIXAIN sur l'obligation du devoir conjugal, Question n° 39826, 15 février 2021.

législateur semble se refuser à évoquer explicitement le devoir conjugal comme obligation matrimoniale au vu de son caractère intime, de son lien profond avec la vie privée des individus¹⁰¹⁷.

914. Pourtant, nous pouvons émettre une remarque. Le devoir de fidélité est, lui aussi, un devoir qui touche à l'intimité profonde des justiciables et pourtant, le législateur a pris le soin de l'évoquer dans la loi. Comment pouvons-nous analyser une telle différence de traitement alors même que chacun d'eux se réfèrent à l'intimité, à la sexualité ? Il semble que la dissemblance dans la reconnaissance textuelle de ces devoirs tient au fait que le devoir de fidélité a longtemps eu un caractère immoral, au vu de l'introduction d'un tiers à la relation, qui apparaît légitimer l'action du législateur. À l'inverse, le devoir conjugal nécessite une ingérence au cœur même de la sexualité des époux, sans référence à un tiers.

915. Pour autant, bien que le législateur semble frileux à s'immiscer textuellement dans la sexualité conjugale, il laisse le soin aux juges d'en apprécier toute la teneur.

§ II – Respect du devoir conjugal et prohibition du viol entre époux : un antagonisme juridique ?

916. **Non-respect du devoir conjugal : faute civile** – Bien que le Code civil n'évoque pas expressément le devoir conjugal comme obligation du mariage, le non-respect de l'obligation de cohabitation, qui abrite implicitement le devoir conjugal, peut être invoqué dans une procédure de divorce pour faute.

917. De fait, en vertu de l'article 242 du Code civil, le législateur prévoit que « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* », une violation qui a été maintes fois retenue par la jurisprudence et ceci toutes les fois où il a pu être prouvé le refus par l'un des conjoints de se soumettre à des relations sexuelles composantes du devoir conjugal. Si la

¹⁰¹⁷ J.-M. BRUGUIERE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 1, pages 10 à 18.

jurisprudence en la matière est rare, nombre de couples n'invoquant pas la violation du devoir conjugal et la preuve étant difficile à établir, elle n'en est pas moins concordante.

918. Ainsi, la Cour d'appel de Colmar, dès 1928, reconnaissait la possibilité de déclarer un divorce pour faute dès lors que les rapports sexuels entre époux avaient été limités¹⁰¹⁸. De la même manière, la Cour d'appel de Lyon a prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'épouse qui va imposer une limitation avérée des relations charnelles qu'elle entretenait avec son époux¹⁰¹⁹.

919. Plus récemment, en 2011, la Cour d'appel d'Aix en Provence a condamné un époux à verser des dommages et intérêts à son épouse pour avoir manqué à ses devoirs conjugaux depuis plusieurs années. Plus précisément, la Cour d'appel relève que « *la quasi-absence de relations sexuelles pendant plusieurs années, certes avec des reprises ponctuelles, avait contribué à la dégradation des rapports entre époux (...) les attentes de l'épouse étaient légitimes dans la mesure où les rapports sexuels sont notamment l'expression de l'affection qu'ils se portent mutuellement, tandis qu'ils s'inscrivent dans la continuité des devoirs découlant du mariage*¹⁰²⁰ ».

920. Une appréciation par les juges du fond du devoir conjugal comme composante du devoir de cohabitation a été largement suivie par la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰²¹.

921. Pourtant, quoique la violation du devoir conjugal puisse fonder une demande en divorce pour faute, certaines circonstances peuvent justifier de son non-respect. En effet, les tribunaux ne considèrent pas que le devoir conjugal dispose d'un caractère absolu et la preuve d'un motif légitime tel que l'infidélité¹⁰²², l'inconduite¹⁰²³, la violence¹⁰²⁴ ou l'état

¹⁰¹⁸ CA Colmar, 26 juin 1928.

¹⁰¹⁹ CA Lyon, 28 mai 1956.

¹⁰²⁰ CA Aix en Provence, 3 mai 2011.

¹⁰²¹ Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 8 octobre 1970 ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 10 février 1972 ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 17 décembre 1997, pourvoi n° 96-15.704.

¹⁰²² CA Metz, 27 octobre 1983 ; CA Orléans, 18 novembre 1987 ; CA Colmar, 14 mars 1990 ; CA Metz, 29 janvier 1991 ; CA Paris, 29 mars 1993 ; CA Bordeaux, 25 janvier 1993.

¹⁰²³ CA Metz, 3 novembre 1983 (recours à des prostituées) ; CA Colmar, 13 décembre 1981 (recours à des pratiques échangistes) ; CA Colmar, 14 mars 1990 (expériences contre nature).

¹⁰²⁴ CA Paris, 10 juillet 1985.

de santé¹⁰²⁵ de l'un des époux peuvent parfaitement excuser le refus de l'un des époux de se soumettre à l'obligation du devoir conjugal.

922. Néanmoins, si le refus du devoir conjugal a été reconnu par la jurisprudence comme pouvant fonder une demande en divorce pour faute, la reconnaissance du viol entre époux par la loi du 4 avril 2006¹⁰²⁶ a instauré un véritable antagonisme juridique, la jurisprudence civile pénalisant le refus de se soumettre au devoir conjugal et la loi pénale prohibant les actes sexuels commis en l'absence de consentement dans les relations charnelles entre époux.

923. **Devoir conjugal et viol entre époux : antagonisme juridique** – La problématique d'un antagonisme juridique entre devoir conjugal et viol entre époux s'est accentuée à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 septembre 2020 dans lequel la Cour a confirmé le prononcé¹⁰²⁷ du divorce aux torts exclusifs de la femme qui a refusé pendant plusieurs années des relations intimes à son mari. Si la décision de la Cour de cassation n'est pas inédite¹⁰²⁸ et que la jurisprudence admet depuis longtemps la reconnaissance d'une faute civile pour refus d'accomplir le devoir conjugal¹⁰²⁹, la saisine de la Cour EDH par l'épouse fautive relance le débat sur l'obligation du devoir conjugal et sa condamnation civile.

924. En l'espèce, il a été reconnu que le refus, depuis plusieurs années, de l'épouse de se soumettre à son devoir conjugal en s'opposant à une activité sexuelle avec son époux était constitutif d'une faute civile prévue à l'article 242 du Code civil. Pourtant, s'il est de jurisprudence constante que le refus du devoir conjugal peut constituer une faute civile, la circonstance aggravante de l'infraction de viol prévue à l'article 222-24 impose de se pencher sur la divergence législative en la matière.

¹⁰²⁵ CA Montpellier, 15 décembre 1981 ; CA Paris, 7 juillet 1986 ; CA Aix-en-Provence, 26 avril 1991.

¹⁰²⁶ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

¹⁰²⁷ CA Versailles, 7 novembre 2019.

¹⁰²⁸ Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 8 octobre 1970 ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 10 février 1972 ; Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 17 décembre 1997, pourvoi n° 96-15.704.

¹⁰²⁹ CA Colmar, 26 juin 1928 (limitation par l'époux du devoir conjugal) ; CA Lyon, 28 mai 1956 (limitation par l'épouse du devoir conjugal) ; CA Amiens, 3 mars 1975 (refus du devoir conjugal).

925. Pour les juristes Jean HAUSER et Jean-Louis RENCHON, l'opposition entre condamnation civile de non-respect du devoir conjugal et répression du viol entre époux se présente comme un aspect schizophrénique¹⁰³⁰ du Droit, le législateur ne pouvant décemment pas obliger civilement des époux à s'unir sexuellement et réprimer, en même temps, toute forme de non-respect du consentement dans les relations conjugales.

926. Tout d'abord, nous devons revenir sur la qualification pénale du viol entre époux. Si une telle qualification de viol a été refusée par le Droit jusque dans les années 1990, la prise en considération constante de la notion de consentement dans les relations sexuelles va imposer une refonte de la sexualité matrimoniale.

927. Traditionnellement, il était considéré que la contrainte sexuelle exercée par l'un des époux, en l'occurrence le mari, ne pouvait être constitutive d'un viol puisque « *la conjonction obtenue* » était « *une des fins légitimes du mariage*¹⁰³¹ », le mariage se voulant vouer à une sexualité, le refus des relations sexuelles contrevenait à la finalité matrimoniale.

928. Pourtant, bien que le refus des relations sexuelles dans le cadre conjugal fût longtemps inenvisageable, la tendance jurisprudentielle allait s'inverser. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 septembre 1990, la Cour reconnaît « *Qu'en effet, contrairement à ce que soutient le demandeur au pourvoi l'article 332 du Code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte ; Attendu par ailleurs que les sévices sexuels, consistant en des actes autres que de pénétration, relevés à la charge de X..., constitueraient de même le crime d'attentat à la pudeur accompagné de tortures prévu par l'article 333-1 du Code pénal dès lors qu'ils auraient été commis avec violence, contrainte ou surprise*¹⁰³² ». Pour la première fois, la Cour de cassation reconnaît la possibilité de qualifier les relations sexuelles non consenties

¹⁰³⁰ J. HAUSER et J.-L. RENCHON, *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droits belge et français*, Bruxelles, Ed. Larcier, Coll. « Les cahiers du CeFAP », 2012, 709 pages, page 499.

¹⁰³¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 mars 1910 ; J.-M. BRUGUIERE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 1, pages 10 à 18.

¹⁰³² Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 septembre 1990, pourvoi n° 90-83786.

entre époux comme des actes de violences sexuelles réprimées par la loi¹⁰³³. Dès cet instant, la Cour ne va plus jamais revenir sur sa jurisprudence, davantage, elle va confirmer sa position¹⁰³⁴, une jurisprudence affirmée par le législateur avec la loi du 4 avril 2006¹⁰³⁵ qui va introduire au sein de l'article 222-24 la circonstance aggravante suivante : « *Lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité*¹⁰³⁶ ».

929. Si toutefois la reconnaissance du viol entre époux se révèle comme une innovation majeure dans la préservation du consentement à l'union sexuelle, abolissant pénalement le devoir conjugal, une telle abolition n'a pas conquis la matière civile, le juge civil continuant de le condamner civilement dans les procédures de divorce pour faute. Dès lors, toute la problématique intervient sur ce point précis.

930. Comment le législateur peut-il à la fois réprimer l'absence de devoir conjugal au civil et réprimer pénalement le non-respect du consentement aux relations sexuelles conjugales ? En réprimant civilement le refus de s'adonner au devoir conjugal, le législateur élève au rang d'obligation la sexualité, la liant indubitablement au concept même de mariage. Pour le législateur, l'absence de relations sexuelles est un dysfonctionnement marital. Cependant, il considère, en parallèle, qu'imposer des relations sexuelles même dans le cadre matrimonial revient à violer la liberté sexuelle, le consentement des individus à l'acte intime.

¹⁰³³ J.-M. BRUGUIERE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 1, pages 10 à 18.

¹⁰³⁴ « *Attendu que, sur appel de cette ordonnance par le ministère public, la chambre d'accusation énonce « qu'à juste titre, le juge d'instruction a estimé que le mariage a pour effet de légitimer les rapports sexuels et que l'épouse ne peut invoquer son absence de consentement ou l'agressivité qui a accompagné des actes sexuels normaux pour soutenir avoir été victime de viols » ; Mais attendu qu'en confirmant par ces motifs l'ordonnance de refus d'informer du juge d'instruction, alors que la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire, la chambre d'accusation a méconnu le sens et la portée de l'article 332 du Code pénal »*, Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 juin 1992, pourvoi n° 91-86346.

¹⁰³⁵ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

¹⁰³⁶ D'ailleurs, la circonstance aggravante ne concerne pas uniquement les couples mariés mais les relations concubines et les partenaires liés par un PACS, le législateur entendant mettre sur un pied d'égalité chaque relation sexuelle entreprise dans une relation de stabilité affective.

931. Ainsi, il est inévitable de se questionner sur la légitimité de ces dispositions législatives. Certes, nous en convenons, se refuser à son conjoint peut être source de préjudice, la sexualité et l'amour étant, en notre temps, profondément liés, le conjoint qui subit le refus peut se sentir psychologiquement affaibli, celui-ci interprétant le refus comme un manque d'intérêt de son conjoint. De ce point de vue, condamner civilement un conjoint qui ne respecte pas le devoir conjugal peut être traduit par une volonté d'offrir à chacun un épanouissement sexuel au sein même du mariage, institution maîtresse de la sexualité.

932. Pourtant, il semble qu'exiger des conjoints qu'ils s'adonnent au devoir conjugal place le législateur dans une position particulièrement illogique, désacralisant lui-même la notion du consentement si chère à ses yeux¹⁰³⁷. Cependant, bien qu'il semble délaisser le consentement conjugal en matière civile, le législateur en fait le sanctuaire pénal de toute relation sexuelle, considérant que la liberté sexuelle implique un consentement volontaire de chacun des participants à l'acte sexuel afin qu'aucun préjudice ne puisse être subi.

933. Un préjudice civil, un préjudice pénal. La légitimité du Droit trouve sa source dans son rôle protecteur. Protéger la sexualité n'est pas chose aisée. Le législateur devant concilier les intérêts de chacun. Néanmoins, si un tel antagonisme juridique s'explique par un antagonisme des préjudices, il semble que nous puissions imposer une hiérarchie entre ces dommages.

934. Assurément, le conjoint qui se voit refuser des relations intimes conjugales, durant une certaine période et ceci sans motif légitime, subit indubitablement un préjudice quant à son épanouissement sexuel. Toujours est-il, qu'en parallèle, le conjoint auquel sont imposées des relations sexuelles endure un dommage considérable, bien plus élevé que l'abstinence sexuelle qui ne peut incontestablement se mesurer à égal niveau avec le préjudice découlant de l'absence de consentement aux relations intimes. Ici, la contrainte est de mise. Une contrainte dont les conséquences seront bien plus tragiques pour le conjoint qui en sera la victime et qui impose nécessairement sa répression.

¹⁰³⁷ A. BEILIN, « La notion de « devoir conjugal » ne contredit pas celle de « liberté sexuelle » ? », *L'En-droit – DGEMC*, 1^{er} avril 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2057>

935. Ainsi, à la lumière des répercussions de l'absence de consentement aux relations sexuelles, même dans le cadre conjugal, l'antagonisme juridique imposé par la contradiction entre devoir conjugal et viol entre époux ne semble plus pouvoir, dès lors, exister. Si le droit français reste, actuellement sur sa position en la matière, la saisine récente de la Cour EDH pourrait véritablement inverser la tendance, celle-ci ayant déjà considéré le devoir conjugal comme une obligation proscrite¹⁰³⁸ mettant fin à la tradition archaïque qui liait fondamentalement sexualité et mariage.

CHAPITRE II – Les nouvelles formes de sexualité

936. La sexualité et le droit pénal, deux entités en apparence distinctes, se sont entrelacées au fil des siècles, formant un couple indissociable. Autrefois, la sexualité était l'objet d'une pénalisation constante, où l'individu pouvait être vu comme immoral et l'acte sexuel, un élément à préserver. Dans ce contexte, le droit pénal s'était, dès lors, imposé comme un gardien vigilant des comportements sexuels. Toutefois, dans cette quête de régulation, ne sommes-nous pas allés trop loin, investissant l'arène législative de manière excessive ?

937. Si nous avons pu surinvestir la matière pénale en créant régulièrement de nouvelles infractions sexuelles, la prolifération perpétuelle de nouvelles pratiques sexuelles semblent justifier l'intervention du Droit en la matière, dans un souci constant de protection des individus (Section I).

938. En effet, de nouvelles pratiques sexuelles émergent et contraignent le Droit à s'imposer. La sexualité numérique a progressivement émergé, ouvrant de nouvelles portes et posant de nouvelles questions. L'amour et les plaisirs se sont métamorphosés dans l'ère numérique, où la quête du plaisir et de la volupté se mêle à la recherche de plaisirs illicites.

939. Dans cet univers digitalisé, un marché prospère se développe, redéfinissant les contours de la sexualité. Les nouvelles pratiques sexuelles en ligne, qu'elles soient légales

¹⁰³⁸ Cour EDH, *S. W. contre Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, Requête n° 20166/92.

ou illégales, interrogent sur la commercialisation numérique de la sexualité, évoquant parfois une nouvelle forme de prostitution (Section II).

940. Cependant, au-delà des écrans, une autre transformation se dessine, une transformation qui se rapporte à la déshumanisation de la sexualité. La procréation sans sexualité, les avancées technologiques telles que les sex-toys et la réalité virtuelle, voire la création de poupées et de robots sexuels, marquent le recul constant de la sexualité humaine. La déshumanité semble gagner du terrain, interrogeant notre humanité et notre rapport à l'intimité physique (Section III).

SECTION I – La nouvelle sexualité face au droit pénal

941. La sexualité, sujet éminemment humain et source inépuisable de désirs et de transgressions, se trouve intrinsèquement liée au droit pénal, formant un couple indivisible. De l'ère où la sexualité était souvent perçue comme une manifestation de l'immoralité à une époque où l'accent est mis sur la protection des individus, la sexualité est l'objet d'une pénalisation constante (§ I).

942. Les nouvelles pratiques sexuelles, nourries par l'émergence des technologies et les évolutions sociales, forcent le droit pénal à se remettre en question. La nécessité de réglementer ces nouvelles dynamiques sexuelles se fait sentir, mais elle ne va pas sans soulever des questions cruciales sur les limites de la liberté individuelle et l'équilibre entre répression et tolérance.

943. La sexualité et le droit pénal, un couple qui ne cesse d'évoluer et qui se doit d'être en perpétuelle adaptation (§ II).

§ I – La sexualité et le droit pénal : couple indissociable

944. ***La sexualité au cœur d'une pénalisation constante : de l'être immoral à l'individu à préserver*** – Synonyme de procréation et de plaisir, la sexualité se manifeste dans toutes les couches de la société, qu'importe la classe sociale, l'âge ou encore le sexe, chaque individu connaît une sexualité. Plus encore, que celle-ci soit issue d'une relation sérieuse ou d'un simple rendez-vous furtif, la sexualité affecte chaque individu tout au long de son

existence. En outre, l'existence humaine est foncièrement liée à la sexualité, que celle-ci soit procréative ou simplement récréative.

945. À titre d'exemple, il suffit de s'en référer aux siècles précédents notre ère pour justifier de la place considérable de la sexualité dans la vie des individus. La sexualité a toujours été au cœur de la vie humaine, se modifiant considérablement au gré des époques. Pourtant, si les normes sexuelles se sont métamorphosées suivant les périodes, les pratiques sexuelles et la vision de la sexualité évoluant, au fur et à mesure, la sexualité n'a jamais pu échapper à une certaine répression.

946. Traditionnellement prohibée pour son caractère immoral, la répression de la sexualité s'est progressivement transformée en une répression juridique. Des siècles durant, la morale se présentait comme le fondement même de la répression en matière de sexualité. Ainsi, les pratiques sexuelles étaient perçues, en majorité, comme immorales et étaient, de ce fait, socialement réprimées. Les coutumes antiques ainsi que les interdits religieux peuvent témoigner d'une vision moraliste de la sexualité¹⁰³⁹.

947. Pourtant, l'évolution de la société, comprenant l'évolution des mentalités et des mœurs, va opérer une évolution de la législation pénale en matière de sexualité. Si les normes morales ainsi que religieuses vont constituer les racines dominantes de la répression ancienne de la sexualité, de profondes mutations vont se mettre à l'œuvre avec l'émergence de notions de plus en plus teintées de liberté et de droits. Certes, les législations anciennes avaient une volonté de préserver la sexualité de chacun non pas dans une optique de protection individuelle mais bien dans celle de préserver les mœurs sociales¹⁰⁴⁰. Avec les mutations sociales, la sexualité va devenir une affaire intime, relevant non plus des bonnes mœurs mais de la vision subjective de chaque individu. En outre, la sexualité ne va plus être perçue en fonction des convenances sociales mais en raison de la

¹⁰³⁹ Nous ne reviendrons pas en détail sur la répression de la sexualité au cours des siècles, celle-ci ayant été largement présentée tout au long de la thèse.

¹⁰⁴⁰ L'infraction de viol était autrefois réprimée, non pas pour l'atteinte physique et psychologique, mais à raison d'un outrage à l'honneur, M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.

perception individuelle de la sexualité. L'être humain va dès lors être considéré, non plus dans sa dimension sociale, mais dans sa dimension intime, privée.

948. La conception de la sexualité ayant connu un véritable bouleversement, la législation pénale en la matière va être sujette à des changements significatifs. La prise en considération de la notion de consentement, la reconnaissance renforcée de la diversité sexuelle ainsi que la garantie légale d'une liberté sexuelle seront, dès lors, au cœur de la répression pénale.

949. Fort de la reconnaissance d'une sexualité individuelle, le législateur va prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la garantie de la liberté sexuelle en prohibant tout comportement sexuel qui pourrait y porter atteinte. De l'élargissement de la notion de viol et de la préservation constante du consentement sexuel à la pénalisation de tout acte discriminatoire envers la diversité sexuelle, les droits des individus dans le domaine de l'intime ont été profondément renforcés. L'individu étant devenu un véritable sujet à préserver de toute atteinte qui pourrait lui être portée, et non exclusivement, dans son intégrité physique mais également dans son intégrité psychologique.

950. Les lois sur la sexualité vont être repensées pour garantir à chacun la préservation de sa liberté sexuelle, une liberté sexuelle considérée comme primordiale à la santé sexuelle et à l'épanouissement intime des individus.

951. Néanmoins, une interrogation s'impose : l'accélération des réformes législatives visant à protéger toujours plus n'est-elle pas synonyme d'une ingérence persistante du législateur dans la vie intime des individus ? La quantité ne ferait-elle pas défaut à la qualité ?

952. ***La pénalisation de la sexualité : un surinvestissement législatif ?*** – Dans son article intitulé « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », Audrey DARSONVILLE s'interroge sur la prolifération constante des normes législatives dans le cadre des infractions sexuelles. L'État, à vouloir trop protéger, ne devient-il pas un État paternaliste instituant, de nouveau, une certaine morale sexuelle ? De plus, la volonté persistante d'ériger en infraction maints comportements sexuels ne réduit-elle pas la qualité législative en la matière ?

953. La morale fut au cœur de la répression de la sexualité durant des siècles. Bien que les législations actuelles se fondent sur de nouveaux principes juridiques tels que le consentement ou la non-discrimination, la morale n'a pas totalement abandonné la matière sexuelle. Selon Audrey DARSONVILLE, « *ce qu'il faut d'emblée mettre en exergue, c'est la grande diversité des infractions sexuelles. Certes, elles présentent le point commun d'avoir trait à la sexualité mais, elles sanctionnent des comportements qui renvoient à des intérêts sociaux très divers. Les infractions sexuelles punissent d'abord des atteintes à la liberté sexuelle de la victime par le défaut de consentement. Ensuite, elles répriment des comportements sexuels que la morale publique réproouve même s'ils ne sont pas porteurs d'atteintes à la liberté sexuelle*¹⁰⁴¹ ». En effet, la prolifération constante des infractions sexuelles ne se fonde pas uniquement sur la préservation de l'individu dans son intégrité mais, reste malgré tout, une répression qui tire sa justification de la préservation de l'ordre public, de la morale publique. Considérant de tels motifs de répression, l'État se présente comme paternaliste imposant à ses justiciables une moralité sexuelle, celui-ci apparaissant tantôt comme protecteur, tantôt comme moralisateur. Ainsi, la profusion constante des mesures législatives en matière de répression de la sexualité ne se manifeste pas uniquement dans un accroissement de la protection individuelle des justiciables mais, tout autant, d'une protection de la morale sociale, l'État ne limitant pas son action à l'atteinte à la personne mais l'élargissant toujours à la préservation de la moralité publique¹⁰⁴².

954. Au-delà du caractère paternaliste de l'État dans l'établissement des infractions sexuelles, la multiplicité des dispositions législatives dans ce domaine engendre un abaissement de qualité rédactionnelle ainsi qu'une généralisation des éléments matériels des infractions sexuelles. De fait, « *le constat est désormais classique en droit pénal, l'inflation législative favorise l'adoption de lois dont la rédaction est de piètre qualité. En effet, la déferlante législative ne permet plus de prendre le temps nécessaire pour rédiger des lois dont les termes seraient suffisamment précis pour répondre aux exigences du*

¹⁰⁴¹ L'auteure cite, à l'appui de son argumentation, le délit de racolage passif auquel nous pouvons ajouter la répression de l'atteinte à l'intégrité du cadavre ou encore, les atteintes sexuelles envers les animaux, A. DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, volume 34, n° 1, 2012, pages 31 à 43.

¹⁰⁴² La préservation de la moralité publique se retrouve également dans la référence au principe de dignité pour interdire certains comportements sexuels.

*principe de légalité*¹⁰⁴³ ». Des lois, toujours plus de lois. La sexualité étant une activité en perpétuelle mutation, il ne semble pas inopportun que le législateur doive adapter sa législation en fonction des nouveautés sexuelles. Néanmoins, adopter davantage de mesures visant à réglementer la sexualité peut s'avérer improductif voire contraire à certains principes. En effet, le principe de légalité des délits et des peines suppose que la loi pénale soit rédigée en des termes clairs et précis afin d'éviter une répression générale des comportements sexuels. Pourtant, plus il y a de lois, moins le législateur s'attarde sur leur qualité, un défaut de qualité pouvant généraliser la répression et ainsi, ouvrir un champ très vaste de comportements sexuels prohibés.

955. À titre d'illustration, nous pouvons revenir sur les infractions relatives à l'atteinte à l'intégrité du cadavre ou encore, les atteintes sexuelles envers les animaux. Concernant la première infraction, la généralité de la formule « atteinte à l'intégrité du cadavre » suppose un manque indubitable de précision textuelle. D'une part, la loi ne prévoit pas expressément les atteintes sexuelles, qui sont pourtant réprimées, et d'autre part, parce que la formule est particulièrement générale, tout comportement peut entrer dans le champ de la répression prévue à l'article 225-17 du Code pénal. De même, l'infraction d'atteinte sexuelle sur animaux prévue à l'article 521-1-1 du Code pénal est d'une telle généralité que le justiciable n'est pas en mesure de savoir précisément ce qui lui est interdit.

956. Ainsi, la prolifération législative en matière sexuelle, si elle répond aux besoins d'une sexualité en constant développement, se présente, d'une part, comme une ingérence toujours plus importante de l'État dans la vie intime et d'autre part, comme l'affaiblissement continu de la qualité rédactionnelle, une qualité rédactionnelle pourtant essentielle au respect du principe de la légalité des délits et peines. Néanmoins, si nous déplorons l'immixtion perpétuelle du législateur dans le domaine de l'intime, notamment en raison des inconvénients assujettis à la profusion législative, une telle immixtion semble, parfois, se justifier et ceci à raison d'une évolution croissante des pratiques sexuelles et des potentiels dangers qui y sont associés.

¹⁰⁴³ A. **DARSONVILLE**, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, volume 34, n° 1, 2012, pages 31 à 43.

§ II – Le droit pénal à l'épreuve des nouvelles pratiques sexuelles

957. **Le développement des nouvelles pratiques sexuelles** – La sexualité n'a eu de cesse de se renouveler au fil des siècles. Initialement vecteur de procréation, la sexualité s'est orientée, au fur et à mesure, vers la recherche perpétuelle du plaisir. De nouveaux partenaires, de nouvelles pratiques, tout semble bon à expérimenter, tant que le plaisir est présent et partagé.

958. Ainsi, les dernières décennies ont vu émergé un nombre considérable de nouvelles pratiques sexuelles accentuant davantage le plaisir, l'excitation, la jouissance. Le polyamour¹⁰⁴⁴, le *sexting*¹⁰⁴⁵, l'axilisme¹⁰⁴⁶ ou encore, plus singulièrement, le cosplay érotique¹⁰⁴⁷ sont pléthore de pratiques sexuelles qui se sont développées au cours de ces dernières décennies. Si certaines sont parfaitement inoffensives et ne requiert pas l'intervention de l'État, il est des pratiques sexuelles qui peuvent disposer d'un possible caractère préjudiciable.

959. Déjà, il y a peu, le législateur a pris en considération la montée en puissance de la pratique du *upskirting* qui consiste pour un individu à user de quelque moyen que ce soit pour apercevoir les parties intimes d'une personne sans son consentement. Aux termes de l'article 226-3-1 du Code pénal, créé par la loi du 3 août 2018¹⁰⁴⁸, « *Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un an d'emprisonnement*

¹⁰⁴⁴ Le polyamour se définit comme « *l'orientation relationnelle présumant qu'il est possible d'aimer plusieurs personnes et de maintenir plusieurs relations amoureuses et sexuelles à la fois, avec le consentement des partenaires impliqués, [...] et qu'il est souhaitable d'être ouvert et honnête à leur propos* », M. BAKER, « This is my partner, and this is my ... partner's partner : Constructing a polyamorous identity in a monogamous world », *Journal of Constructivist Psychology*, n° 18, 2005, pages 75 à 88.

¹⁰⁴⁵ Le *sexting* consiste en l'envoi de messages – textes, vidéos, photos – à connotation sexuelle explicite par le biais des nouvelles technologies que sont les téléphones portables ou les réseaux sociaux, « *Sexting : A brief guide for educators and parents* », *www.cyberbullying.us*, 2010.

¹⁰⁴⁶ La pratique de l'axilisme consiste à frotter ses parties génitales sur les aisselles de son partenaire.

¹⁰⁴⁷ Le cosplay érotique est une activité sexuelle dans laquelle les partenaires sexuels sont déguisés en personnages issus de mangas, de jeux-vidéos ou de films. La pratique ne diffère de la sexualité dite classique qu'en ce qui concerne les tenues choisies pour s'y adonner et le scénario sexuel qui sera suivi, lui-même basé sur les personnages choisis.

¹⁰⁴⁸ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

et de 15 000 € d'amende ». Si une telle infraction s'accomplit, dans la majorité des cas, par l'usage d'un appareil photo ou vidéo, le terme général « de tout moyen » permet de constituer l'infraction quels que soient les moyens d'usage, l'emploi de ces termes permettant de prohiber l'acte de voyeurisme dans sa généralité.

960. Toutefois, bien que la répression de ce comportement sexuel repose inexorablement sur l'absence de consentement de la victime, celle-ci ignorant l'acte de voyeurisme, certaines pratiques sexuelles, *a priori* consenties, soulèvent des complications juridiques.

961. Afin d'illustrer davantage notre réflexion sur l'intervention étatique dans la réglementation des nouvelles pratiques sexuelles, nous devons nous attarder sur deux pratiques récentes qui, par leurs éléments constitutifs, peuvent nécessiter une ingérence étatique et la mise en œuvre d'une réglementation pénale.

962. Tout d'abord, le *stealth* apparaît comme un comportement sexuel qui consiste, pour l'un des partenaires à l'acte, à enlever, de manière furtive, le préservatif pendant un rapport sexuel et ceci sans le consentement de l'autre personne. Ainsi, alors même que l'acte sexuel avait débuté de manière protégée, l'un des partenaires prend l'initiative de terminer l'acte sans protection pouvant entraîner grossesse non désirée ou transmission de maladies sexuelles plus ou moins sérieuses. Dans ce cas, le partenaire consent à la relation sexuelle mais ne consent pas à l'absence de protection¹⁰⁴⁹.

963. Ensuite, il existe une pratique sexuelle qui se réalise dans l'anonymat le plus absolu. La pratique appelée *door ajar*, littéralement « porte entrouverte » en français est une pratique qui consiste à laisser sa porte déverrouillée et à inviter des inconnus pour avoir des rapports sexuels en tout anonymat, dans le secret et l'obscurité. L'individu qui ouvre sa porte à l'inconnu a préalablement donné son adresse à un autre par le biais d'un réseau de rencontre et durant toute la durée de l'acte sexuel, à savoir dès le moment où il commence au moment où il se termine, l'individu qui se sera offert sexuellement en ouvrant la porte de son domicile, ne connaîtra rien de l'identité de son partenaire, hormis

¹⁰⁴⁹ A. BRODSKY, « Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal », *Columbia Journal of gender and Law*, volume 32, n° 2, 2017, 28 pages.

potentiellement sa voix, la pratique consistant également, au-delà d'ouvrir sa porte à un inconnu, à se bander les yeux tout au long du rapport sexuel.

964. Augmenter le plaisir, tenter de nouvelles expériences, sortir de la routine sexuelle, tels sont les motifs qui poussent régulièrement les individus à innover en matière de sexualité. Pourtant, nous l'avons longuement explicité, la sexualité est aussi bien source de plaisir et de jouissance que de préjudices physiques et psychologiques ; vouloir accroître son plaisir sexuel par le renouvellement perpétuel de sa sexualité ne semble pas sans conséquence.

965. La possible dangerosité de telles pratiques nécessite-t-elle une intervention législative ? Le législateur doit-il s'abstenir de légiférer au regard de la liberté sexuelle ou à l'inverse, les dérives des nouvelles pratiques contraignent le Droit à s'en saisir ?

966. ***De la nécessaire réglementation pénale des nouveaux comportements sexuels*** – La question de la répression pénale des nouvelles formes de sexualité est un sujet complexe et controversé. Complexe, d'une part, parce que la sexualité est plurielle et l'adaptation du Droit à celle-ci ne se présente pas toujours de façon linéaire, controversé, d'autre part, au vu de la liberté sexuelle et de la liberté individuelle de chacun, de telles libertés interrogeant sur la légitimité du législateur à intervenir dans la vie intime des justiciables.

967. La complexité de la répression des comportements sexuels s'explique par la pluralité de ceux-ci. La sexualité est multiple et variée et il est difficile de se cantonner à un modèle précis à préconiser. De plus, régir tous les comportements sexuels nécessite une pleine appréhension de ceux-ci, le Droit devant se renseigner, en permanence, sur les nouvelles tendances sexuelles.

968. Au-delà de la complexité, l'intervention de l'État pose un problème de légitimité. La sexualité relève de la vie privée, intime et surtout, de la liberté sexuelle de chacun, une liberté qui suppose que chaque individu puisse entretenir des relations sexuelles avec le partenaire de son choix et au moment qu'il jugera opportun.

969. S'il est aisé d'admettre que l'intervention de l'État est empreinte de légitimité dès lors qu'un tort est causé à autrui, tout comportement n'est pas toujours, au premier abord, un comportement sexuel potentiellement préjudiciable.

970. Ainsi, la pratique du *door ajar* peut se présenter comme un exemple précis de la problématique de l'intervention étatique. En effet, la pratique, comme nous l'avons précédemment indiqué, consiste à choisir un partenaire sexuel par le biais des nouvelles technologies, à lui ouvrir la porte de son domicile et à s'adonner, sans ne jamais rien voir, à des pratiques sexuelles avec cet inconnu. De ce point de vue, il ne semble pas que la pratique puisse causer un préjudice à autrui, tant dans son intégrité physique que dans son intégrité psychologique puisqu'il s'agit d'une pratique consentie.

971. Pourtant, à bien y réfléchir, la pratique peut connaître des dérives. Ainsi, la personne qui choisit le partenaire, sur l'application prévue à cet effet, se fonde sur des critères physiques soit au moyen de la fourniture d'une photo de la personne avec laquelle elle doit pratiquer un acte sexuel. Néanmoins, les dérives des réseaux sont nombreuses et il est tout à fait possible que la photo qui ait été fournie par la personne qui doit se présenter au domicile de l'inconnu soit un leurre pour attirer l'attention et susciter l'envie de l'autre partenaire alors même que l'individu qui va se présenter à la porte du domicile ne sera pas la personne à laquelle l'individu s'attendait.

972. Dans cet état de fait, la personne va se retrouver dans une position qu'elle n'avait pas choisi soit le fait d'avoir une relation intime avec, certes comme il était prévu, un inconnu mais un inconnu qui ne correspond pas à l'image qu'elle avait de celui-ci.

973. Pour illustrer nos propos, nous pouvons évoquer une affaire récente¹⁰⁵⁰. En l'espèce, un homme d'un certain âge, par le biais d'une application de rencontres, entretenait des correspondances avec des femmes à la recherche de l'amour. Après un certain nombre d'échanges, il proposait une rencontre intime avec comme spécificité que celle-ci se fasse les yeux bandés. Plusieurs femmes ont répondu à son offre et se sont ainsi adonnées à des relations intimes avec cet individu. Au vu des éléments exposés, il semble

¹⁰⁵⁰ « Le viol par "surprise" ou les jeux de l'amour et du hasard », *Les Cahiers de la Justice*, volume 4, n° 4, 2021, pages 549 à 550 ; A. BEILIN, « Procès Jack S. ou le procès du viol par surprise », *L'En-droit – DGEMC*, 5 novembre 2021, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article979>

que rien n'indique qu'il ait pu se constituer une infraction pénale, les femmes en question étant consentantes à l'acte sexuel pratiqué dans ces conditions.

974. Pourtant, une infraction pénale a bien été commise. En effet, si la relation était consentie, elle ne l'était pas avec le septuagénaire. De fait, celui-ci, lors de ses échanges virtuels, avait usurpé l'identité d'un homme et lorsque les femmes partageaient avec lui, elles pensaient échanger avec une tout autre personne soit un trentenaire exerçant la profession d'architecte.

975. La difficulté juridique est intervenue avec la notion même de consentement. Nous le savons, lorsque des allégations de viol sont invoquées, toute l'illégalité de l'acte sexuel repose sur l'absence ou non de consentement. Le juge va rechercher si les éléments coercitifs que sont la violence, la menace, la contrainte et la surprise ont été utilisés pour parvenir à l'acte sexuel.

976. En l'espèce, la notion même de consentement était difficilement appréciable. Effectivement, chaque femme concernée avait consenti à un acte sexuel, en connaissance de cause, en sachant qu'il se pratiquait les yeux bandés. De ce point de vue, le consentement est parfaitement manifeste puisque le seul fait de se rendre au domicile de cet homme et d'y pénétrer dans le but d'avoir une relation sexuelle, puis de s'y adonner, prouvait une volonté claire de pratiquer un acte sexuel, celles-ci acceptant clairement les règles du jeu.

977. Pourtant, si le consentement a été donné, celui-ci l'a-t-il été de manière libre et éclairée ? La liberté du consentement ne fait pas défaut dans cette affaire, aucune contrainte n'ayant pu être relevée. Ce qui est problématique tient au second critère : un consentement éclairé.

978. Si elles avaient su que la personne avec laquelle elles échangeaient depuis des mois n'était pas un mannequin mais un septuagénaire, les femmes auraient-elles choisi d'entretenir une relation sexuelle ? Il semblerait que non. Chacune pensait clairement s'adonner à un acte sexuel avec un homme âgé d'une trentaine d'années.

979. Pour retenir la qualification de viol, les juges ont dû faire preuve d'une interprétation de la loi. En effet, ceux-ci ont considéré que le viol était constitué par le biais du moyen coercitif de la surprise. Pourtant, le prévenu alléguait qu'il n'y avait aucune surprise du fait que chacune s'était rendue volontairement à son domicile, avait joué le jeu des yeux bandés et s'était volontairement livrée à un acte sexuel avec ce dernier¹⁰⁵¹.

980. La question qui se pose est la suivante : Le viol par surprise peut-il être caractérisé dès lors que la personne avec laquelle une autre entretient une relation sexuelle n'est pas celle qu'elle pensait alors même qu'elle a fait le choix express de se livrer à une relation charnelle dans l'obscurité la plus absolue ?

981. À la suite de la difficulté juridique relative à l'appréciation du moyen coercitif de la surprise, la Cour de cassation a été saisie de l'affaire¹⁰⁵². La Cour déclare que « *constitue un viol par surprise l'acte de pénétration sexuelle obtenu par un homme à l'aide d'un stratagème visant à tromper la victime sur son identité civile et physique parce qu'il savait que la victime n'aurait sinon jamais accepté d'avoir une relation sexuelle avec lui* ». Elle ajoute, également, que « *constitue un viol le fait de profiter, en connaissance de cause, de l'erreur d'identification commise par la victime pour obtenir d'elle un rapport sexuel, a fortiori lorsque cette erreur d'identification est le fruit d'un stratagème minutieusement élaboré ; qu'en l'espèce, pour juger qu'il n'existait pas de charges suffisantes du chef de viol par surprise, la chambre de l'instruction a retenu que le fait que les plaignantes aient accepté le scénario de la rencontre mis en place par le mis en examen, et donc de ne voir ce dernier pour la première fois qu'après l'acte sexuel, impliquait qu'elles avaient accepté l'effet de surprise, voire l'avait recherché ; qu'en statuant ainsi quand les plaignantes, si elles avaient accepté la mise en scène de leur rencontre avec la personne qui se disait être Anthony B..., n'avaient en revanche jamais accepté d'avoir une relation sexuelle avec une autre personne que ce dernier, la chambre de l'instruction, qui a statué par un motif impropre à écarter la qualification de viol par surprise, a privé sa décision de base légale* ».

¹⁰⁵¹ « Le viol par « surprise » ou les jeux de l'amour et du hasard », *Les Cahiers de la Justice*, volume 4, n° 4, 2021, pages 549 à 550.

¹⁰⁵² Cour de cassation, Chambre criminelle, 23 janvier 2019, pourvoi n° 18-82.833.

982. Pour la Cour de cassation, l'infraction de viol par surprise est caractérisée, dès lors, que la surprise se matérialise par une erreur sur l'identité civile ou physique de la personne. Selon la Cour, si les plaignantes ont consenti à un acte sexuel, elles n'ont pas consenti à l'identité de la personne, le viol par surprise pouvant ainsi se constituer dès qu'il a été admis que le consentement a été donné de manière erronée.

983. Une telle affaire peut être facilement rapprochée de la pratique du *door ajar*, une pratique similaire qui se caractérise par une relation charnelle exécutée dans l'anonymat. En qualifiant le viol par surprise comme constitué du fait de l'erreur sur la personne, il semble que la pratique du *door ajar* ne nécessite pas de répression spécifique, si tant est que l'erreur sur la personne soit la seule dérive attachée à la pratique.

984. Au-delà de la pratique récente du *door ajar*, il est une pratique sexuelle qui soulève, elle aussi, des questions juridiques : le *stealthing*. Sans revenir précisément sur sa définition, la pratique consiste pour l'un des partenaires à l'acte à retirer, sans le consentement de l'autre, la protection hygiénique soit le préservatif.

985. *Quid* de la pratique sexuelle au regard de la loi ? Tout d'abord, sur le consentement. La pratique de *stealthing* suppose-t-elle, en premier lieu, une absence de consentement. Si nous analysons précisément la pratique, il semble que l'acte sexuel consommé est parfaitement consenti, aucun des partenaires n'ayant usé de la violence, de la menace, de la contrainte ou de la surprise pour arriver à ses fins. Pourtant, si le consentement à l'acte ne suscite aucune difficulté, la problématique du consentement intervient dès lors que l'un des protagonistes décide du retrait unilatéral du préservatif.

986. Au regard de la notion même de consentement, le fait de retirer le préservatif peut-il constituer une infraction pénale ? Afin d'obtenir une réponse, il faut se concentrer sur la notion spécifique de consentement. Le consentement se matérialise par l'accord donné à un acte sexuel. Néanmoins, se limite-t-il à l'accord à l'acte ou peut-il être étendu à toutes les actions commises durant la relation charnelle ? Est-ce que la notion de consentement doit-être entendue dans sa conception la plus large ?

987. La réponse, si elle semble simple, ne l'est pas pour autant. Pourquoi ? Parce que le consentement est une notion qui, si elle est primordiale en matière d'infraction sexuelle,

n'a jamais été définie clairement. L'article relatif au viol n'en fait aucune mention, relevant simplement les moyens coercitifs de violence, menace, contrainte ou surprise.

988. Puisque la loi ne définit pas précisément le consentement, comment le juriste peut-il savoir si le retrait unilatéral du préservatif durant l'acte sexuel viole le principe même du consentement indispensable à la légalité sexuelle ? Dans le silence de la loi, il est indispensable de s'en référer aux termes mêmes des articles relatifs aux violences sexuelles. Ainsi, afin de constituer l'infraction de viol, la loi impose l'usage de moyens coercitifs.

989. S'il paraît évident qu'il n'apparaît pas envisageable de retenir la violence, la menace ou la contrainte, le moyen coercitif de la surprise peut être analysé plus en profondeur. Le retrait du préservatif peut-il constituer l'infraction de viol par surprise ? Si traditionnellement, la surprise était interprétée comme un guet-apens ou une ruse, l'élargissement récent de la notion même de surprise par la Cour de cassation ouvrirait-il la porte à la répression pénale de nouveaux comportements sexuels pouvant entrer dans le champ de cette infraction ?

990. Si la surprise semble pouvoir être constituée dans une telle situation, une difficulté se présente. L'infraction de viol est constituée dès lors que l'acte de pénétration a été imposé par la surprise. La loi indique précisément l'acte de pénétration. Pourtant, lorsque le partenaire se décide à retirer le préservatif, il ne peut y avoir surprise puisque l'acte de pénétration a déjà largement été entamé, le viol par surprise supposant, en effet, que ce soit la pénétration qui soit exécutée par le moyen de la surprise et non les actions qui s'y attachent.

991. Nous pouvons, tout de même, aborder une autre approche. Certes, le viol par surprise nécessite une surprise dans la réalisation de l'acte de pénétration mais le fait de retirer le préservatif avant de pénétrer de nouveau ne constitue-t-il pas une surprise supposant un acte de pénétration ? À notre sens, au-delà de l'action de pénétrer de nouveau sans préservatif qui peut être constitutif d'un viol par surprise, le simple fait de ne pas consentir au retrait du préservatif viole le consentement éclairé de la personne à l'acte, élargissant de ce fait la notion de consentement, non seulement à l'acte sexuel, mais également à toutes les circonstances de celui-ci.

992. Bien que des éléments puissent justifier du recours à l'infraction de viol par surprise pour qualifier la pratique du *stealthing*, l'absence de référence au consentement dans les infractions sexuelles ainsi que l'interprétation imprécise de la notion même de surprise nécessite de créer une infraction spécifique en la matière.

993. Pratique relativement récente, le *stealthing* n'est cependant pas inconnue des législations. Si, dans de nombreux États, le *stealthing* n'est pas explicitement régi par la loi, certains pays considèrent cette pratique comme une infraction.

994. Ainsi, en 2017, un tribunal suisse a reconnu un homme coupable de *stealthing* et l'a condamné pour viol¹⁰⁵³. En 2019, de nouvelles lois ont été adoptées en Californie, aux États-Unis, pour rendre le *stealthing* illégal et le considérer comme une forme d'agression sexuelle¹⁰⁵⁴. Plus récemment, c'est la Cour suprême canadienne qui a, dans une décision du 29 juillet 2022, considéré que l'absence ou le retrait du préservatif sans le consentement de l'autre partenaire durant une relation sexuelle doit désormais être considéré comme une agression sexuelle¹⁰⁵⁵, la Cour relevant effectivement un consentement à l'acte sexuel mais une absence de consentement quant au retrait du préservatif¹⁰⁵⁶ constitutif d'une agression sexuelle.

995. Dans le sillage des législations étrangères, il est désormais temps pour le législateur français de prendre en considération l'existence de ces pratiques, qu'il les rattache au viol par surprise, ou qu'il crée une infraction spécifique pour réprimer tout

¹⁰⁵³ « La Californie interdit le « stealthing », le retrait non consenti du préservatif pendant une relation sexuelle », 8 octobre 2021, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/international/article/2021/10/08/la-californie-interdit-le-stealthing-le-retrait-non-consenti-du-preservatif-pendant-une-relation-sexuelle_6097688_3210.html, consulté le 13 juin 2023.

¹⁰⁵⁴ La Californie interdit le « stealthing », le retrait non consenti du préservatif pendant une relation sexuelle », 8 octobre 2021, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/international/article/2021/10/08/la-californie-interdit-le-stealthing-le-retrait-non-consenti-du-preservatif-pendant-une-relation-sexuelle_6097688_3210.html, consulté le 13 juin 2023.

¹⁰⁵⁵ Cour suprême du Canada, *R. contre KIRKPATRICK*, 2022 CSC 33, 29 juillet 2022.

¹⁰⁵⁶ « Il y a une certaine preuve que la plaignante a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle. Cependant, à la deuxième étape, il y a aussi une certaine preuve que le consentement apparent de la plaignante a pu être vicié par la fraude. Suivant le seuil peu élevé applicable à une requête pour absence de preuve, il y avait au moins une certaine preuve de malhonnêteté par omission et de risque de privation en raison du risque de grossesse. Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu », Cour suprême du Canada, *R. contre KIRKPATRICK*, 2022 CSC 33, 29 juillet 2022.

comportement sexuel visant à retirer le préservatif durant l'acte charnel sans le consentement du partenaire à l'acte.

996. Il appartient désormais au législateur français de se pencher en profondeur sur la répression pénale d'une telle pratique. Qu'il le considère comme crime ou comme délit, il n'est plus concevable de mettre un voile sur de tels comportements et sur les conséquences qui en découlent, la pratique n'étant pas nouvelle et tendant à se développer.

997. Pourtant, si nous évoquons l'obligation du législateur de créer une infraction spécifique en la matière, la répression d'un tel comportement ne sera pas sans obstacle. L'obstacle majeur étant la preuve de l'élément moral de l'infraction soit l'intention de retirer sciemment le préservatif, un élément de preuve dont l'apport risque d'être particulièrement périlleux, nombreux seront ceux qui argueront d'un incident, d'un retrait involontaire.

SECTION II – Sexualité et numérique

998. L'ère numérique, là où les frontières entre le réel et le virtuel s'effritent et où l'expression de soi se dévoile, se tisse une toile complexe de désirs, de plaisirs, et d'interactions. La sexualité, élément indispensable de la condition humaine, n'a pas échappé à cette révolution numérique.

999. Durant des siècles, la sexualité se vivait dans l'intimité des chambres à coucher, guidée par la quête du plaisir charnel ou l'exploration des liens amoureux. Aujourd'hui, elle se décline en une multitude de facettes, de la recherche de l'amour aux plaisirs charnels, et même aux frontières de l'illicite. L'émergence de la sexualité numérique est le reflet de nos désirs contemporains, de nos aspirations à la liberté sexuelle, et de notre quête constante de satisfaction (§ I).

1000. Au-delà de l'étude des pratiques sexuelles numériques, nous aborderons une nouvelle forme de sexualité : la commercialisation de la sexualité en ligne. Offrant toujours plus de contenus et de services, cette nouvelle économie numérique ne constitue-t-elle

pas une forme moderne de prostitution ? Des interrogations constantes obligeant le Droit à devoir continuellement s'adapter à cette nouvelle sexualité (§ II).

§ I – De la quête du plaisir à la volupté illicite

1001. La sexualité numérique s'est développée il y a quelques années. Débutant avec l'introduction du minitel dans les foyers, le développement constant d'internet et des réseaux sociaux a étendu le champ de la sexualité virtuelle.

1002. **L'émergence de la sexualité numérique** – Si la sexualité fut, durant des siècles, conditionnée à la rencontre des corps, l'avènement d'internet, sa popularité ainsi que le développement des avancées technologiques a ouvert une nouvelle voie à la sexualité des individus.

1003. Autrefois restreinte à des relations de proximité, la sexualité des individus n'a désormais plus de limite de distance. Qu'importe le lieu où vous vivez, les rencontres, les échanges sexuels ne connaissent dès lors plus de frontières, les individus pouvant faire des rencontres à l'autre bout du monde sans bouger de leur domicile ou avoir accès à une sexualité toujours plus étendue. Internet offre tout et surtout, il offre tout, tout de suite.

1004. À la différence des relations sexuelles humaines, dès que l'envie impérieuse de plaisir sexuel se manifeste, internet est là pour la combler. Envie d'échanger sur la sexualité, de rencontrer des partenaires sexuels, de visionner une vidéo pornographique, vous n'avez besoin que de deux choses : un support électronique et un accès internet.

1005. Si, de nos jours, l'accès à toutes ces informations, ces possibilités d'échanges et de rencontres ainsi que la faculté de recourir à des vidéos à caractère sexuel semble d'une facilité déconcertante, l'émergence de la sexualité numérique est relativement récente et ce, même si son développement a été fulgurant, les relations intimes passant brusquement des lettres manuscrites aux échanges sur les réseaux sociaux.

1006. La première avancée majeure est intervenue dans les années 1980-1990. Si la sexualité n'est pas encore parfaitement numérique, elle se construit autour des échanges téléphoniques. En effet, les premières formes de sexualité numérique apparaissent avec l'essor des services téléphoniques de chat érotique et des lignes téléphoniques pour

adultes. Les utilisateurs pouvaient interagir avec d'autres personnes grâce à des numéros de téléphone dédiés¹⁰⁵⁷.

1007. Le début des années 1990 va marquer l'amorce de la sexualité numérique à proprement parler. Le temps n'est pas encore aux rencontres mais à la sexualité en solitaire. En effet, l'avènement d'internet va souffler un vent de nouveauté dans la sexualité des individus, élargissant considérablement le champ des possibilités sexuelles. Dès ce moment, les premiers sites pornographiques font leur apparition¹⁰⁵⁸ permettant un accès plus facile à des contenus sexuels diversifiés. Si, auparavant, les individus devaient soit acheter, soit louer des cassettes pornographiques, ou se fournir dans les librairies en magazines érotiques en tout genre – des situations synonymes de honte – désormais, il leur suffit de surfer sur internet, dans l'anonymat le plus absolu, pour avoir accès à une sexualité scénarisée ou simplement imagée.

1008. À partir des années 2000, l'expansion progressive d'internet et de la popularité des réseaux sociaux et sites de rencontre¹⁰⁵⁹ vont créer de nouvelles opportunités en matière de sexualité. Les individus peuvent désormais s'exprimer, communiquer, partager des expériences et rencontrer des partenaires potentiels. La sexualité ne s'exprime plus dans la solitude des contenus pornographiques mais s'étend dès lors à la rencontre, à l'échange, au partage.

1009. Le développement, dans les années 2010, des applications de rencontre telles que Tinder¹⁰⁶⁰, Bumble¹⁰⁶¹ ou encore Grindr – réservée aux homosexuels et bisexuels – vont, encore plus faciliter la sexualité par le biais du numérique. Désormais, avec l'avènement des smartphones, les partenaires sexuels sont à portée de main.

¹⁰⁵⁷ J. **DAKHLIA** et G. **POELS**, « Le minitel rose : du flirt électronique ... et plus, si affinités. Entretien avec Josiane Jouët », *Le Temps des médias*, volume 19, n° 2, 2012, pages 221 à 228.

¹⁰⁵⁸ E. **LANDAIS**, *Les études de la pornographie en France : naissance, circulation et mutation du fait pornographique dans les sciences de l'homme et de la société*, Thèse, Sciences de l'information et de la communication, Université de Lorraine, 2018, 410 pages.

¹⁰⁵⁹ P. **LARDELLIER**, « Rencontres sur Internet : l'amour en révolution », *Sciences humaines*, septembre 2005.

¹⁰⁶⁰ T. **THUILLIER**, « Tinder, la drague géolocalisée », *L'Express*, octobre 2013 ; F. **SILLAH** et M. **BERGSTRÖM**, « Tinder fête ses 10 ans : une application qui « a mis à nu les mécanismes de sélection et d'élimination s'opérant dans le choix amoureux ou sexuel » », *Le Monde*, 12 septembre 2022.

¹⁰⁶¹ C. **GALLOT**, « Bumble, l'appli qui ne fait pas le moine », *Libération*, 19 janvier 2017.

1010. Avec la cyberpornographie, les sites et applications de rencontre ainsi que les réseaux sociaux, la sexualité est devenue, en quelques décennies, une sexualité numérique. Certes, le contact humain semble persister mais il n'est plus nécessaire à l'instauration d'un engagement sexuel. Toute la période de séduction n'est plus limitée à la rencontre physique entre deux êtres mais s'étend à l'échange numérique par le biais de messages, de photographies ou de vidéos.

1011. À l'ère du numérique, la sexualité se présente comme illimitée. Chaque plaisir, chaque envie peuvent être comblés en un seul coup de tapotage. La sexualité est désormais accessible à tous, que ce soit par la possibilité illimitée de faire des rencontres ou par un accès infini à l'exploration visuelle de la sexualité. Néanmoins, l'expansion toujours plus importante du numérique a ouvert la voie à une sexualité, certes, basée sur la recherche des plaisirs mais qui peut être également dangereuse voire illicite.

1012. ***De la quête de l'amour et des plaisirs ...*** – Sites de rencontre, sites pornographiques, tant de possibilités pour celui qui cherche l'amour, ou simplement du plaisir.

1013. La quête de l'amour et des plaisirs a connu une évolution significative grâce au numérique. L'émergence des technologies nouvelles de communication en ligne ont offert aux individus la possibilité d'explorer et de vivre leur sexualité de manière nouvelle. De même, les sites de rencontre en ligne, les applications de rencontre ainsi que les réseaux sociaux procurent, de nos jours, une multitude d'occasions pour trouver des partenaires, à la fois amoureux et sexuels.

1014. La recherche de l'amour par le biais du numérique se matérialise par la rencontre d'individus ayant des intérêts similaires, communs, chacun pouvant facilement choisir ses préférences que ce soit le sexe de la personne ou le genre de relation qu'il souhaite entretenir.

1015. Les profils en ligne permettent aux utilisateurs de spécifier leurs attentes, leurs caractéristiques et leurs préférences, facilitant ainsi la recherche de partenaires compatibles. Les algorithmes utilisés par certaines applications et sites de rencontre

suggèrent également des correspondances potentielles en fonction des informations fournies.

1016. Cette large possibilité de choix peut tout de même avoir un certain effet pervers. Les individus, en spécifiant précisément leurs préférences, et non pas simplement le sexe et le type de relation, semble conditionner leurs relations amoureuses ou charnelles à la recherche d'un partenaire idéal chacun mentionnant précisément ce qu'il attend. Une justesse pouvant, finalement, restreindre les rencontres, dès lors que l'individu ne correspond pas rigoureusement aux critères désirés. De plus, la surabondance de choix sur les plateformes de rencontre peut rendre la recherche de l'amour difficile et créer une superficialité dans les interactions, les individus passant d'une rencontre à une autre dès lors qu'un détail, potentiellement futile, semble se présenter comme un obstacle à la relation. La sexualité se présente dès lors comme un marché dans lequel les individus choisissent minutieusement les partenaires qu'ils ont envie de consommer¹⁰⁶². Néanmoins, un tel filtre permet également de diriger spécifiquement sa sexualité : relation d'un soir ou durable, relation hétérosexuelle, homosexuelle ou autres.

1017. Au-delà de la rencontre numérique entre les individus, la quête du plaisir se manifeste par l'accès aux sites pornographiques qui offrent un large éventail de matériel érotique et pornographique accessible à tout moment, et ceci de manière parfaitement anonyme. La honte qui était autrefois associée à la consommation de contenu pornographique ou érotique s'est amenuisée¹⁰⁶³. Certes, d'aucuns reconnaissent encore une certaine gêne à consommer de la cyberpornographie mais leur plaisir solitaire n'est plus exposé à la vue des tiers mais simplement relayé à l'obscurité de leur intimité¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶² « Il suffit désormais d'un clic pour voir défiler des hommes et encore des hommes, des centaines souriants, gentils, disponibles, qui mettent en scène leur masculinité attirante, bandant leurs muscles en maillot de bain ou fièrement harnachés de cuir sur leur moto. Il suffit d'un clic pour choisir. Bienvenue dans l'illusion consommatoire qui laisse penser qu'un homme (ou une femme) pourrait être choisi comme un fromage dans un supermarché », S. KAUFMANN cité par M. HAZA, « Sexualité et numérique : illusion de toute-puissance », *Psychologie Clinique*, volume 49, n° 1, 2020, pages 29 à 39.

¹⁰⁶³ M. HAZA, « X ou YouPorn » in P. ESCANDE-GAUQUIE et B. NAIVIN, *Comprendre la culture numérique*, Ed. Dunod, 2019, 224 pages, pages 203 à 208.

¹⁰⁶⁴ M. HAZA, « Psychosexualité du porno et #porn sur les réseaux sociaux », *Adolescence*, volume 402, n° 2, 2022, pages 281 à 293.

1018. Quête de l'amour et du plaisir, la sexualité à l'ère du numérique a ouvert des nouvelles perspectives et possibilités en matière de sexualité. Plus autonome, plus libre, la sexualité numérique se matérialise par un éventail considérable de possibilités. De la rencontre amoureuse ou sexuelle à l'activité sexuelle en solitaire, le numérique est la toile géante où toute forme de sexualité est accessible. En quelques décennies, la sexualité s'est transformée, passant d'une sexualité uniquement faite de relations humaines physiques à une sexualité illimitée ne nécessitant plus un premier contact physique pour s'engager.

1019. Cependant, si la sexualité numérique se présente comme une mutation considérable, les dérives qui y sont associées ont nécessité une intervention législative, le numérique se présentant comme une mutation à double tranchant.

1020. **...À la recherche de plaisirs illicites** – Si la sexualité s'est considérablement transformée et élargie grâce à l'expansion du numérique, un tel progrès ne peut être sans dérives et conséquences néfastes. Anonymat, accès illimité à des contenus pornographiques hautement diversifiés, interaction avec des inconnus, tout ceci conduit nécessairement à des situations problématiques.

1021. L'une des premières problématiques concerne le sujet amateur de cyberpornographie. Soumis à toujours plus de contenu, grâce à un accès rapide, le friand de cyberpornographie peut se retrouver dans une position de consommation abondante. À l'image du joueur compulsif, la pornographie peut se présenter comme une dépendance, bousculant la vie quotidienne ainsi que les relations personnelles. Pourquoi chercher des relations sexuelles quand, d'un simple clic, celles-ci sont à portée de main ? De plus, si les relations sexuelles entre individus peuvent être limitées dans les conditions d'accomplissement, le nombre considérable de situations sexuelles présentées éveillent, d'autant plus, l'envie sexuelle et le plaisir de celui qui s'y adonne.

1022. Pourtant, bien que néfaste pour les personnes qui en consomment de manière régulière, le visionnage massif de pornographie, dès lors, que, celle-ci n'a pas pour objet des relations légalement répréhensibles, ne peut être perçu comme un comportement

illicite mais tout au plus comme une habitude possiblement nuisible pour la santé mentale¹⁰⁶⁵.

1023. Néanmoins, parce qu'a été évoquée, précédemment, l'extraordinaire diversité des contenus pornographiques, nous devons nous intéresser aux contenus se présentant comme illégaux. De la pédopornographie, en passant par la zoo-pornographie¹⁰⁶⁶, jusqu'à la pornographie impliquant des scènes de violence, toutes ces formes de cyberpornographie sont prohibées par la loi.

1024. En effet, le législateur, conscient de l'absolue nécessité de protéger les mineurs contre toute atteinte sexuelle qui pourrait leur être portée, a adopté un large éventail de dispositions visant à prohiber la pédopornographie. L'article 227-23 du Code pénal énonce que « *Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque l'image ou la représentation concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ou représentation* ». Une telle infraction visant à punir les créateurs de vidéos pédopornographiques.

1025. Puisqu'il était indispensable de réprimer les auteurs de vidéos pédopornographiques, il est apparu, également, indispensable de prohiber les consommateurs. Ainsi, l'alinéa 4 de l'article 227-23 dispose que « *Le fait de consulter habituellement ou en contrepartie d'un paiement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, d'acquérir ou de détenir*

¹⁰⁶⁵ D. DUBASQUE, « Chapitre XII. Les addictions et leurs conséquences : une réalité insuffisamment prise en compte » in D. DUBASQUE, *Comprendre et maîtriser les excès de la société numérique*, Presses de l'EHESP, Coll. « Politiques et interventions sociales », 2019, 214 pages, pages 101 à 111.

¹⁰⁶⁶ La zoo-pornographie n'est pas spécifiquement réprimée par le Code pénal, hormis l'article 227-24 qui en fait mention à l'égard des mineurs. Néanmoins, l'insertion de l'article 521-1-1 du Code pénal, par la loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes, relatif à l'interdiction des atteintes sexuelles envers les animaux semblerait pouvoir servir de base légale à l'interdiction de la zoo-pornographie, cependant, afin de s'assurer du respect du principe de légalité des délits et des peines, l'adoption d'un texte spécifique serait indispensable.

*une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende*¹⁰⁶⁷ ».

1026. L'article 227-23-1 du Code pénal prévoit, lui, que « *Le fait pour un majeur de solliciter auprès d'un mineur la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique dudit mineur est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* », un article visant directement toute sollicitation du mineur pour qu'il s'adonne à des actes sexuels. Ici, il ne s'agit plus de réprimer le consommateur de pédopornographie mais l'individu qui incite un mineur à une activité pédopornographique.

1027. Ainsi, qu'il s'agisse du créateur de vidéos pédopornographiques, du consommateur ou de l'individu qui incite les mineurs à se lancer dans la pornographie, chacun d'entre eux est considéré comme ayant un comportement illicite.

1028. Dans la continuité de l'article 227-23 du Code pénal, et afin de protéger les mineurs de l'accès à des contenus inappropriés, le législateur a adopté l'article 227-24¹⁰⁶⁸ qui déclare que « *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique, y compris des images pornographiques impliquant un ou plusieurs animaux, ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ».

1029. De plus, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) impose aux hébergeurs et fournisseurs d'accès à Internet de concourir à la lutte contre la diffusion de matériel pédopornographique, en mettant en place, d'une part, un dispositif de signalement de contenus illicites et d'autre part, en signalant sans

¹⁰⁶⁷ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste ; B. **DELEPORTE**, « Sites pornographiques le renforcement de la protection des mineurs », *La Grande Bibliothèque du Droit*, octobre 2021, (En ligne), https://www.lagbd.org/Sites_pornographiques:_le_renforcement_de_la_protection_des_mineurs

¹⁰⁶⁸ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

délai aux autorités compétentes, dès qu'ils en ont connaissance, tout contenu à caractère pédopornographique¹⁰⁶⁹. Par ailleurs, l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020¹⁰⁷⁰ a instauré un système de blocage imposable aux fournisseurs d'accès pour limiter la possibilité de visionnage de vidéos pornographiques aux mineurs au moyen de mesures effectives telles que la demande de la date de naissance ou une copie de la carte nationale d'identité¹⁰⁷¹.

1030. La pédopornographie se présente, dès lors, comme un véritable fléau. D'aucuns n'ayant aucun scrupule à en fabriquer, à en consommer ou pire encore, à inciter les mineurs à s'y livrer. Pourtant, au-delà du combat mené par le législateur pour contrecarrer activement la pédopornographie, celui-ci ne limite pas sa répression à cette seule matière.

1031. En effet, la sexualité en ligne peut être utilisée pour l'exploitation et l'abus. D'abord, le fait de solliciter des rapports sexuels de la part d'un adulte envers un mineur par le biais d'un moyen de communication numérique est illégal. Ainsi, les articles 227-22¹⁰⁷² et 227-22-1¹⁰⁷³ répriment la corruption de mineurs ainsi que les sollicitations sexuelles à leur encontre notamment quand ces actes ont été facilités par un moyen de communication électronique, le législateur étant parfaitement conscient de la place omniprésente du numérique dans la vie quotidienne des mineurs.

¹⁰⁶⁹ « *Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression (...) de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions (...). À ce titre, elles doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Elles ont également l'obligation, d'une part, d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites* », Article 6-I-7, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁰⁷⁰ Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales.

¹⁰⁷¹ B. **DELEPORTE**, « Sites pornographiques le renforcement de la protection des mineurs », *La Grande Bibliothèque du Droit*, octobre 2021, (En ligne), https://www.lagbd.org/Sites_pornographiques:_le_renforcement_de_la_protection_des_mineurs

¹⁰⁷² « *Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques* », Article 227-22, Code pénal.

¹⁰⁷³ « *Le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* », Article 227-22-1, Code pénal.

1032. Outre les actes de sollicitation et de corruption de mineurs, le numérique regorge de comportements sexuels illicites notamment dans le domaine de la prostitution des mineurs en ligne comprenant l'exploitation sexuelle¹⁰⁷⁴, le trafic d'êtres humains¹⁰⁷⁵ ou le proxénétisme¹⁰⁷⁶. Toutefois, mise à part la prostitution des mineurs avanta­gé par un moyen numérique, il existe d'autres formes de sexualité qui peuvent être apparentées à de la prostitution. Le *caming* ainsi que la vente de contenu sexuel en ligne, nouvelles formes de sexualité qui se développent depuis quelques années, nécessitent une étude approfondie, leurs conditions d'exercice semblant nettement s'apparenter à de la prostitution.

§ II – Le marché de la sexualité numérique

1033. **Les nouvelles pratiques sexuelles en ligne** – Depuis quelques années, le développement accru du numérique a ouvert la voie à de nouvelles pratiques sexuelles¹⁰⁷⁷. Si la sexualité numérique est diverse et variée, nous ne retiendrons que deux nouvelles pratiques sexuelles récentes. D'une part, le *caming* et d'autre part, la vente et l'achat de contenu sexuel, des pratiques sexuelles qui, au vu de leurs éléments d'application, posent certaines problématiques juridiques.

1034. Le *caming*, également dénommé *camming*, est une pratique dans laquelle une personne diffuse du contenu vidéo en direct sur internet grâce à l'utilisation d'une webcam.

1035. Les personnes qui s'adonnent à cette pratique sont habituellement appelés *camgirls* ou *camboys*. Comment fonctionne-t-elle ? Généralement, les individus se connectent sur des plateformes de streaming spécifiques et interagissent en direct avec des spectateurs, eux-mêmes connectés sur ces plateformes. Les individus qui pratiquent le

¹⁰⁷⁴ Article 225-12-2, Code pénal.

¹⁰⁷⁵ Article 225-4-2, Code pénal.

¹⁰⁷⁶ Article 225-7, Code pénal.

¹⁰⁷⁷ Plus une étude plus approfondie de l'évolution de la sexualité numérique, voir S. LANDRY *et al.*, « Les impacts du confinement lié au coronavirus sur la sexualité », *Sexologie*, volume 29, n° 4, 2020, pages 173 à 180 ; F.-X. ROUX-DEMARE, « Le sexe virtuel », in *Sexe et Vulnérabilité*, LGDJ, 2017, 194 pages, pages 111 à 126 ; D. LE BRETON, « La sexualité en l'absence du corps de l'autre : la cybersexualité », *Champ psychosomatique*, 2006/3, n° 43, pages 21 à 36.

caming ont le choix entre différentes interactions c'est-à-dire qu'ils peuvent soit, simplement discuter et échanger, soit se livrer à des performances considérées comme artistiques, jouer des rôles ou encore, réaliser des actes érotiques en direct et ceci en fonction de leur volonté et des demandes faites par les spectateurs.

1036. Plus précisément, « *proposant de visionner des performances sexuelles en ligne, ces services ont connu une diffusion importante au cours des dernières années (...) Inédite dans sa forme numérique, cette activité ne s'inscrit pas moins dans le sillage d'autres pratiques économiques. Constituées de performances en direct, réalisées par de jeunes femmes et hommes qui se déshabillent dans une audience principalement masculine, ils s'apprêtent aussi à des spectacles de strip-tease. Mettant en scène la masturbation et, dans certains cas, des rapports sexuels, la pratique s'inscrit dans certains cas dans la pornographie*¹⁰⁷⁸ ».

1037. Le *caming* est à la fois considéré comme une source de distraction pour ceux qui le regardent et comme une source de revenus pour ceux qui s'y consacrent. De plus, chaque individu peut demander une prestation supplémentaire, telle que des spectacles privés, en contrepartie d'une rémunération.

1038. En parallèle du *caming* qui suppose une diffusion de contenu en direct, s'est développée une autre pratique sexuelle qui, depuis quelques années, s'est particulièrement étendue : celle de la vente et l'achat de contenu sexuel. À la différence du *caming* qui suppose une interaction en direct, il ne s'agit ici que d'une vente. Certes, la vente se déroule par le biais du numérique mais il n'est pas nécessaire de posséder une webcam pour s'adonner à cette activité.

1039. En effet, la vente de contenu sexuel se présente de la sorte : une personne expose le souhait d'acquérir une photo ou une vidéo, une demande à laquelle une autre personne va répondre par l'envoi d'une photo ou vidéo érotique ou sexuelle d'elle-même en échange d'une rémunération. Ainsi, les plateformes numériques telles que OnlyFans et MYM permettent aux créateurs de contenu pour adultes de vendre leurs contenus exclusifs en

¹⁰⁷⁸ M. BERGSTRÖM, « Ce que le numérique fait à l'économie du sexe », *Revue Française de Socio-Économie*, volume 25, n° 2, 2020, pages 155 à 160.

ligne en échange d'un abonnement mensuel. De ce fait, chaque individu peut s'inscrire sur l'une de ces plateformes pour vendre du contenu sexuel ou pour en acheter.

1040. Dans les deux cas, il s'agit d'un échange commercial entre une personne qui offre du contenu sexuel et une autre qui paye pour y accéder. S'il semble que les deux pratiques précédemment exposées puissent être parfaitement assimilables nous estimons, qu'il est fondamental de les distinguer puisque leurs conditions de réalisation diffèrent quelque peu. En effet, l'une se pratique en direct face à de nombreux spectateurs alors que la seconde est un échange commercial privé entre deux personnes. Certes il y a, dans les deux situations, un contenu sexuel en échange d'une rémunération mais le droit pénal, qui régit principalement la sexualité numérique, étant d'interprétation stricte, il nous semble indispensable de les différencier. Ainsi, la question essentielle qui se pose, dès à présent, est la suivante : la vente, l'achat et la diffusion de contenu sexuel se présentent-elles comme des pratiques légales ?

1041. **Pratiques légales ou illégales ?** – Le développement qui va suivre concerne la question de la légalité des pratiques ci-avant présentées. Il faut cependant noter que les sources en la matière sont rares, de telles pratiques étant particulièrement récentes. Néanmoins, nous allons nous efforcer d'apporter une étude claire sur la légalité de celles-ci.

1042. Dès lors que la sexualité évolue, le Droit se doit d'évoluer avec elle. L'essor du numérique est venu compliquer la réglementation de la sexualité. Toujours plus de pratiques nouvelles impliquent toujours plus de réglementation, notamment à l'ère du numérique où tout se développe à une vitesse considérable.

1043. Si le Droit règlemente progressivement toute forme de sexualité numérique pouvant porter atteinte à autrui notamment la sexualité numérique qui implique les mineurs, il est des sexualités numériques qui sont, en raison de leurs conditions d'application, partiellement écartées de la matière juridique. Néanmoins, l'indifférence juridique, en ce domaine, n'est pas totale et de telles pratiques nécessitent des exigences particulières pour être considérées comme légales.

1044. Tout d'abord, qu'il s'agisse du *caming* ou de la vente de contenu sexuel, ces pratiques ne sont pas considérées comme illégales tant que les personnes qui en sont les sujets disposent de la majorité légale et consentent de manière libre et éclairée à ses activités. Ainsi, toute personne majeure et consentante peut librement se livrer aux activités de *caming* ou de vente de contenu sexuel.

1045. Ensuite, la difficulté intervient dès l'instant où les deux conditions, majorité et consentement, ne sont pas remplies. La majorité, en effet, est une condition indispensable à leur légalité. En effet, si nous analysons précisément l'article 227-23-1 du Code pénal qui dispose que « *Le fait pour un majeur de solliciter auprès d'un mineur la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique dudit mineur est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* », la sollicitation d'un contenu sexuel à un mineur est réprimée par la loi et ce même si elle n'a pas été demandée en échange une rémunération. La répression s'applique ainsi aussi bien aux activités de *caming* qu'à l'achat de contenu sexuel puisqu'il est clairement utilisé les termes « diffusion » et « transmission ». De ce fait, toute demande d'un majeur à l'encontre d'un mineur de la transmission ou la diffusion d'un contenu sexuel impliquant le mineur lui-même relève de la loi pénale et expose son auteur à une peine d'emprisonnement.

1046. De même, si la majorité se présente comme l'une des conditions *sine qua none* à la légalité de ces activités, elle doit être accompagnée de la modalité relative au consentement. À l'image des autres pratiques sexuelles, la légalité de celles-ci suppose un consentement libre et éclairé. Ainsi, les individus qui se livrent à ces activités se doivent de ne pas y avoir été contraints et ils doivent également donner un consentement en toute connaissance de cause.

1047. En effet, qu'il s'agisse des individus qui pratiquent le *caming* ou ceux qui vendent des contenus sexuels tels que des photos ou des vidéos, ceux-ci doivent avoir donné leur consentement à ces actes, sans quoi ces activités tombent dans l'illégalité. Ainsi, dans l'activité de *caming*, le consentement signifie que chaque participant doit donner son accord volontaire, sans contrainte, ni pression et en toute connaissance de cause. De plus, le consentement doit être clair, spécifique et révocable à tout moment, un consentement dont les conditions de validité sont similaires au consentement à l'acte sexuel physique. De

même, la vente de contenu sexuel doit être effectuée avec le consentement de la personne. Seule la personne qui vend son image – photo ou vidéo – peut consentir à la transmission de celle-ci. Certes, en règle générale, il semble que le consentement ne pose aucune difficulté dans ce cas-ci puisque la personne qui prend l'image et également celle qui l'envoie à la personne qui en fait la demande. Néanmoins, il est également possible que l'image soit diffusée par le biais d'une autre personne qui souhaite obtenir une rémunération en échange de l'envoi de celle-ci.

1048. Dans ce cas, le consentement est indubitablement vicié et la personne, dont l'image a été diffusée sans son accord pourra demander réparation¹⁰⁷⁹ et ceci qu'elle ait donné ou non son consentement à l'image qui a été capturée¹⁰⁸⁰, le législateur ayant fait le souhait de pénaliser la pratique du *revenge porn*, une pratique particulièrement répandue qui suppose la diffusion ou la transmission d'une image à caractère sexuel sans le consentement de la personne qui en est le sujet. D'ailleurs, l'article relatif au *revenge porn*, s'il a été adopté pour contrer les agissements malveillants d'anciens compagnons¹⁰⁸¹, peut parfaitement s'appliquer à tout comportement qui porte atteinte au consentement dans la diffusion ou la transmission d'une image à connotation sexuelle d'une autre personne et ceci, même si, elle n'entre pas dans le cadre de la vengeance.

1049. En tout état de cause, quelle que soit la pratique choisie, *coming* ou vente de contenu sexuel, les conditions de légalité sont identiques : une majorité légale et un consentement. Néanmoins, si la légalité de ces pratiques ne pose aucune difficulté dès lors qu'elles sont accomplies dans le respect de ces critères, de telles pratiques peuvent être

¹⁰⁷⁹ « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : (...) 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé (...) », Article 226-1, Code pénal.

¹⁰⁸⁰ « Est puni des mêmes peines le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1 », Article 226-2-1, Code pénal ; Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁰⁸¹ N. VERLY, « Usurpation d'identité numérique, cyberharcèlement, *revenge porn* ... : éclairages sur la nouvelle criminalité de l'internet », *Légipresse*, volume 63, n° HS3, 2020, pages 43 à 48.

sujettes à des dérives, notamment en raison du fait qu'elles supposent un lien indissociable entre rémunération et sexualité.

1050. *La commercialisation numérique de la sexualité : nouvelle forme de prostitution ?*

– Nous l'avons évoqué, vendre ou diffuser son image par le biais de vidéos ou de photos à caractère sexuel en échange d'une rémunération n'est pas une pratique illégale.

1051. Pourtant, depuis des siècles, concilier rémunération et sexualité s'est toujours présenté comme une activité à controverse. En effet, le mélange de la sexualité et de l'argent est le fondement principal de la prostitution, les travailleurs du sexe offrant services sexuels en échange d'une contrepartie financière.

1052. Nous l'avons longuement étudié. La prostitution, si elle n'est plus une activité illégale pour les personnes qui s'y livrent, reste prohibée à l'encontre des personnes qui la sollicitent. De plus, tirer profit de la prostitution s'apparente à du proxénétisme, une activité vivement réprimée par la loi pénale française.

1053. Ainsi, au regard de la législation française en la matière, il est opportun de se questionner sur la qualification juridique de ces activités sexuelles numériques. Doivent-elles être considérées comme des actes prostitutionnels et ainsi, tomber sous le joug de la loi pénale ou être estimées non assimilables à la définition de la prostitution ?

1054. Afin d'offrir une réponse à la problématique exposée, il faut s'en référer à un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 18 mai 2022¹⁰⁸². En l'espèce, une information judiciaire a été ouverte sur plainte avec constitution de partie civile en raison de faits constatés sur quatre sites français à caractère pornographique. Précisément la plainte alléguait de comportements consistant, pour des jeunes femmes, à se livrer devant une caméra à des agissements à caractère sexuel, retransmis en direct par un moyen de communication audiovisuelle à des clients qui les sollicitaient et les rémunéraient par un paiement à distance¹⁰⁸³. Au vu de ces faits, il était évoqué la qualification pénale de proxénétisme aggravé, défaut d'avertissement relatif à un contenu pornographique,

¹⁰⁸² Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 mai 2022, pourvoi n° 21-82.283.

¹⁰⁸³ M. **RECOTILLET**, « *Caming* et prostitution : interprétation stricte de la loi pénale », *Dalloz Actualité*, 9 juin 2022.

enregistrement et diffusion de représentations pornographiques de mineurs, fabrication et diffusion de message violent et pornographique perceptible par un mineur¹⁰⁸⁴.

1055. La problématique à laquelle devait répondre la Cour de cassation était la suivante : l'infraction de proxénétisme peut-elle être invoquée dans l'activité de *caming* ? Précisément, les sites, sur lesquels se déroulaient les activités de *caming*, pouvaient-ils être poursuivis pour proxénétisme dès lors qu'ils tiraient profit de l'activité de *caming* ?

1056. Pour la partie civile à l'instance, « *la prostitution consiste dans le fait d'employer son corps, moyennant rémunération, à la satisfaction des plaisirs du public, quelle que soit la nature des actes accomplis quand bien même il n'y a pas de contact physique entre la personne prostituée et son client*¹⁰⁸⁵ ». De ce fait, pour la partie civile, le simple fait de se livrer à des actes visant à offrir un plaisir sexuel à autrui et ceci sans contact physique relève de la prostitution et tout individu ou organisme qui en tire profit peut être pénalement qualifié de proxénète.

1057. Si l'argumentation de la partie civile se voulait légitimement appréciable, celle-ci ne l'était pas juridiquement. En effet, la Cour de cassation dans un arrêt ancien en date du 27 mars 1996 a défini la prostitution comme telle : la prostitution est le fait de « *se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui*¹⁰⁸⁶ ».

1058. Dans son arrêt de 1996, la Cour évoque précisément les termes de « contacts physiques », des contacts physiques qui sont parfaitement absents de l'activité de *caming* puisque « *ces comportements (...) n'impliquent aucun contact physique entre la personne qui s'y livre et celle qui les sollicite*¹⁰⁸⁷ ». De ce fait, au vu de l'absence de contact physique et à raison du fait que « *il apparaît que le législateur n'a pas entendu étendre cette définition, y compris à l'occasion de lois récentes pénalisant certains comportements de nature sexuelle* », la Cour relève que « *En l'état de cette évolution législative, dont il résulte*

¹⁰⁸⁴ Y. MAYAUD, « Infractions contre les personnes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, volume 3, n° 3, 2022, pages 591 à 602.

¹⁰⁸⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 mai 2022, pourvoi n° 21-82.283, § 7.

¹⁰⁸⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 mars 1996, pourvoi n° 95-82-016.

¹⁰⁸⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 mai 2022, pourvoi n° 21-82.283, § 12.

que la notion de prostitution n'excède pas les limites de la définition jurisprudentielle précitée, qui n'a pas été remise en cause depuis 1996, il n'appartient pas au juge de modifier son appréciation dans un sens qui aurait pour effet d'élargir cette définition au-delà de ce que le législateur a expressément prévu ».

1059. Ainsi, en application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le *caming*, au vu de son caractère virtuel, ne peut être assimilé à de la prostitution, un refus d'assimilation écartant la possibilité de qualifier tout acte permettant de tirer profit du *caming* comme un acte de proxénétisme réprimé par la loi.

1060. Une décision jurisprudentielle qui peut, en outre, parfaitement s'appliquer à la pratique de la vente de contenu sexuel, celle-ci ne nécessitant, de la même manière, aucun contact physique.

1061. Pourtant, si nous ne pouvons que saluer la décision de la Cour de cassation de ne pas assimiler le *caming* à l'activité prostitutionnelle et ainsi garantir la liberté sexuelle des justiciables, à l'instar de la prostitution, de telles activités peuvent également faire l'objet d'abus qui ne peuvent être ignorés. La polémique récente sur le rôle d'un influenceur¹⁰⁸⁸ dans la création rémunérée d'un compte favorisant l'exercice de la vente de contenu sexuel nous laisse présager que, si certains exerceront leur activité en toute liberté, d'autres risquent fort de tomber sous le joug d'individus peu scrupuleux proposant leurs services dans le but de tirer profit de leur activité en toute impunité, un tel présage invitant le législateur à se pencher sur la réglementation de ces nouvelles formes de sexualité afin de protéger les justiciables, non de leur liberté sexuelle, mais de ceux qui voudraient en profiter.

SECTION III – Une sexualité déshumanisée

1062. La procréation humaine, à l'origine intimement liée à la sexualité, s'est soustraite progressivement à l'obligation d'intimité physique. Nous sommes entrés dans l'ère de la

¹⁰⁸⁸ M. **ROCHE**, « Dylan Thiry visé par de nouvelles plaintes en parallèle d'une enquête ouverte pour escroquerie », 9 mai 2023, *Libération*, https://www.liberation.fr/societe/dylan-thiry-vise-par-de-nouvelles-plaintes-en-parallele-dune-enquete-ouverte-pour-escroquerie-20230509_PR7NI6LL55BO7AH4FSU73KUXBU/ consulté le 20 juillet 2023.

procréation sans sexualité, où il n'est désormais plus nécessaire de s'accoupler pour procréer. De plus, la sexualité s'est délestée progressivement de la contrainte de l'intimité physique, une intimité physique qui se révèle parfois de plus en plus vaine pour accéder au plaisir (§ I).

1063. Au-delà du recul de la sexualité dans le processus procréateur, la sexualité humaine s'est élargie avec l'émergence de nouvelles technologies et de nouvelles façons d'explorer notre sexualité. Les sex-toys sophistiqués, les simulations de réalité virtuelle, et même les poupées sexuelles ont envahi notre monde, offrant une alternative à l'intimité humaine. Les avancées technologiques ont donné naissance à des expériences sexuelles inédites, défiant les limites de notre compréhension de la sexualité humaine.

1064. Cependant, au cœur de cette déshumanisation de la sexualité, subsiste la recherche constante de l'humanité. Nous nous tournons vers la technologie pour combler le vide laissé par le recul de l'intimité physique, mais ces avancées suscitent des questions profondes, notamment quant à la recherche constante de la parfaite humanité dans la production d'objets parfaitement déshumanisés (§ II).

§ I – Le recul constant de la sexualité humaine

1065. **La procréation sans sexualité** – Aborder la sexualité déshumanisée sans évoquer la procréation revient à ignorer tout un champ de l'histoire sexuelle et de l'évolution de la norme sexuelle. Certes, le sujet ne relève pas précisément des pratiques sexuelles mais il nous semble indispensable de ne pas faire l'impasse sur l'évolution de la procréation à savoir le passage d'une procréation nécessitant inévitablement un acte sexuel à une procréation sans besoin de relations charnelles.

1066. La question de la procréation sans sexualité, si elle s'est particulièrement développée, n'est pas nouvelle. Déjà, à la fin du XVIII^e siècle, les scientifiques s'interrogeaient sur la possibilité de créer une vie humaine sans passer par l'étape fondamentale de l'acte sexuel. De recherches en recherches, les scientifiques ont conçu la

possibilité de féconder sans rapports sexuels. Ainsi, l'insémination artificielle¹⁰⁸⁹ devient un nouveau moyen de procréer¹⁰⁹⁰. Pourtant, bien que processus innovant, l'insémination artificielle fut décriée comme contraire à la morale, la dissociation du lien entre sexualité et fécondation contrevenait fondamentalement à la loi naturelle et se présentait comme un danger social et une violation des principes mêmes du mariage¹⁰⁹¹. L'immoralité de la pratique tenait au fait que la reproduction, même si elle était faite entre les conjoints légaux, n'était pas une intervention naturelle par l'entreprise d'un acte sexuel.

1067. Pour les fervents défenseurs de la morale, l'Église en tout premier lieu, la bonne morale sexuelle s'entendait d'un acte reproductif issu d'une relation charnelle et non, même si le but était la procréation, d'un artifice scientifique facilitant la procréation. Le rôle du médecin dans la reproduction enfreignait la loi naturelle de la reproduction et la morale sexuelle.

1068. La fécondation *in vitro*, élaborée au début du XX^e siècle, va se présenter comme la deuxième étape du processus de procréation sans sexualité. *Quid* du procédé ? La fécondation extra-corporelle ou fécondation *in vitro* consiste à reproduire en laboratoire le mécanisme de reproduction qui se déroule naturellement dans les trompes à savoir la fécondation et les prémices du développement embryonnaire¹⁰⁹².

1069. L'établissement d'une telle technique accentue la rupture entre procréation et sexualité. En effet, si l'insémination artificielle ne supposait pas une fécondation en dehors du corps de la mère, la fécondation *in vitro* extirpe le processus de la fécondation de la

¹⁰⁸⁹ « L'insémination artificielle (IA) consiste à déposer des spermatozoïdes dans l'utérus durant la période ovulatoire, dans l'espoir qu'ils féconderont naturellement un ovule », E. DE LA ROCHEBROCHARD, « 200.000 enfants conçus par fécondation *in vitro* en France depuis 30 ans », *Population et Sociétés*, volume 451, n° 11, 2008, pages 1 à 4.

¹⁰⁹⁰ S. BATEMAN, « Chapitre I. Procréer sans sexualité : généalogie d'une manière de penser et de réaliser la fécondation » in D. BONNET, F. CAHEN et V. ROZEE, *Procréation et imaginaires collectifs : Fictions, mythes et représentation de la PMA*, Ed. Ined, Coll. « Questions de populations », 2021, 160 pages, pages 27 à 40.

¹⁰⁹¹ « Cette pratique répugne à la loi naturelle ; elle peut constituer un véritable danger social, et il importe à la dignité du mariage que de tels procédés ne soient pas transportés du domaine de la science à celui de la pratique », G. DAVID, « La fécondation : la nature et l'artifice », *Génitif*, 2(1-2), 1980, pages 5 à 13 ; S. BATEMAN, « Chapitre I. Procréer sans sexualité : généalogie d'une manière de penser et de réaliser la fécondation » in D. BONNET, F. CAHEN et V. ROZEE, *Procréation et imaginaires collectifs : Fictions, mythes et représentation de la PMA*, Ed. Ined, Coll. « Questions de populations », 2021, 160 pages, pages 27 à 40.

¹⁰⁹² E. DE LA ROCHEBROCHARD, « 200.000 enfants conçus par fécondation *in vitro* en France depuis 30 ans », *Population et Sociétés*, volume 451, n° 11, 2008, pages 1 à 4.

matrice. La sexualité, au regard de ces deux procédés, ne joue plus aucun rôle dans la procréation. L'acte sexuel, initialement, acte fondateur de la reproduction est définitivement écarté.

1070. De ce fait, nous pouvons parfaitement évoquer une déshumanisation de la sexualité par la déshumanisation de la reproduction. Le recours à des techniques de fécondation extra-utérine se matérialisant par l'usage de dispositifs mécaniques conforte l'idée que la sexualité mais également, la procréation s'oriente vers une déshumanisation, les rapports humains n'étant plus indispensables pour se reproduire.

1071. Ainsi, la prolifération de nouvelles techniques de fécondation a enjoint le Droit d'y imposer une réglementation. Depuis les lois de bioéthiques de 1994¹⁰⁹³, le législateur n'a eu de cesse d'enrichir sa législation, d'une part, au regard des nouveaux procédés utilisés et de leurs conséquences¹⁰⁹⁴ et d'autre part, en ce qui concerne les droits des justiciables au recours à ces nouvelles techniques¹⁰⁹⁵. Néanmoins, les progrès scientifiques en la matière ne cessent de croître et la mise en œuvre d'une réglementation adéquate ne semble pas s'achever de sitôt ; nous pouvons, dès lors, prendre pour preuve le développement massif de la recherche en matière d'ectogenèse¹⁰⁹⁶, un processus de développement d'un embryon, puis d'un fœtus, en dehors de la matrice naturelle soit au sein même d'un utérus artificiel¹⁰⁹⁷. Un procédé qui signerait l'arrêt définitif de la relation procréation/sexualité et qui confirmerait la déshumanisation croissante de la sexualité.

1072. Au-delà de la rupture entre procréation et sexualité, initiant une déshumanisation de la procréation, l'évolution de la norme sexuelle a engendré, de la même manière, une certaine séparation entre sexualité et contact physique, déshumanisant, progressivement, la sexualité des individus.

¹⁰⁹³ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

¹⁰⁹⁴ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ; Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

¹⁰⁹⁵ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

¹⁰⁹⁶ S. **COLEMAN**, *The Ethics of Artificial Uteruses. Implications for Reproduction and Abortion*, Aldershot, England, Ed. Ashgate, 2004, 188 pages.

¹⁰⁹⁷ P. **DESCAMPS**, « L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse », *Raisons politiques*, volume 28, n° 4, 2007, pages 111 à 125.

1073. **Le recul de l'intimité physique** – La norme sexuelle évolue au gré des siècles. Initialement pratiquée dans un but procréatif, la libéralisation des mœurs en a modifié considérablement l'objectif, la sexualité s'alliant désormais avec la notion même de plaisir. De plus, si la sexualité était indubitablement une relation physique entre deux êtres humains, l'avancée des nouvelles technologies a ouvert la voie à de nouvelles formes de sexualité qui ne nécessitent plus de contact physique entre les individus.

1074. Auparavant, seule la masturbation en solitaire se présentait comme la forme de sexualité déshumanisée. L'individu qui s'y adonnait n'avait pas besoin d'un autre corps physique pour prendre du plaisir mais uniquement du sien et de son imagination.

1075. Si autrefois, l'imagination n'était pas exclue de la pensée sexuelle des individus, l'instauration des nouvelles technologies a considérablement placé l'imagination au cœur de la pratique sexuelle. La prolifération de la pornographie numérique, et avant elle de la pornographie littéraire et photographique¹⁰⁹⁸, en est un parfait exemple, les individus pouvant dès lors n'avoir plus besoin d'un contact physique humain pour exercer leur sexualité.

1076. Désormais, si les activités charnelles persistent, le plaisir ne nécessite plus la liaison charnelle de deux corps. Il se déniche dans l'usage du visuel, de l'imagination. Nous l'avons récemment évoqué, les pratiques sexuelles telles que le *sexting* ou le *caming* sont devenues les nouvelles formes d'expérience sexuelle, des expériences sexuelles dont le rapport à l'être humain est physiquement limité.

1077. L'intimité ne se présente plus nécessairement comme un acte charnel et le recours à un autre être humain ne se matérialise plus par la rencontre des corps. Certes, nous direz-vous, de telles pratiques nécessitent encore un certain lien humain mais celui-ci ne se produit qu'à distance. S'il ne s'agit pas d'une parfaite déshumanisation, à savoir que l'un des sujets du plaisir n'est pas un être humain, la mise en œuvre de ces pratiques révèle une rupture non négligeable entre la sexualité autrefois uniquement physique et la sexualité

¹⁰⁹⁸ M. **RODEMACQ**, « L'industrie de l'obscénité à Paris (1855-1930), *Romantisme*, volume 167, n° 1, 2015, pages 13 à 20.

d'aujourd'hui qui, si elle se produit toujours par la rencontre des corps, ne se limite plus à une telle condition.

1078. Outre l'émergence d'une sexualité exempte de tout contact physique mais impliquant toujours une partie d'humanité, l'évolution de la norme sexuelle a initié de nouvelles pratiques sexuelles parfaitement déshumanisées, le recours aux sex-toys, l'apparition successive de la réalité virtuelle ainsi que des poupées et robots sexuels témoignent admirablement d'une telle déshumanisation.

§ II – Déshumanité recherche humanité

1079. **Sex-toys et réalité virtuelle : déshumanisation de la sexualité** – Les sex-toys, s'ils se sont considérablement développés et perfectionnés durant ces dernières années ne sont pas une innovation majeure dans le domaine de la sexualité.

1080. En effet, les études en la matière ont démontré que les sex-toys puisent leur origine dans l'Antiquité¹⁰⁹⁹. Déjà, en ces temps lointains, la sexualité pouvait se matérialiser en dehors de tout contact physique, de toute relation humaine. Très récemment, les universitaires de Cambridge ont reconsidéré l'usage d'un objet romain découvert en 1992, estimant qu'au vu de sa forme phallique, il devait s'agir d'un très vieil ancêtre de nos sex-toys contemporains¹¹⁰⁰, sa forme ne divergeant pas foncièrement de ceux utilisés de nos jours.

1081. L'émergence du Christianisme va pourtant diaboliser l'usage des sex-toys. Véritable portail vers la concupiscence, la luxure et dérogeant à la finalité sexuelle c'est-à-dire la finalité reproductive, les hommes de foi vont condamner leur usage¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁹ C. **MARMONNIER**, *Gode's story : Histoire du sex-toy*, Ed. Seven Sept, 2008, 144 pages ; A. **FERGUSON**, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

¹¹⁰⁰ R. **COLLINS** et R. **SANDS**, « Touch wood : Luck, protection, power, or pleasure ? A wooden phallus from Vindolanda Roman fort », *Antiquity*, 97(392), 2023, pages 419 à 435.

¹¹⁰¹ « *As-tu fait ce que certaines femmes ont coutume de faire, as-tu fabriqué une certaine machine de la taille qui te convient, l'as-tu lié à l'emplacement de ton sexe ou de celui d'une compagne et as-tu forniqué avec d'autres mauvaises femmes ou d'autres avec toi, avec cet instrument ou un autre ?* », Mgr **BURCHARD DE WORMS**, *Decretum*, Bibliothèque de Cologne, vers 1020.

1082. Néanmoins, si l'invention des sex-toys débutent dans l'Antiquité, le premier sex-toy électromécanique – vibromasseur – n'apparaîtra qu'en 1883. Pourtant, l'usage qui en était fait, en ces temps, ne relevait pas du tout de la recherche du plaisir mais de la médecine mentale, celui-ci ayant été inventé pour soigner les femmes d'une maladie exclusivement féminine : l'hystérie¹¹⁰².

1083. Dépourvu de toute connotation médicale, le sex-toy va peu à peu devenir l'outil indispensable à l'acquisition du plaisir sans effort. Plus de recherche de partenaire potentiel, celui-ci devient le partenaire idéal notamment grâce à sa disponibilité continue. La relation sexuelle avec un autre être humain nécessitant la mise en œuvre d'actes de séduction, de rencontre, le sex-toy se présente, dès lors, comme la solution à la recherche croissante du plaisir, à tout moment. La sexualité devient déshumanisée, les individus pouvant s'offrir à tout moment un plaisir érotique sans passer par l'étape de la recherche d'un partenaire sexuel.

1084. Aujourd'hui, le sex-toy connaît une multitude de facettes, du sex-toy dit classique tel que le vibromasseur ou les anneaux vibrants accroissant le plaisir féminin ou masculin au sex-toy connecté et pouvant s'activer à distance, l'industrie et l'utilisation du sex-toy ne cessent de croître pour offrir toujours plus de sensations et d'expériences sexuelles inédites.

1085. Néanmoins, au-delà de la déshumanisation constante de la sexualité en raison d'un usage toujours plus remarquable des sex-toys, leur perpétuelle innovation peut engendrer des difficultés juridiques. En effet, tout d'abord, en ce qui concerne les sex-toys connectés, à raison de leur nécessaire accès permanent au numérique, ont vu leur usage principal détourné. Une société canadienne a été condamnée pour avoir collecté des données intimes des utilisateurs de ses sex-toys¹¹⁰³. L'intimité déshumanisée doit se concilier avec les dérives d'une société de plus en plus numérisée, les usagers des sex-toys ne devant pas

¹¹⁰² R. P. **MAINES**, *Technologies de l'orgasme. Le vibromasseur, l'hystérie et la satisfaction sexuelle des femmes*, Ed. Payot, 2009, 268 pages ; A. **FERGUSON**, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

¹¹⁰³ K. **DE FREYTA-TAMURA**, « Maker of "Smart" Vibrators Settles Data Collection Lawsuit for \$3.75 Million », *New York Times*, mars 2017, <https://www.nytimes.com/2017/03/14/technology/we-vibe-vibrator-lawsuit-spying.html> consulté le 21 mai 2023.

oublier que s'ils pensent utiliser un outil sexuel en solitaire, celui-ci a été créé par des individus dont les intentions ne sont pas infailliblement la recherche perpétuelle du plaisir.

1086. Ensuite, au-delà des incidents juridiques qui peuvent intervenir à cause de la connexion des sex-toys, d'autres problématiques semblent émerger. La plus marquante semble être la création d'un sex-toy contenant les cendres de l'époux disparu. Soucieux d'offrir aux veuves, un moment de plaisir avec l'être aimé et récemment perdu, un artiste hollandais a inventé un sex-toy contenant les cendres du défunt – 21 grammes pour être précis en référence au poids de l'âme – ainsi que le parfum distinctif de la personne. Si une telle invention peut faire sourire au vu de l'originalité de celle-ci, elle pose également des difficultés juridiques.

1087. Effectivement, la règle est précise en la matière. La loi du 19 décembre 2008¹¹⁰⁴ interdit à toute personne de conserver les cendres d'un défunt à son domicile¹¹⁰⁵. De plus, l'article 16-1-1 du Code civil dispose que « *Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* », un article attestant du fait que la conservation au sein même d'un sex-toy des cendres d'un défunt semble contrevenir fondamentalement au principe de dignité.

1088. Bien que la loi française interdise formellement la possibilité de s'offrir ce sex-toy particulier, certains individus pourront toujours la contourner afin de s'en procurer, un sex-toy contenant des cendres humaines qui rendrait un peu d'humanité à la sexualité mécanisée.

1089. Les sex-toys ne sont pas les seuls outils utiles pour s'adonner à une sexualité déshumanisée. Si nous avons déjà évoqué la sexualité numérique excluant tout contact physique sexuel entre les personnes, la création d'une sexualité virtuelle ne nécessitant plus aucune interaction entre les personnes s'est récemment développée : la réalité virtuelle.

1090. Totalement dépourvue d'humanité, la réalité virtuelle permet aux utilisateurs de plonger dans des environnements virtuels et d'interagir avec des personnages ou des

¹¹⁰⁴ Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.

¹¹⁰⁵ Articles L2223-18-1 à L2223-18-4, CGCT.

scénarios sexuels fictifs pouvant, par exemple, inclure des simulations de relations sexuelles ou encore, des rencontres virtuelles avec des partenaires virtuels¹¹⁰⁶. L'être humain n'existe plus dans sa dimension de partenaire, celui-ci étant définitivement remplacé par un personnage fictif.

1091. Désormais, chaque individu peut se créer la vie sexuelle qu'il a toujours imaginée, sans la peur du rejet et sans la contrainte du temps. Plus encore, le magazine Forbes voit en ce nouvel outil la réponse optimale à l'épanouissement sexuel : *« Notre sexualité surpasse les exigences nécessaires à la procréation. Des solutions virtuelles telles que la pornographie existent, mais ne sont que des caricatures d'expériences réelles. Dans un monde où les interactions sexuelles et sociales entre humains font peu à peu place à la réalité virtuelle, de nouvelles formes de sexualité apparaissent. Le sexe véhiculé par les nouvelles technologies pourra compléter, voire même remplacer la forme que nous lui connaissons. Imaginez un système de réalité virtuelle conçu pour répondre de manière optimale à chacune de nos préférences individuelles. Maintenant, imaginez la perspective de rencontrer quelqu'un pouvant combler vos attentes, naturellement. Plus de science-fiction, nous contrôlons notre mécanique neurologique qui gère le plaisir¹¹⁰⁷ »*.

1092. La réalité virtuelle déshumanise définitivement la sexualité numérique qui, si elle excluait le contact physique, restait tout de même un système d'échanges humains. La sexualité n'est, dès cet instant, plus une affaire de relations sociales et humaines mais se présente comme la recherche toujours plus accrue du plaisir par le biais de la proscription de toute forme d'inconvénients liés à la quête de relations charnelles.

1093. Pourtant, si la réalité virtuelle se révèle être un moyen efficace pour jouir plus facilement et plus rapidement, elle n'est pas sans dérive. Tout d'abord, en mettant de côté la matière juridique, la réalité virtuelle peut engendrer des problèmes mentaux sérieux tels

¹¹⁰⁶ A. **FERGUSON**, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

¹¹⁰⁷ « Réalité Virtuelle, Sexe Et Chocolat : Le Désir Dans Un Monde Post-Virtuel », *Forbes*, 6 avril 2017, <https://www.forbes.fr/technologie/realite-virtuelle-sexe-et-chocolat-le-desir-dans-un-monde-post-virtuel/> consulté le 14 juin 2023.

qu'une distorsion entre réalité virtuelle et réalité sexuelle ou encore, un isolement progressif des individus s'y adonnant¹¹⁰⁸.

1094. Juridiquement, la réalité virtuelle, si elle ne nécessite pas d'interaction sociale, peut engendrer des difficultés. En effet, bien qu'il ne s'agisse que de scénarios et d'environnement créés de toute pièce, la possible mise en œuvre d'intrigues virtuelles impliquant des relations sexuelles avec des mineurs nous interpelle. Certes, s'il n'est pas question ici de vidéos impliquant sexuellement des mineurs, le simple fait de pouvoir créer un environnement et un scénario incluant des interactions sexuelles avec des mineurs nous invite à nous interroger sur l'indispensable nécessité de règlementer, dès à présent, la réalité virtuelle, celle-ci se présentant comme une sexualité purement déshumanisée mais qui implique toujours le recours à un imaginaire sexuel basé sur la référence à l'humanité.

1095. ***De la poupée sexuelle au robot sexuel : la sexualité en proie aux avancées technologiques*** – Sex-toys connectés, réalité virtuelle, la technologie ne cesse d'innover dans le domaine de la sexualité. Offrir toujours plus de sensations et d'expériences sexuelles immersives, sans la contrainte de la rencontre sexuelle physique, au gré des envies, telle est la solution apportée par la création des poupées et robots sexuels.

1096. Pourtant, si les poupées sexuelles se sont considérablement développées ces dernières décennies, leur création ne date pas d'hier¹¹⁰⁹. *A contrario*, les robots sexuels ne connaissent pas une très longue histoire et leur invention, calquée sur les poupées sexuelles, ne remonte qu'aux années 2000¹¹¹⁰.

1097. Parce que les robots sont une innovation nouvelle, la sexualité pratiquée avec des représentations stylisées d'êtres humains démarre véritablement avec la création de poupées destinées à la pratique sexuelle.

¹¹⁰⁸ Avis de l'ANSES. Rapport d'expertise collective, *Expositions aux technologies de réalité virtuelle et/ou augmentée*, juin 2021.

¹¹⁰⁹ « *La poupée sexuelle comme produit commercialisable n'est apparue que dans la seconde moitié du XXe siècle* » même si déjà, « *La dame de voyage (...) a été créée par les marins français et espagnols à l'apogée de leurs empires navals respectifs au XVIIe siècle* », A. FERGUSON, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

¹¹¹⁰ A. FERGUSON, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

1098. Les poupées sexuelles ou internationalement dénommées « *sex doll*¹¹¹¹ » sont des mannequins réalistes qui sont conçus à des fins sexuelles afin de satisfaire les désirs de certains individus. Véritable partenaire sexuel de substitution, elles sont actuellement composées de matériaux cherchant à imiter la peau humaine et leur squelette interne est conçu pour permettre d'adopter diverses positions. Plus précisément, selon Anthony FERGUSON, dans son ouvrage intitulé *The Sex doll: A history*, « *ces objets étranges portent différents noms, le plus souvent poupées sexuelles ou poupées fornicatrices, et leur but est de fournir une représentation artificielle du corps humain à des fins sexuelles* ».

1099. Pourquoi certains individus préfèrent-ils recourir à des poupées sexuelles plutôt qu'à une relation charnelle avec un autre être humain ? Tout d'abord, il est certain que les préférences sexuelles des individus diffèrent profondément. FERGUSON évoque pour justifier le recours aux poupées sexuelles, notamment que certains sont attirés par les statues, d'autres par les cadavres¹¹¹². La poupée sexuelle au vu de son absence d'humanité, autre que celle de son apparence, semble avoir été adoptée pour satisfaire ces pulsions singulières, celle-ci restant parfaitement inerte à l'image d'une statue ou d'un corps dénué de vie soit « *un désir pour le partenaire sexuel qui ne répond pas*¹¹¹³ ».

1100. Au-delà de la satisfaction des tendances pygmalionistes et nécrophiles, FERGUSON explique que « *les poupées sexuelles sont également populaires auprès de ceux qui n'ont pas les moyens ou l'estime de soi pour initier ou entretenir des relations avec un autre être vivant* ». L'accès à une sexualité humaine peut être particulièrement complexe pour certains individus qui ne possèdent pas la capacité d'entreprendre un jeu de séduction avec un potentiel partenaire sexuel. Les poupées sexuelles sont un véritable palliatif à la timidité et à la mésestime de soi dans le domaine de l'intime.

¹¹¹¹ Les « *sex doll* » doivent être distinguées des « *love doll* », poupées très populaires au Japon, qui n'ont pas une finalité sexuelle mais simplement un but affectif, sentimental. Dans ce cas, l'individu qui s'offre une « *love doll* » ne recherche pas la satisfaction sexuelle mais souhaite assouvir un besoin sentimental, un manque affectif. Pour une étude plus approfondie, s'en référer à A. GIARD, *Un désir d'humain. Les « love doll » au Japon*, Paris, Ed. Belles lettres, Coll. « Japon », 2016, 376 pages.

¹¹¹² A. FERGUSON, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

¹¹¹³ *Ibidem*.

1101. Pourtant, si d'aucuns recourent à des poupées sexuelles à raison de leur infortune sexuelle, d'autres perçoivent en celles-ci une possibilité d'asseoir un désir, un besoin de domination¹¹¹⁴.

1102. Par ailleurs, la déshumanisation de la sexualité par l'usage de poupées sexuelles engendre un rejet de l'être humain dans sa nature imparfaite. En voulant créer un être sexuellement parfait, les individus ne se contentent plus de ce que la nature peut leur donner mais cherche toujours à éprouver plus de plaisir, avec la recherche constante et inassouvie d'un partenaire physique idéal.

1103. En outre, la recherche constante et le besoin perpétuel d'offrir aux individus une sexualité personnalisée a pu conduire à des situations commerciales illégales. En effet, à titre d'exemple, nous pouvons évoquer la commercialisation par Amazon, en 2020, de poupées sexuelles à l'effigie d'enfant¹¹¹⁵. Si de telles poupées ont été hâtivement retirées de la vente au vu des contestations des associations de lutte contre la pédocriminalité, ceci n'a pas empêché un Français de s'en procurer, un Français qui a été récemment condamné, en vertu de l'article 227-23 du Code pénal, à trois mois de prison avec sursis probatoire durant deux ans¹¹¹⁶. Bien qu'ayant argué d'un besoin de compagnie, celui-ci a, tout de même, reconnu qu'il avait usé de la fonction sexuelle de la poupée enfantine avant de regretter son acte et de s'en débarrasser¹¹¹⁷.

1104. S'il est certain que s'offrir une poupée sexuelle ayant l'apparence d'un enfant s'apparente au besoin d'assouvir un désir pédophile, nous pouvons nous interroger sur le recours aux poupées sexuelles comme moyen de dérivation de ces tendances. Dans son article « Fétichisme et pédophilie », Jérôme HETTE analyse le cas d'un condamné pédophile ayant confectionné une poupée à l'effigie d'une jeune enfant. À l'appui de son

¹¹¹⁴ A. FERGUSON, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

¹¹¹⁵ « Amazon jugé ce lundi pour avoir mis en vente des poupées sexuelles à l'effigie d'enfants », 8 mai 2022, *Le Figaro*, <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/amazon-juge-ce-lundi-pour-avoir-mis-en-vente-des-poupees-sexuelles-a-l-effigie-d-enfants-20220508> consulté le 16 juin 2023.

¹¹¹⁶ « Jugé à Dieppe, l'acheteur d'une poupée sexuelle à l'effigie d'une fillette condamné à se soigner », janvier 2023, *Paris Normandie*, <https://www.paris-normandie.fr/id379947/article/2023-01-18/juge-dieppe-lacheteur-dune-poupee-sexuelle-leffigie-dune-fillette-condamne-se> consulté le 16 juin 2023.

¹¹¹⁷ *Ibidem*.

argumentation quant à la possession d'un tel objet, il est avancé que « *les poupées sont présentées par le patient comme une tentative de dérivation des pulsions sexuelles à destination des fillettes, mais aussi comme un moyen lui permettant progressivement d'aller des fillettes vers les femmes adultes, c'est-à-dire de l'objet interdit à l'objet autorisé et normalisé socialement et légalement. C'est en tout cas ce que vise le patient, moyen incontournable pour lui d'éviter la récurrence*¹¹¹⁸ ». Que pouvons-nous penser d'une telle mesure ? L'usage d'une poupée enfantine peut-elle être un palliatif au passage à l'acte pédophile ? Nous ne nous prétendons pas psychologues mais il semble qu'un tel moyen présente des conséquences à double tranchant : le pédophile pouvant, limiter, ses actes à la poupée et se contenter d'un tel objet mais un tel usage peut également ne pas suffire et conforter l'individu pédophile dans ses besoins sexuels, aggravant ainsi son désir pédophile et l'incitant à rechercher de nouvelles sensations plus humaines.

1105. Si le débat reste entier, cela n'empêche pas les poupées sexuelles, autres que spécifiquement enfantines, de s'imposer dans la sexualité des individus. Néanmoins, si le recours à de tels objets de plaisir persiste, elles sont en passe d'être délaissées au profit des robots sexuels, des robots sexuels dont les multiples fonctionnalités offrent une expérience sexuelle bien plus réaliste et qualitative.

1106. Introduits récemment en tant que nouvelle technologie, les robots n'ont eu de cesse, depuis une vingtaine d'années, de s'améliorer, de se perfectionner. De la capacité d'établir un contact visuel, à la capacité de sourire, de reconnaître les visages, de réguler la température du corps humain, de simuler la respiration et même d'augmenter son rythme cardiaque pendant les rapports sexuels¹¹¹⁹, les robots sexuels n'en finissent plus de s'humaniser.

1107. En perpétuelle recherche d'assimilation humaine, les concepteurs de robots ne se rassasient plus de leurs dernières inventions. Toujours plus d'humanité pour une sexualité déshumanisée, toujours moins de cellules humaines pour une apparence et un comportement encore plus humain. Quel paradoxe de s'atteler à humaniser une sexualité

¹¹¹⁸ J. HETTE, « Fétichisme et pédophilie », *Le Journal des psychologues*, volume 321, n° 8, 2014, pages 34 à 38.

¹¹¹⁹ A. FERGUSON, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.

qui est parfaitement déshumanisée. Pourquoi ne pas simplement pousser les individus les uns vers les autres au lieu de leur offrir la possibilité d'avoir des relations humaines avec un objet totalement inhumain. Il semble que ceci soit les codes de notre temps. Toujours plus de relations humaines mais sans êtres humains.

1108. Pourtant, nous en convenons, le progrès est une réalité dont nous ne pouvons-nous passer. Néanmoins, si la technologie se présente comme une évolution considérable, jusqu'à quel point ? Si les travers de l'âme humaine ont été sondés depuis des siècles, l'arrivée récente de la robotique dans notre existence ne nous permet pas encore d'en mesurer tous les vices.

1109. D'ailleurs, selon Emmanuel GRIMAUD, dans son article, « Les robots oscillent entre vivant et inerte », « *on ne sait jamais exactement ce qu'on fait quand on assemble des programmes en vue d'en faire un robot, car personne ne peut dire ce qu'être une machine veut dire (...). Et les robots sont tellement divers aujourd'hui qu'il y a potentiellement autant de manières de capter et de sentir, dans le règne robotique, que l'histoire naturelle a pu en déceler chez les animaux. Est-ce que quand on fabrique un robot qu'on dote de capacités cognitives (de programmes, de mémoire, d'une capacité d'apprentissage), on ne fabrique pas quelque chose qui est au fond doté d'une personnalité qui nous échappe en grande partie, un artefact qui a son mode d'appréhension propre (senseurs et capteurs) et qui n'est pas réductible à ce qu'on y met ou ce qu'on y projette ?¹¹²⁰* », un artefact qui pourrait avoir sa sexualité propre, une sexualité à l'image des êtres humains oscillant entre bienveillance, plaisir et destruction. Une nouvelle norme sexuelle qui pourrait s'imposer au Droit, un Droit qui doit constamment prendre toute la mesure du progrès et de la mutation perpétuelle de la sexualité.

¹¹²⁰ E. GRIMAUD, « Les robots oscillent entre vivant et inerte », *Multitudes*, volume 58, n° 1, 2015, pages 45 à 58.

Conclusion générale

1110. En définitive, la question de savoir si la sexualité est véritablement saisie par le Droit demeure pour une grande partie une énigme empreinte de replis, de sinuosités et de faux-semblants qui sont loin de livrer tous leurs secrets. Elle demeure façonnée des normes, des valeurs et des interprétations. La sexualité, ce domaine intime et universel, s'insinue dans les rouages de la société, suscitant ainsi une réflexion profonde sur son statut juridique.

1111. Au terme de cette recherche, il apparaît clairement que la sexualité, qu'elle se déroule au sein du cadre matrimonial ou en dehors de celui-ci, est étroitement encadrée par le Droit. Les subtilités les plus infimes de la sexualité, qu'elles concernent les pratiques ou les orientations, sont intimement liées à la sphère juridique.

1112. Dans cet amalgame de législations et de jurisprudences, la sexualité se trouve prise dans une interaction délicate entre libertés individuelles et régulation sociale. Tout d'abord, le Droit s'efforce de protéger les droits fondamentaux des individus, y compris leur liberté sexuelle. Il reconnaît le pouvoir de l'individu à définir et à vivre sa propre sexualité, en respectant ses choix et préférences intimes. Pourtant, par ailleurs, le Droit se dresse en gardien des valeurs et des normes sociétales, cherchant à établir un équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et la liberté individuelle.

1113. Afin d'appréhender le lien indéfectible entre Droit et sexualité, il a fallu procéder à retracer l'historique de la sexualité, un travail d'envergure qui a éclairé notre analyse sur les évolutions de la norme sexuelle. Une norme sexuelle dont les fluctuations, au fil des siècles, ont démontré toute la puissance de la variabilité perpétuelle de la sexualité.

1114. À l'origine axée sur la procréation, la sexualité a graduellement évolué vers une orientation plus centrée sur le plaisir. Cette transformation constante met en évidence que la sexualité, en tant qu'expression de la condition humaine, n'est pas une activité statique, figée dans sa nature. De plus, outre le fait de pas être figée dans le temps et l'espace, la norme sexuelle diffère profondément entre les individus, une perception subjective qui fait de la norme sexuelle une notion particulièrement complexe à appréhender juridiquement.

1115. Pourtant, si elle n'est pas une activité perpétuellement pratiquée selon les mêmes conditions, il est incontestable qu'elle ne disparaît jamais. Ainsi, du fait de son incessant renouvellement et de son existence impérissable, la science juridique ne peut l'ignorer.

1116. Néanmoins, ce devoir de réglementer la sexualité des individus est, ainsi que les lignes qui précèdent l'ont montré, une obligation dont la légitimité s'érode au fil du temps et des évolutions, notamment conceptuelles, de la société. La sexualité, même si elle est associée à une activité procurant pleine jouissance, ne doit pas être considérée uniquement comme source de plaisir. Pouvant se présenter comme destructrice lorsqu'elle est accomplie dans des conditions ne respectant pas la liberté individuelle, elle peut, dans une mesure sans cesse plus étendue, se distraire d'une réglementation voire d'une prohibition mal acceptée car son seul fondement devient la préservation d'un ordre public chaque jour plus contesté tant dans son fondement que dans son expression répressive. Seul l'ordre public de protection serait dès lors préservé.

1117. L'ordre public, bien qu'indispensable au bon fonctionnement de la société, ne doit s'en tenir, dans le domaine de l'intime, qu'à un rôle de protecteur et non de gardien des valeurs morales. De plus, l'ordre public, à l'instar de la norme, ne possède pas un caractère d'invariabilité, caractère d'invariabilité se présentant dès lors comme le point central de l'analyse juridique constante de la sexualité par le Droit. Les transgressions de l'ordre public d'autrefois ont cédé la place à de nouvelles valeurs à protéger, parmi lesquelles la liberté sexuelle qui y occupe une place centrale.

1118. La liberté sexuelle, née de la reconnaissance des droits sexuels, incarne de manière exemplaire l'importance croissante accordée à l'autonomie individuelle dans le domaine de l'intime. Bien qu'elle soit consacrée et protégée, elle se révèle limitée.

1119. Par ailleurs, au-delà des limites qui puissent lui être apportées, la liberté sexuelle ne bénéficie pas du même statut qu'un droit à la sexualité. Par conséquent, la question s'est posée naturellement de savoir si le législateur devrait envisager d'établir un tel droit. En analysant les notions mêmes de liberté et de droit, un constat a surgi : instituer un droit à la sexualité impliquerait d'imposer des obligations positives de mise en œuvre, ce qui semble difficilement réalisable dans le contexte spécifique de la sexualité. Néanmoins, il est crucial de reconnaître que tous les individus ne se trouvent pas dans une position

d'égalité dans l'accès aux rapports sexuels. Une telle inégalité qui pourrait, semble-t-il, impliquer une intervention spécifique de l'État ; encore faudrait-il que celui-ci soit disposé à réexaminer les principes imposés en matière de service sexuel.

1120. Le consentement, essence même de la liberté sexuelle, est le garant des relations sexuelles puisqu'indispensable à l'exercice d'une sexualité saine et épanouie. Pourtant, si la preuve de son absence durant un acte sexuel rend cet acte pénalement répréhensible, la tradition législative imposant la preuve de moyens coercitifs – violence, menace, contrainte ou surprise – laisse entrevoir une véritable problématique juridique en la matière. Ceci semble s'expliquer par la frilosité constante du législateur à imposer explicitement l'absence de consentement dépourvue de moyens coercitifs comme seul et unique élément constitutif des infractions à caractère sexuel. Une frilosité qui ne peut perdurer et dont le législateur va devoir s'affranchir, faute de quoi il restera enchaîné à une tradition qui ne trouve plus sa place dans notre droit répressif.

1121. Néanmoins, le consentement, fondamentalement indispensable pour garantir la licéité des actes sexuels, ne peut pas tout justifier. Effectivement, accorder son consentement ne légalise pas nécessairement tout acte. Ainsi, en présence d'autres principes tels que celui de dignité, le consentement peut parfois apparaître comme un principe de second rang.

1122. La dignité, autre pilier du Droit, occupe une place particulièrement prépondérante dans les débats sur la sexualité. Dès lors que consentement et dignité se trouvent en opposition, il semble que le Droit accorde la priorité au principe de dignité, bafouant inexorablement la valeur du consentement. Cependant, bien que le consentement soit un principe subjectif spécifique à chaque individu, nous pouvons parfaitement concevoir, qu'en dehors du principe objectif de la dignité de l'espèce humaine, il puisse en aller de même pour le principe subjectif de la dignité de la personne humaine, devenue progressivement seule juge de la dignité due à son propre corps ; la dignité étant perçue comme une valeur humaine variant considérablement d'un individu à l'autre.

1123. En reconnaissant la subjectivité du principe de dignité, il est fondamental de le dissocier du domaine de la sexualité, celui-ci ne pouvant trouver à s'appliquer d'une part, puisqu'il remet considérablement en question la valeur du consentement et d'autre part,

en raison de la vision moraliste de la sexualité qu'il impose, le principe de dignité, héritier de la notion de bonnes mœurs, étant sans conteste entaché de moralité.

1124. Le Droit, au vu de la diversité sexuelle, ne limite pas la protection juridique de la dignité à la seule limite du consentement. Dans le cas spécifique des actes nécrophiles, le législateur s'est approprié ce droit pour prohiber toute atteinte à l'intégrité du cadavre. La répression de la nécrophilie insérée dans un chapitre réservé aux atteintes à la dignité de la personne humaine témoigne de la volonté du législateur de rattacher encore une fois morale et sexualité. En accordant une dignité aux restes humains, le législateur sacralise chaque étape de l'existence humaine, de la naissance jusqu'au trépas. Pourtant, bien que reconnaître un statut juridique au cadavre se justifie pleinement par la volonté de ne pas outrager une vie passée, la référence au principe de dignité est inappropriée, la dignité ne s'appliquant qu'à l'être humain doté de raison. Le législateur doit dès lors s'émanciper de toute considération morale dans l'élaboration des textes législatifs relatifs à la violation des cadavres. Face aux pratiques de crémation, de dispersion des cendres, actant de manière définitive la séparation de la personne et de son corps, la question reviendra inévitablement sur le devant de la scène : faut-il impérativement consacrer la dignité d'une personne humaine qui n'est plus ?

1125. La morale sexuelle ne se révèle pas exclusivement dans le seul principe de dignité. Bien qu'elle se soit progressivement éloignée du domaine juridique, elle n'a pas complètement disparu. La récente adoption d'une nouvelle infraction interdisant tout acte sexuel zoophile témoigne de la volonté du législateur de rendre à la moralité sexuelle, sa situation d'antan.

1126. Certes, il n'est pas sans admettre que la zoophilie puisse présenter un caractère violent pour l'animal victime de celle-ci, pour autant, la généralité rédactionnelle de l'article nouvellement adopté ne laisse aucun doute sur le désir législatif de prohiber, non pas simplement les actes sexuels violents, mais bien toute relation sexuelle inter-espèce ; ceci reflétant parfaitement le retour progressif de la légalité à la moralité imposant une situation législative qui ne peut être admise.

1127. Dignité et morale se dressent sans conteste comme les derniers remparts à une sexualité totalement libérée. A ces concepts, s'ajoute le poids de la tradition sexuelle au

travers de l'institution matrimoniale. Véritable sacrement de l'exclusivité sexuelle, le mariage impose la sexualité. Une exclusivité sexuelle qui passe par le respect du devoir de fidélité auquel les époux ne peuvent déroger. Admettre que fidélité et mariage sont intrinsèquement indissociables, c'est reconnaître que le Droit impose une sexualité matrimoniale. Certes, la faute civile engendrée par le non-respect du devoir de fidélité peut se justifier dès lors que les époux ont choisi d'embrasser les obligations générales de l'union civile, fondant leur union sur la croyance d'une exclusivité sexuelle. Pourtant, s'il est incontestablement admis que la fidélité n'est pas un devoir approuvé par tous, le législateur refuse, à ceux qui le souhaitent de pouvoir y déroger, une telle dérogation contrevenant à l'ordre public imposé en ce domaine. Au nom de la liberté sexuelle, le législateur se doit de remettre en question le recours à la préservation de l'ordre public dans un domaine aussi intime que le mariage, quitte à envisager la dérogation au devoir de fidélité par convention matrimoniale. En réalité, le « contrat de mariage » devient une sorte de fiction juridique puisqu'il ne définit pas les obligations du mariage entre époux, déjà fixés par la loi et la jurisprudence. Aussi, est-ce paradoxalement davantage de « contrat de divorce » qu'il faudra bientôt parler, puisque les contrats matrimoniaux actuels ont pour objet principal non le mariage entre époux mais ses effets à l'égard des tiers durant l'union matrimoniale et surtout les effets du mariage entre époux à sa dissolution.

1128. L'exclusivité sexuelle n'est pas la seule obligation qui s'impose aux époux au cours de leur union. Le devoir conjugal s'esquisse également comme un impératif de bonne conduite matrimoniale. De jurisprudence constante, il est admis que contrevenir au devoir conjugal expose l'époux sexuellement réticent à la sanction civile. Une sanction civile qui trouve difficilement à se concilier avec la circonstance aggravante du viol entre époux, un antagonisme juridique dont l'existence ne peut perdurer. Le législateur devant prendre toute la considération d'une telle dissemblance et ne pouvant raisonnablement exiger légalement des époux de se lier sexuellement tout en réprimant simultanément toute forme d'absence de consentement dans les relations conjugales.

1129. Le mariage en tant que cadre traditionnel des relations sexuelles se doit de persister. Cependant, à ses côtés, s'amorce le renouveau. La sexualité, en constante mutation, n'a jamais cessé de se métamorphoser. Qu'il s'agisse des nouvelles pratiques

sexuelles, des moyens d'accéder à la sexualité, des sujets/objets à l'acte, la sexualité est un fleuve dont les courants apportent leur lot de changements incessants.

1130. Nouveaux jeux sexuels et nouvelles technologies sont autant de défis juridiques inédits qui s'imposent au législateur, rendant la réglementation de la sexualité par le Droit inépuisable.

1131. La sexualité n'aura jamais de cesse d'évoluer, emportant dans son sillage le Droit, contraint à la régler.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX (MANUELS, TRAITES, DICTIONNAIRES)

- American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, Ed. American Psychiatric Association, 1^{ère} éd., Washington DC, 1952.
- American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, Ed. American Psychiatric Association, 2^e éd., Washington DC, 1968.
- **ARISTOTE**, *Politique*, Traité, IV^e siècle avant J.-C.
- **ARISTOTE**, *La politique*, Librairie Philosophique Vrin, 1995, 595 pages.
- G. **BALLET** (dir.), *Traité de pathologie mentale*, Ed. Octave Doin, 1903, 1632 pages.
- M. **BOZON**, *Sociologie de la sexualité*, Ed. Armand Colin, Coll. « Coursus », 2018, 192 pages.
- H. **CAPITANT**, *Vocabulaire juridique, rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des jurisconsultes*, Paris, Ed. PUF, 1936, 530 pages.
- J. **CARBONNIER**, *Droit civil. Tome II. La famille, l'enfant, le couple*, Ed. PUF, Coll. « Thémis droit privé », 21^e éd. refondue, 2002, 756 pages.
- A. **CULLERRE**, *Traité pratique des maladies mentales*, Paris, Ed. Baillière, 1890, 618 pages.
- C.-J. **DE FERRIERE**, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1771, Tome 1, 3^e éd., 775 pages.
- N. **DELAMARE**, *Traité de la police*, Paris, 1738, Tome IV, 866 pages.
- D. **DEROUSSIN**, *Histoire du droit privé*, Ed. Ellipses, 2^e éd., 2018, 528 pages.
- J. **DOMAT**, *Traité des loix*, Paris, Ed. J.-B. Coignard, 1^{ère} éd., 1689, 679 pages.
- *Droit, Histoire et Sexualité*, Textes réunis et présentés par J. **POUMAREDE** et J.-P. **ROYER**, Lille, Publications de l'Espace Juridique, 1987, 451 pages.
- C.-A. **DUBREUIL** (dir.), *L'ordre public*, Ed. Cujas, 2013, 342 pages.
- A. **FIorentino** et M. **HASCOËT**, *Droit des personnes, droit de la famille. Cours, exercices corrigés*, Ed. Armand Colin, Coll. « Coursus », 2012, 192 pages.
- C. **GREZGORCZYK**, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982, 314 pages.

- P. **HILT** et F. **GRANET-LAMBRECHTS**, *Droit de la famille*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. « Droit en + », 2018, 228 pages.
- P. **HILT** et C. **SIMLER**, *Droit de la famille*, Ed. Ellipses, Coll. « 100% Droit », 2018, 436 pages.
- **HIPPOCRATE**, *L'art de la médecine*, Ed. GF, 1999, 384 pages.
- H. **KELSEN**, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 1999, 376 pages.
- E. **LITRE** et CH. **ROBIN**, *Dictionnaire de médecine, de chirurgie, de pharmacie, de l'art vétérinaire et des sciences qui s'y rapportent*, Paris, Ed. J.-B. Baillière et Fils, 1873, 1840 pages.
- E. **MONNERET**, *Traité de pathologie générale*, Paris, Ed. Béchet Jeune, 1861, 500 pages.
- B. **MOORE** et D. **LLUELLES**, *Droit des obligations*, Montréal, Ed. Thémis, 2018, 2544 pages.
- **OVIDE**, *L'art d'aimer*, Ed. Babel, 2023, 288 pages.
- B. **PETIT** et S. **ROUXEL**, *Droit des personnes*, Presses universitaires de Grenoble, 2016, 138 pages.
- J.-E.-M. **PORTALIS**, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, publiés par le Vicomte PORTALIS, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844, 612 pages.
- F.X. **POUDAT** et P. **LOPES**, *Manuel de sexologie*, Ed. Elsevier – Masson, 2007, 451 pages.
- A. **TARDIEU**, *Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, Paris, Ed. J.-B. Baillière, 1859, 184 pages.
- D. **TRUCHET**, *Droit administratif*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », 4^e édition, 2011, 470 pages.
- A. F. A. **VIVIEN**, *Études administratives*, Paris, Ed. Guillaumin, 3^e éd., volume 2, 1859, 426 pages.
- R. **VON KRAFFT-EBING**, *Psychopathia Sexualis. Avec recherches spéciales sur l'inversion sexuelle*, Traduit de la 8^e édition allemande par E. LAURENT et S. CSAPO, Paris, Ed. Georges Carré, 1895, 609 pages.

OUVRAGES SPECIAUX

En langue française :

- R. **ALDRICH** (dir.), *Une histoire de l'homosexualité*, Paris, Ed. Le Seuil, 2006, 383 pages.
- A.-C. **AMBROISE-RENDU**, *Une histoire des sensibilités*, volume 3, « Enfants violés, une histoire des sensibilités. XIXe – XXe siècles », Thèse d'habilitation à diriger des recherches, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2009-2010.
- P. **ANSART** et Me A.-M. **DOURLEN-ROLLIER**, *La société, le sexe et la loi*, Paris, Ed. Casterman poche, Coll. « Vie affective et sexuelle », 1971, 168 pages.
- V. **AZOULAY**, F. **GHERCHANOC** et S. **LALANNE**, *Le banquet de Pauline SCHMITT PANTEL. Genre, mœurs et politique dans l'Antiquité grecque et romaine*, Publications de la Sorbonne, Coll. « Histoire ancienne et médiévale », 2012, 585 pages.
- M. **BARON**, *La zoophilie dans la société : Quel rôle le vétérinaire peut-il tenir dans sa répression ?* Thèse d'exercice, Médecine vétérinaire, École Nationale Vétérinaire de Toulouse, 2017, 118 pages.
- J.-P. **BAUD**, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Ed. Seuil, 1993, 243 pages.
- C. **BECCARIA**, *Des délits et des peines* (1764), Paris, Ed. Dialibon, 1821, 383 pages.
- G. **BECHTEL**, *La chair, le diable et le confesseur*, Paris, Ed. Hachette Littérature, Coll. « Pluriel », 1994, 448 pages.
- H. **BECKER**, *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, Paris, Ed. Métailié, 2020, 308 pages.
- J. **BENEDICTI**, *Somme des péchés et le remède d'iceux*, Ed. Guillaume de La Nouë, 1601, env. 1000 pages.
- J. **BENTHAM**, *Essai sur le pédérastie* (1785), Ed. Gai Kitsch Camp, 2003, 240 pages.
- J. **BERARD**, *La justice en procès. Les mouvements de contestation face au système pénal (1968-1983)*, Presses de Sciences Po, 2013, 203 pages.

- A. **BERBARD-GROUTEAU** et A. **DAGICOUR**, *Droit et enjeux du monde contemporain*, Ed. Ellipses, 2013, 192 pages.
- F. **BERNARD**, *Étude historique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1899, 406 pages.
- P. **BERNARD**, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Thèse, Droit, Université de Montpellier, 1959, LGDJ, 1962, 286 pages.
- M. **BERNARD**, *Histoire du consentement féminin : Du silence des siècles à l'âge de rupture*, Ed. Arkhê, 2021, 188 pages.
- G. **BERTOLINI** (dir.), *Le déchet, c'est les autres. Même pas vrai !*, Ed. Érès, 2006, 192 pages.
- D. **BONNET**, F. **CAHEN** et V. **ROZEE**, *Procréation et imaginaires collectifs : Fictions, mythes et représentation de la PMA*, Ed. Ined, Coll. « Questions de populations », 2021, 160 pages.
- D. **BORRILLO** et D. **LOCHAK**, *La liberté sexuelle*, Paris, Ed. PUF, 2005, 240 pages.
- D. **BORRILLO**, *Le droit des sexualités*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », 2009, 240 pages.
- D. **BORRILLO**, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, Ed. PUF, Coll. « Génération libre », 2018, 168 pages.
- J.-O. **BOUDON**, *Le sexe sous l'Empire*, Ed. La Librairie Vuibert, 1^{ère} éd., 2019, 297 pages.
- Mgr J.-B. **BOUVIER**, *Les mystères du confessionnal*, Bruxelles, Ed. E.-J. CARLIER, non daté, 158 pages.
- J.-B. **BOUVIER** et J.-B. **VITTRANT**, *Sexe catholique. Le permis et le défendu*, Ed. JesusMarie, 2014, 257 pages.
- J.-P. **BRANLARD**, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 pages.
- P. **BRENOT**, *L'éducation à la sexualité*, Ed. PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2007, 128 pages.
- F. **CABALLERO**, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, 747 pages.
- G. **CANGUILHEM**, *Le Normal et le pathologique (1943)*, Paris, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2013, 12^e édition, 300 pages.

- L. **CARON-VERSCHAVE** et Y. **FERROUL**, *Mariage d'amour n'a que 100 ans. Une histoire du couple*, Ed. Odile Jacob, 2015, 122 pages.
- C. **CAUSSE**, *La sexualité féminine dans tous ses ébats*, Ed. Fayard, 2021, 388 pages.
- F.-A. **CHATEAUBRIAND**, *Génie du christianisme ou Beautés de la religion chrétienne*, Paris, Ed. Migneret, Tome I, 1802, 396 pages.
- **CICERON**, *Catilinaires*, traduit en français avec le texte latin en regard et des notes par J. THIBAUT, Paris, Hachette, 1849, 130 pages.
- **CICERON**, *De officiis*, Œuvres complètes de Cicéron avec la traduction en français publiée sous la direction de M. NISARD, Tome IV, Paris, Ed. J. J. DUBOCHET, LE CHEVALIER et COMP., Livre I, 1868, 663 pages.
- Collectif, *La petite enfance dans l'Europe médiévale et moderne*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, Coll. « Flaran », 1997, 235 pages.
- Collectif, *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Ed. Litec, 2001, 1023 pages.
- Collectif, *Le Procès de Bobigny. Choisir la cause des femmes*, Ed. Gallimard, Coll. « Hors-série Connaissance », 2006, 288 pages.
- Collectif, *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, 816 pages.
- Collectif Raison Garder, *Mineurs et sexualité : des droits en débat*, Ed. Dalloz, Coll. « Les sens du droit », 2020, 192 pages.
- A. **CORBIN**, *L'Harmonie des plaisirs. Les manières de jouir du siècle des Lumières à l'avènement de la sexologie*, sous la direction de Corbin Alain, Éd. Perrin, 2014, 542 pages.
- A. **CORBIN**, *Les filles de noce*, Paris, Ed. Flammarion, Coll. « Champs – Champs Histoire », février 2015, 640 pages.
- F. **COUCHARD**, *L'excision*, Ed. PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2003, 128 pages.
- R. **COUTANCEAU** et al., *Victimes et auteurs de violence sexuelle*, Ed. Dunod, Coll. « Psychothérapies », 2016, 384 pages.
- CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Ed. PUF, 1994, 445 pages.
- S. **DE BEAUVOIR**, *Le deuxième sexe, Tome I : Les faits et les mythes*, Ed. Gallimard, Coll. « Folio essais », n° 37, 1986, 416 pages.

- J. **DE DAMHOUDERE**, *La pratique et enchiridion des causes criminelles, illustrée par plusieurs élégantes figures...*, Louvain, Etienne Wauters et Jehan Bathen, 1555, 386 pages.
- M. **DE GOURNAY**, *Égalité des hommes et des femmes*, Ed. Gallimard, Coll. « Folio », 2018, 112 pages.
- A. **DE LIGUORI**, *Le confesseur des gens de campagne ou abrégé de la théologie morale*, Ed. Séguin Aîné Avignon, 1830, 428 pages.
- A. **DE LIGUORI**, *Théologie morale*, Livre III.
- M. **DE SCUDERY**, *Les Femmes Illustres, ou les Harangues héroïques*, Paris, Ed. Courbé, 1642, 442 pages.
- M. **DANSEL**, *Le Sergent Bertrand : portrait d'un nécrophile heureux*, Ed. Albin Michel, 1991, 247 pages.
- R. **DARESTE**, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, Tome II, Paris, Ed. E. Plon, 1875, 364 pages.
- A. **DEBAY**, *Hygiène et physiologie du mariage. Histoire naturelle et médicale de l'homme et de la femme mariés*, Paris, Ed. E. Dentu, 1862, 472 pages.
- N. **DEFFAINS** et B. **PY**, *Le sexe et la norme*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, Coll. « Santé, qualité de vie et handicap », 2011, 416 pages.
- J.-N. **DEMEUNIER**, *L'esprit des usages et des coutumes des différents peuples*, Londres, Tome II, 1776, 394 pages.
- J. **DOMAT**, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, édition de 1768, Paris, Supplément des lois civiles, Livre III^e du droit public, titre X, XIV.
- J.F. **DORTIER**, *Les sciences humaines, panorama des connaissances*, Ed. Sciences Humaines, Paris, 1998, 487 pages.
- G. **DROZ**, *Monsieur, madame et bébé*, Paris, Ed. Victor Havard, 1878, 436 pages.
- D. **DUBASQUE**, *Comprendre et maîtriser les excès de la société numérique*, Presses de l'EHESP, Coll. « Politiques et interventions sociales », 2019, 214 pages.
- G. **DUBOIS-DESAULLE**, *Étude sur la bestialité du point de vue historique, médical et juridique*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1905, 472 pages.

- C.-A. **DUBREUIL** (dir.), *Sexe et droit : actes du colloque*, 21 mai 2013, Clermont-Ferrand, Centre Michel de l'Hospital, 2014, 267 pages.
- A. **DUVILLET**, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècles)*, Thèse, Droit, Université de Bourgogne, 2011, 532 pages.
- F. **DUYCKAERTS**, *La Notion de normal en psychologie clinique. Introduction à une critique des fondements théoriques de la psychothérapie*, Paris, Ed. Librairie philosophique J. VRIN, Coll. « Problèmes et controverses », 1954, 204 pages.
- H. **ELLIS**, *Études de psychologie sexuelle, La pudeur. La périodicité sexuelle. L'auto-érotisme*, Tome I d'Études de psychologie sexuelle, Ed. Mercure de France, 1908, 418 pages.
- A. **EPAULARD**, *Vampirisme, nécrophilie, nécrosadisme, nécrophagie*, Thèse, Médecine, Faculté de Médecine et de Pharmacie de Lyon, Ed. Storck & Cie, 1901, 110 pages.
- P. **ESCANDE-GAUQUIE** et B. **NAIVIN**, *Comprendre la culture numérique*, Ed. Dunod, 2019, 224 pages.
- H. **FISCHER**, *De l'éducation : hygiène de l'enfance*, Paris, Ed. Charles, 1903, 343 pages.
- F. **FLEURET** et L. **PERCEAU**, *Les procès de sodomie aux XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles : Publiés d'après les documents judiciaires conservés à la Bibliothèque nationale*, Paris, Bibliothèque des curieux, 1920, 191 pages.
- A. **FORLEN**, *La dimension historique de la notion d'ordre public*, Thèse, Droit, Université de Strasbourg, juillet 2016, 632 pages.
- M. **FORMARIER**, *Les concepts en sciences infirmières*, Ed. Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2^e éd., 2012, 328 pages.
- M. **FOUCAULT**, *Les anormaux*, Paris, Le Seuil, 1974/1999, 356 pages.
- M. **FOUCAULT**, *Histoire de la sexualité, I, La Volonté de savoir*, Paris, Ed. Gallimard, 1976, 231 pages.
- M. **FOUCAULT**, *Herculine Barbin, dite Alexine B – Mes souvenirs*, Ed. Gallimard, Coll. « Vies parallèles », 1978, 160 pages.
- M. **FOUCAULT**, *Histoire de la sexualité. L'usage des plaisirs*, Ed. Gallimard, Coll. « Tel », 1997, 350 pages.

- G. **FRAISSE**, *Du consentement*, Paris, Seuil, 2017, 160 pages.
- S. **FREUD**, *Trois essais sur la théorie sexuelle*, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2018, 156 pages.
- P. **GALLAND**, *L'Église et l'hygiène au Moyen-Âge*, Thèse, 1933, n° 325, Paris, Librairie M. Lac, 220 pages.
- N. **GARCIA GUADILLA**, *Libération des femme*, Ed. PUF, Coll. « Le sociologue », 1981, 152 pages.
- C. **GAUVARD**, *Violence et ordre public au Moyen-Âge*, Ed. Picard, 2005, 288 pages.
- A. **GIAMI** et B. **PY**, *Droits de l'Homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Éditions des archives contemporaines, 2019, 281 pages.
- A. **GIARD**, *Un désir d'humain. Les « love doll » au Japon*, Paris, Ed. Belles lettres, Coll. « Japon », 2016, 376 pages.
- V. **GIROD**, *Les femmes et le sexe dans la Rome antique*, Ed. Tallandier, 2020, 384 pages.
- J. **HABERMAS**, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1992, trad. R. ROCHLITZ et C. BOUCHINDHOMME, Ed. Gallimard, Coll. « NRF », 554 pages.
- G. **HALIMI**, *Viol. Le procès d'Aix-en-Provence*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2012, 418 pages.
- L. **HAMON**, *Police et criminalité, impressions d'un vieux policier*, Ed. E. Flammarion, 1900, 455 pages.
- A. **HARRAULT** et C. **SAVINAUD** (dir.), *Les violences sexuelles d'adolescents. Fait de société ou histoire de famille ?*, Toulouse, Érès, 2015, 272 pages.
- J. **HAUSER** et J.-L. **RENCHON**, *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droits belge et français*, Bruxelles, Ed. Larcier, Coll. « Les cahiers du CeFAP », 2012, 709 pages.
- N. **HENRY**, *Marthe Richard – L'aventurière des maisons closes*, Ed. Punctum, Coll. « Pour d'autres raisons », mars 2006, 232 pages.
- T. **HOBBS**, *Léviathan*, traduit par F. TRICAUD, Paris, Ed. Sirey, 1994, 780 pages.
- P. **HUERRE** et D. **LAURU**, *Les professionnels face à la sexualité des adolescents. Les institutions à l'épreuve*, Ed. Erès, Coll. « Enfances & Psy », 2001, 232 pages.

- T. **ITGENSHORST** et P. **LE DOZE**, *La norme sous la République et le Haut-Empire romains, Élaboration, diffusion et contournements*, Ed. Ausonius, Bordeaux, 2017, 681 pages.
- J. **JACKSON**, *Arcadie. La vie homosexuelle en France, de l'après-guerre à la dépénalisation*, Ed. Autrement, Coll. « Mutations/sexe en tout genre », 2009, 363 pages.
- R. **JACCARD**, *L'Exil intérieur. Schizoïde et civilisation*, Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2010, 132 pages.
- J.-B. **JACOB**, *La valeur en droit. Étude de jurisprudence constitutionnelle sur les nouvelles représentations de la norme*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2021, 605 pages.
- D. **JACQUART** et C. **THOMASSET**, *Sexualité et savoir médical au Moyen-Âge*, Paris, Ed. PUF, 1985, 271 pages.
- S. **JOYE**, *La femme ravie. Le mariage par rapt dans les sociétés occidentales du Haut Moyen-Âge*, Turnhout, Ed. Brepols, 2012, 528 pages.
- J. **JUSTIN**, *La liberté individuelle et la police des mœurs*, Thèse de doctorat, Droit, Dijon, 1894, 286 pages.
- E. **KANT**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Ed. Le Livre de Poche, 1993, 256 pages.
- J. **LACAN**, *Le séminaire, Livre V, Les formations de l'inconscient (1957-1958)*, Paris, Seuil, 1998, 528 pages.
- A. **LACASSAGNE**, *Les Actes de l'état civil*, Paris, Ed. A. Storck, 1887, 223 pages.
- E. **LANDAIS**, *Les études de la pornographie en France: naissance, circulation et mutation du fait pornographique dans les sciences de l'homme et de la société*, Thèse, Sciences de l'information et de la communication, Université de Lorraine, 2018, 410 pages.
- P. **LANGIS** et B. **GERMAIN**, *La sexualité humaine*, ERPI, 2009, 596 pages.
- T. **LAQUEUR**, *Le sexe en solitaire. Contribution à l'histoire culturelle de la sexualité*, traduit de l'anglais par P.-E. DAUZAT, Ed. Gallimard, Coll. « NRF essais », Paris, 2005, 512 pages.
- G. **LE BRAS**, *La police religieuse dans l'ancienne France*, Paris, Ed. Fayard, 2010, 320 pages.

- R. **LE PICARD**, *La communauté de vie conjugale. Obligation des époux : étude canonique*, Thèse, Paris, Ed. Recueil Sirey, 1930, 467 pages.
- T. **LEGUAY**, *La fabuleuse histoire de la fellation*, Ed. La Musardine, Coll. « Lectures amoureuses », 2014, 256 pages.
- J. **LEONHARD**, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse, Droit, Nancy, 2011, 663 pages.
- D. **LETT**, *Une histoire des sexualités*, sous la direction de S. STEINBERG avec la collaboration de C. BARD, S. BOEHRINGER, G. HOUBRE et *al.*, Paris, Ed. PUF, 2018, 517 pages.
- J. **LOCKE**, *Essai sur le pouvoir civil*, Deuxième série : Les grandes doctrines politiques – Bibliothèque de la science politique, traduit par J.-L. FYOT, Ed. PUF, 1953, 223 pages.
- R. **LOUVEL**, *Traité de chasteté. Questionnaire à l'usage des confesseurs pour interroger les jeunes filles qui ne savent pas ou n'osent pas faire l'aveu de leurs péchés d'impureté*, Paris, non daté (vers 1850), réédité par J. MARTINEAU, 1968.
- N. **MACCORMICK** et O. **WEINBERGER**, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Coll. « La pensée juridique moderne », 1992, 237 pages.
- R. P. **MAINES**, *Technologies de l'orgasme. Le vibromasseur, l'hystérie et la satisfaction sexuelle des femmes*, Ed. Payot, 2009, 268 pages.
- **Maitresse Nikita** et T. **SCHAFFAUSER**, *Fières d'être putes*, L'altiplano, Coll. « Agit'prop », 2007, 128 pages.
- P. **MALAURIE**, *L'ordre public et le contrat. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Ed. Martot-Braine, 1953, 278 pages.
- B. **MALLEVAEY** et A. **FRETIN** (dir.), *L'enfant et le sexe*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2021, 324 pages.
- C. **MARMONNIER**, *Gode's story : Histoire du sex-toy*, Ed. Seven Sept, 2008, 144 pages.
- A. **MARTIN**, *Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des inscriptions et belles-lettres de l'Institut de France. Première série, Sujets divers d'érudition, Tome 12, 2^e partie*, 1913.

- K. **MARX**, *Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel* (1843), Ed. Sociales, 2018, 250 pages.
- L. **MASSIGNON**, *L'expérience mystique et les modes de stylisation littéraire*, Paris, Ed. Plon, 1927, 36 pages.
- L. **MATHE**, *L'enseignement de l'hygiène sexuelle à l'école*, Tome I, Paris, Ed. Vigot, 1912, 140 pages.
- L. **MATHIEU**, *Sociologie de la prostitution*, Ed. La Découverte, 2015, 128 pages.
- J. **MCNEILL**, M. **DEMAISON**, E. **FUCHS**, *L'Église et l'homosexuel : un plaidoyer*, Ed. Labor et Fides, 1982, 228 pages.
- S. **MELCHIOR-BONNET** et C. **SALLES**, *Histoire du mariage*, Ed. Bouquins, 2009, 1248 pages.
- J. S. **MILL**, *De la liberté*, Ed. Folio Essais, 1990, 242 pages.
- **MIRABEAU**, *Erotika Biblion*, édition revue et corrigée sur l'édition originale de 1783 et sur l'édition de l'an IX, avec les notes de l'édition de 1833, attribuées au chevalier Pierrugues, Bruxelles, 1867, 250 pages.
- E. **MORIN-ROTUREAU** et al., *Combats de femmes 1789-1799. La Révolution exclut les citoyennes*, Ed. Autrement, 2003, 248 pages.
- P. **MORTAS**, *Une rose épineuse : La défloration au XIXe siècle en France*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2017, 468 pages.
- P.-F **MUYART DE VOUGLANS**, *Les loix criminelles du Royaume dans leur ordre naturel*, Paris, Ed. Mérimot le jeune, 1780, 945 pages.
- A. **PARE**, *De la génération*, Paris, Ed. André Wechel, 1573, 645 pages.
- A. **PARE**, *Des monstres et prodiges in Les Œuvres*, Paris, Ed. G. Buon, 1595, 1016 pages.
- Dr A. **PARENT-DUCHATELET**, *De la prostitution dans la ville de Paris, considérée sous le rapport de l'hygiène publique, de la morale et de l'administration : ouvrage appuyé de documents statistiques puisés dans les archives de la Préfecture de police*, Tomes I & II, Paris, Ed. J.-B. Baillière, 1836, 580 pages.
- G. **PARTENZA** et L. **RICHARDOT**, *Putes d'appellation contrôlée*, Max Milo Éditions, 2004, 176 pages.
- B. **PASCAL**, *Pensées*, Ed. J'ai lu, 2022, 84 pages.

- E. **PIERRAT**, *Le sexe et la loi*, Paris, Ed. La Musardine, Coll. « L'attrape-corps », 2019, 282 pages.
- J. **PINI**, L. **LEVENEUR** et al., *Le sexe, la sexualité et le droit : actes du XVII^e colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Paris, Ed. P. Téqui, 2002, 255 pages.
- C. **PLUMAUZILLE**, *Prostitution et Révolution. Les femmes publiques dans la cité républicaine (1789-1804)*, Paris, Ed. Champ Vallon, Coll. « La chose publique », 2016, 397 pages.
- H. **POPU**, *La dépouille mortelle, chose sacrée : à la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, Thèse, Droit, Ed. L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », novembre 2009, 470 pages.
- M. **PREARO**, *Le moment politique de l'homosexualité*, Presses Universitaires de Lyon, Coll. « Sexualités », 2014, 336 pages.
- S. **PRIEUR**, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse, Droit, Dijon, Ed. Bordeaux : Les Études hospitalières, 1999, 453 pages.
- G. **PUCCHINI-DELBÉY**, *La vie sexuelle à Rome*, Ed. Points, 2010, 384 pages.
- B. **PY**, *Le sexe et le droit*, Paris, Ed. PUF, Coll. « Que sais-je », 1999, 127 pages.
- M.-L. **RASSAT**, *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, 854 pages.
- M.-J. **REDOR** (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2001, 436 pages.
- R. **REVENIN**, *Homosexualité et prostitution masculine à Paris : 1870-1918*, Paris, Ed. L'Harmattan, 2005, 225 pages.
- R. **RICARD**, *PLUTARQUE. Les vies des hommes illustres*, Tome I, Paris, Ed. Didier, 1844, 608 pages.
- M. **RIOT-SARCEY**, *Histoire du féminisme*, Paris, Ed. La Découverte, Coll. « Repères », 2008, 120 pages.
- P.-A. **ROSENTAL**, *Destins de l'eugénisme*, Paris, Seuil, 2016, 553 pages.
- F.-X. **ROUX-DEMARE**, *Sexe et Vulnérabilité*, LGDJ, 2017, 194 pages.
- **SADE**, *Les cent vingt journées de Sodome*, Ed. 10/18, 1998, 450 pages.
- **SADE**, *Histoire de Juliette ou les prospérités du vice*, Tome I, Ed. La Musardine, 2020, 636 pages.

- **SAINT AUGUSTIN**, *De bono conjugali*, Ed. Blanche de Peuterey, Coll. « Pères de l'Église », 2015, 57 pages.
- **SAINT THOMAS D'AQUIN**, *Somme théologique*, 1271-1272, 1170 pages.
- B.N. **SCHUMACHER**, *L'éthique de la dépendance face au corps vulnérable*, Erès, Coll. « Espace éthique – Poche », 2019, 320 pages.
- M. **SEVEGRAND**, *Les enfants du bon Dieu. Les catholiques français et la procréation au XXe siècle*, Paris, Ed. Albin Michel, 1995, 475 pages.
- R. **STOLLER**, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Ed. Gallimard, Coll. « Connaissance de l'inconscient », 1979, 408 pages.
- T. **TARCZYLO**, *Sexe et liberté au siècle des Lumières*, Ed. Presses de la Renaissance, Coll. « Histoire des Hommes », 1983, 312 pages.
- B. **TARNOWSKY**, *L'instinct sexuel et ses manifestations, au double point de vue de la jurisprudence et de la psychiatrie*, Paris, Ed. Charles Carrington, 1904 (1885), 304 pages.
- S. **TISSOT**, *L'onanisme, ou dissertation physique sur les maladies produites par la masturbation*, Paris, Ed. Pigoreau Libraire, 3^e édition, 1817, 264 pages.
- M. **TOUZEIL-DIVINA** et M. **SWEENEY**, *Droit(s) au(x) sexe(s)*, Ed. L'Épilogue, Coll. « L'Unité du Droit », volume 19, 2017, 284 pages.
- K. **TUIL**, *Les choses humaines*, Ed. Gallimard, Coll. « Blanche », 2019, 352 pages.
- M. **VILLEY**, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Ed. PUF, Coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2013, 640 pages.
- **VOLTAIRE**, *Dictionnaire philosophique*, Londres, 1764, 344 pages.
- **VOLTAIRE**, *La philosophie de l'histoire*, Amsterdam, 1765, 267 pages.
- **VOLTAIRE**, *Œuvres complètes, Tome V*, Ed. A. Houssiaux, 1853, 818 pages.
- N. A. **VRISIMTZIS**, *Amour, sexe et mariage en Grèce antique*, Ed. N. A. VRISIMTZIS, 2013, 97 pages.
- A. **WALCH**, *Histoire de l'adultère : XVIe-XIXe siècles*, Ed. PERRIN, 2009, 404 pages.
- L. **ZIMMER**, *Un septennat policier. Dessous et secrets de la police républicaine*, Paris, Ed. Fayard, 1967, 240 pages.

En langue étrangère

- W. **ACTON**, *The functions and disorders of the reproductive organs in childhood, youth, adult age, and advanced life considered in their physiological, social and moral response*, Philadelphia, Lindsay and Blakiston, 1865, 348 pages.
- P. **ALAC**, *Bikini story*, Ed. Parkstone International, 2015, 444 pages.
- A. M. **BEETZ** et A. L. **PODBERSCEK**, *Bestiality and zoophilia: Sexual relations with animals*, West Lafayette, Purdue University Press, 2005, 136 pages.
- E. **CANTARELLA**, *Bisexuality in the ancient world*, Yale University Press, 1992, 360 pages.
- J. **COLAPINTO**, *As nature made him : The boy who was raised as a girl*, New-York, Harper-Collins, 2006, 336 pages.
- S. **COLEMAN**, *The Ethics of Artificial Uteruses. Implications for Reproduction and Abortion*, Aldershot, England, Ed. Ashgate, 2004, 188 pages.
- K. J. **DOVER**, *Greek homosexuality*, Bloomsbury Academy, 2016, 336 pages.
- A. **FERGUSON**, *The sex doll: A history*, Ed. McFarland Incorporated, 2010, 236 pages.
- R. **GUYON**, *Sexual Freedom*, Ed. Parlux, 2005, 364 pages.
- H. **KAAN**, *Psychopathia Sexualis (1844)*, Ed. Cornell University Press, 2016, 206 pages.
- J. **MONEY**, *Man and Woman, Boy and Girl, Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1972, 311 pages.
- A. **OAKLEY**, *Sex, gender and society*, Farnham, Ashgate, 2015, 172 pages.
- *Onania, or the Heinous Sin of Self-pollution and All its Frightful Consequences, in Both Sexes Considered*, Ed. Cooke, London, 1756, 354 pages.
- S. E. **PHANG**, *Roman Military Service: ideologies of discipline in the late republic and early principate*, Cambridge University Press, 1^{ère} éd., 2008, 334 pages.
- H. **RIESE** et J.H. **LEUNBACH**, *Sexual Reform Congress, Copenhagen 1-5, VII, 1928, World League for Sexual Reform, Proceedings of the Second Congress*, Copenhagen, Levin & Munksgaard, 1929, 307 pages.
- R. **STOLLER**, *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, Londres, Karnac Books, 1994, 400 pages.

ARTICLES DE REVUE

En langue française

- « Le viol par « surprise » ou les jeux de l’amour et du hasard », *Les Cahiers de la Justice*, volume 4, n° 4, 2021, pages 549 à 550.
- D. **AFTASSI**, « Les hésitations jurisprudentielles en matière de protection des personnes intersexuées », *Droit, Santé et Société*, volume 4, n° 4, 2016, pages 11 à 14.
- S. **AGACINSKI**, « Prostitution : l’abolition face à la légalisation », *Le Débat*, volume 174, n° 2, 2013, pages 114 à 129.
- H. **ANHUM**, « La *captiva adultera*. Problèmes concernant l’*accusatio adulterii* en droit romain », *RIDA*, 32, 1985, pages 153 à 205.
- A. **BEILIN**, « #lundi14septembre vs « tenue correcte exigée » », *L’En-droit – DGEMC*, 18 septembre 2020, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article445>
- A. **BEILIN**, « Infractions sexuelles et âge du consentement, quelle (r)évolution ? », *L’En-droit – DGEMC*, 16 mars 2021, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article681>
- A. **BEILIN**, « Création d’un délit qui proscriit les « thérapies de conversion », *L’En-droit – DGEMC*, 6 octobre 2021, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article915>
- A. **BEILIN**, « Procès Jack S. ou le procès du viol par surprise », *L’En-droit – DGEMC*, 5 novembre 2021, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article979>
- A. **BEILIN**, « Le cas Y. Agnel ou la question de l’application de la nouvelle loi pénale », *L’En-droit – DGEMC*, 25 janvier 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article1444>
- A. **BEILIN**, « L’affaire de Bobigny », *L’En-droit – DGEMC*, 6 mars 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2232>
- A. **BEILIN**, « La notion de « devoir conjugal » ne contredit pas celle de « liberté sexuelle » ? », *L’En-droit – DGEMC*, 1^{er} avril 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2057>

- J. **BERARD** et N. **SALLEE**, « Les âges du consentement. Militantisme gai et sexualité des mineurs en France et au Québec (1970-1980) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 42, 1er décembre 2015, pages 99 à 124.
- M. **BERGSTRÖM**, « Ce que le numérique fait à l'économie du sexe », *Revue Française de Socio-Économie*, volume 25, n° 2, 2020, pages 155 à 160.
- J.-M. **BERLIERE**, « Police et libertés sous la IIIe République : le problème de la police des mœurs », *Revue historique*, avril-juin 1990, volume 283, n° 2, pages 235 à 275.
- J. **BERNHARD**, « A propos de l'indissolubilité du mariage chrétien », *Revue des Sciences Religieuses*, Tome 44, fascicule 1-2, 1970.
- J. **BERREWAERTS** et *al.*, « Handicap, sexualité et citoyenneté », *La Revue Nouvelle*, volume 3, n° 3, 2016, pages 48 à 55.
- J.-C. **BILLIER**, « Les valeurs morales : la neutralité libérale par-delà le relativisme. Approche par la philosophie morale », *Informations sociales*, volume 136, n° 8, 2006, pages 16 à 24.
- F. **BIOTTI-MACHE**, « La condamnation à mort de l'homosexualité. De quelques rappels historiques », *Études sur la mort*, volume 147, n° 1, 2015, pages 67 à 93.
- D. **BORRILLO**, « Droit et homosexualités : une réconciliation fragile », *Droit et cultures*, 56, 2008, pages 35 à 47.
- D. **BORRILLO**, « *Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi* », *Jurisprudence Revue critique*, Université de Savoie, 2011, pages 263 à 285.
- M. **BOZON**, « Les significations sociales des actes sexuels » *in Actes de la recherche en sciences sociales*, volume 128, juin 1999, numéro thématique sur la sexualité, pages 3 à 23.
- M. **BOZON**, « Les cadres sociaux de la sexualité », *Sociétés contemporaines*, volume n°s 41-42, n°s 1-2, pages 5 à 9.
- A. **BROSSAT**, « Sur la variabilité des normes », *Appareil* (en ligne), Articles, mis en ligne le 26 septembre 2008.
- Y. **BRULEY**, « Mariage et famille sous napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, volume 14, n° 2, 2012, pages 111 à 126.

- J.-M. **BRUGUIERE**, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 1, pages 10 à 18.
- C. **BUGNON**, « La construction d'un ordre public sexuel », *Sciences humaines combinées*, n° 4, Actes du colloque doctoral, septembre 2009.
- C. **BURGELIN**, « Herculine B. », *Libres cahiers pour la psychanalyse*, volume 20, n° 2, 2009, pages 123 à 129.
- Dr **CABAES**, « La prostitution de 1256 (Ordonnance de Louis IX) à 1560 (États généraux) », *La Chronique Médicale*, n° 5, mai 1918, 160 pages.
- V. **CALAIS**, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, volume 4, n° 4, 2007, pages 133 à 140.
- P. **CANARELLI** et C. **DESCHAMPS**, « La fabrique de la passe », *Sociétés*, volume 99, n° 1, 2008, pages 47 à 60.
- **M.-X. CATTO**, « Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9, 2019, pages 107 à 129.
- **A. CERF-HOLLENDER**, « Le couple face au droit et à la procédure pénale : contribution à la mise en lumière d'un droit pénal du couple », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 11, 2013, pages 45 à 54.
- F. **CHAPIREAU**, « Le DSM et comment s'en libérer », *Topique*, volume 123, n° 2, 2013, pages 71 à 84.
- S. **CHAPERON**, « L'histoire contemporaine des sexualités en France », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, volume 75, n° 3, 2002, pages 47 à 59.
- J. **CHARRUAU**, « Premières impressions sur la proposition de loi visant à interdire les « thérapies de conversion sexuelle » », *Recueil Dalloz*, 2020, n° 29, page 1672.
- J.-C. **COFFIN**, « Le genre, une notion prise au sérieux dans les années 60. Autour du psychiatre et psychanalyste Robert Stoller », *Sociétés et Représentations*, volume 43, n° 1, 2017, pages 43 à 63.
- R. **COURTOIS**, « Conceptions et définitions de la sexualité : les différentes approches », *Annales Médico-Psychologiques, Revue Psychiatrique*, Ed. Elsevier Masson, 1998, 156 (9), pages 613 à 620.

- J.-B. **D'ONORIO**, « La légitimité : de quel droit ? », *Les Cahiers Portalis*, volume 7, n° 1, 2020, pages 93 à 126.
- R. **DE LA GRASSERIE**, « De la sexualité chez les divinités », *Revue de l'histoire des religions*, volume 48, 1903, pages 48 à 67.
- E. **DE LA ROCHEBROCHARD**, « 200.000 enfants conçus par fécondation *in vitro* en France depuis 30 ans », *Population et Sociétés*, volume 451, n° 11, 2008, pages 1 à 4.
- M. **DE MAXIMY**, « Les droits et la protection des mineurs », *Enfances & Psy*, volume 17, n° 1, 2002, pages 70 à 80.
- J. **DAKHLIA** et G. **POELS**, « Le minitel rose : du flirt électronique ... et plus, si affinités. Entretien avec Josiane Jouët », *Le Temps des médias*, volume 19, n° 2, 2012, pages 221 à 228.
- A. **DARSONVILLE**, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, volume 34, n° 1, 2012, pages 31 à 43.
- A. **DARSONVILLE**, « Loi du 31 janvier 2022 : mettre fin aux thérapies de conversion », *Dalloz Actualité*, 11 février 2022.
- G. **DAVID**, « La fécondation : la nature et l'artifice », *Génitif*, 2(1-2), 1980, pages 5 à 13.
- J. **DECHEPY-TELLIER**, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? (Regard sur la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, volume 4, n° 4, 2017, pages 677 à 698.
- P.-J. **DELAGE**, « Respect des morts, dignité des vivants », *Recueil Dalloz*, 2010, page 2044.
- G. **DELAVAQUERIE**, « Vers une disparition du sexe juridique. Regard sur le sexe comme élément de l'état des personnes », *Actu-Juridique.fr*, 7 mars 2018, (En ligne), <https://www.actu-juridique.fr/civil/vers-une-disparition-du-sexe-juridique-regard-sur-le-sexe-comme-element-de-letat-des-personnes/>
- B. **DELEPORTE**, « Sites pornographiques le renforcement de la protection des mineurs », *La Grande Bibliothèque du Droit*, octobre 2021, (En ligne),

[https://www.lagbd.org/Sites pornographiques : le renforcement de la protection des mineurs](https://www.lagbd.org/Sites_pornographiques%3A_le_renforcement_de_la_protection_des_mineurs)

- V. **DENIS**, « Police et ordre public dans les rues du Paris révolutionnaire : les sections des Arcis et du Louvre en 1791 », *Crime, Histoire & Sociétés* [En ligne], Volume 20, n° 1, 2016.
- P. **DESCAMPS**, « L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse », *Raisons politiques*, volume 28, n° 4, 2007, pages 111 à 125.
- G. **DRAGO**, « L'ordre public et la Constitution », *Archives de philosophie du droit*, volume 58, n° 1, 2015, pages 99 à 214.
- L. **DUGUIT**, « Étude historique sur le rapt de séduction », *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, volume 10, 1886, pages 587 à 625.
- F. **DUPONT**, « La matrone, la louve et le soldat : pourquoi des prostitué(e)s « ingénues » à Rome », *Clio*, n° 17, 2003, pages 21 à 44.
- A. **DUPRAS**, « Handicap et sexualité : quelles solutions à la misère sexuelle ? », *Alter*, volume 6, n° 1, janvier-mars 2012, pages 13 à 23.
- A. **DUPRAS**, « La sexualité des hommes en situation de handicap en quête d'identité et de reconnaissance », *VST – Vie sociale et traitements*, volume 123, n° 3, 2014, pages 44 à 50.
- B. **EDELMAN**, « La dignité humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz*, 1997, pages 185 à 188.
- M. **FABRE-MAGNAN** et *al.*, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, volume 48, n° 2, 2008, pages 3 à 58.
- F. **FERIK-ROMDHANE** et R. **RIDHA**, « Les troubles paraphiliques dans le DSM-5 : analyse critique et considérations médico-légales », *Annales médico-psychologiques*, 176 : 34-41, 2018.
- J.-L. **FLANDRIN**, « La vie sexuelle des gens mariés dans l'ancienne société », *Communications*, volume 35, 1982, pages 102 à 115.
- A. **FOLLAIN**, « *Kuhgyher* et baiseurs de vaches. La bestialité dans les campagnes et l'exemple du procès fait à Claude Colley en 1575 dans les Vosges », *Histoire & Sociétés Rurales*, volume 49, n° 1, 2018, pages 159 à 198.

- E. **FONDIMARE**, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014.
- J. **GAUTHIER** et R. **SCHLAGDENHAUFFEN**, « Les sexualités « contre-nature » face à la justice pénale. Une analyse des condamnations pour « homosexualité » en France (1945-1982) », *Déviance et Société*, volume 43, n° 3, 2019, pages 421 à 459.
- A. **GIAMI**, « Santé sexuelle : la médicalisation de la sexualité et du bien-être », *Le Journal des psychologues*, volume 250, n° 7, 2007, pages 56 à 60.
- A. **GIAMI**, « De l'émancipation à l'institutionnalisation : santé sexuelle et droits sexuels », *Genre, sexualité & société* [En ligne], n° 15, printemps 2016.
- D. **GILLES** et S. **LABAYLE**, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *RDUS*, volume 42, 2012, pages 309 à 361.
- J.-L. **GILLET**, « Procréation médicale assistée et gestation pour autrui (approche juridique). Le parti et le challenge du droit », *Les Cahiers de la justice*, volume 2, n° 2, 2016, pages 209 à 215.
- L. **GONZALEZ-QUIJANO** et A. **ROBY**, « Pour une approche spatiale de la prostitution », *Histoire urbaine*, Volume 49, n° 2, 2017, pages 5 à 15.
- P. **GREINER**, « Point de vue d'un canoniste sur le mariage en droit français », *L'Année canonique*, volume 53, n° 1, 2011, pages 191 à 207.
- E. **GRIMAUD**, « Les robots oscillent entre vivant et inerte », *Multitudes*, volume 58, n° 1, 2015, pages 45 à 58.
- C. **HARDOUIN-LE GOFF**, « Grandeur et décadence du consentement en droit pénal », *Les Cahiers de la Justice*, volume 4, n° 4, 2021, pages 573 à 582.
- J. **HAUSER**, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. Fam.*, septembre 2012, n° 9, dossier 4.
- M. **HAZA**, « Sexualité et numérique : illusion de toute-puissance », *Psychologie Clinique*, volume 49, n° 1, 2020, pages 29 à 39.
- M. **HAZA**, « Psychosexualité du porno et #porn sur les réseaux sociaux », *Adolescence*, volume 402, n° 2, 2022, pages 281 à 293.
- J. **HETTE**, « Fétichisme et pédophilie », *Le Journal des psychologues*, volume 321, n° 8, 2014, pages 34 à 38.

- G. **HOUBRE**, « Un corps sans sexe ? Un procès en nullité de mariage et un verdict confondants dans la France du XIXe siècle », *Corps & Psychisme*, 2016, volume 69, n° 1, pages 138 à 140.
- M. **IACUB**, « Protection légale des animaux ou paternalisme ? », *Raisons politiques*, volume 44, n° 4, 2011, pages 79 à 95.
- J.-B. **JACOB**, « De la normativité de la valeur en droit », *Les Cahiers de la Justice*, volume 1, n° 1, 2022, pages 45 à 63.
- N. **JALET**, « A propos de la *lex Scantinia*. Réflexions sur la répression des relations homosexuelles entre citoyens romains durant la République et sous l'Empire », *Revue belge de philologie et d'histoire*, Tome 94, fascicule 1, 2016, Antiquité – Ouheid, pages 105 à 129.
- A. **JAUNAIT**, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approches des configurations sociojuridiques », *Droit et société*, volume 15, n° 2, 2020, pages 429 à 451.
- V. **JOLIVET**, « Lumières et bestialité », *Dix-huitième siècle*, volume 42, n° 1, 2010, pages 285 à 303.
- P. **KAMIENIAK**, « La construction d'un objet psychopathologique : la perversion sexuelle au XIXe siècle », *Revue française de psychanalyse*, volume 67, n° 1, 2003, pages 249 à 262.
- D. **LE BRETON**, « La sexualité en l'absence du corps de l'autre : la cybersexualité », *Champ psychosomatique*, 2006/3, n° 43, pages 21 à 36.
- C. **LE MAGUERESSE**, « De la centralité du consentement », *Les Cahiers de la Justice*, volume 4, n° 4, 2021, pages 613 à 623.
- B. **LAPLANTE**, « L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien », *Enfances, famille, générations*, n° 15, automne 2011, pages 110 à 130.
- L. **NASS**, « La bestialité antique », Extrait de la revue *Æsculape*, Paris, juillet 1912, pages 9 à 12.
- C. **LACROIX**, « La zoophilie : sévices sexuels envers les animaux », *Dalloz Actualité*, 26 septembre 2007.

- C. **LANCELEVEE**, « Une sexualité à l'étroit. Les unités de visite familiale et la réorganisation carcérale de l'intime », *Sociétés contemporaines*, volume 83, n° 3, 2011, pages 107 à 130.
- S. **LANDRY et al.**, « Les impacts du confinement lié au coronavirus sur la sexualité », *Sexologie*, volume 29, n° 4, 2020, pages 173 à 180.
- P. **LARDELLIER**, « Rencontres sur Internet : l'amour en révolution », *Sciences humaines*, septembre 2005.
- E. **LE**, « La construction juridique de la prostitution. Trois récits différenciés », *Cahiers du genre*, n° 57, 2014, pages 139 à 158.
- O. **LEBOYER**, « Républicanisme et libéralisme – points de rencontre », *Le Philosophe*, volume 39, n° 1, 2013, pages 71 à 85.
- S. **LECLERE**, « Les transgressions sexuelles dans les capitulaires carolingiens », Université Saint Louis, Bruxelles, *Clio & Crimen*, n° 12, 2015, pages 309 à 322.
- C. **LEDUC** et P. **SCHMITT PANEL**, « Prostitution et sexualité à Athènes à l'époque classique. Autour des ouvrages de James N. DAVIDSON et d'Elke HARTMANN », *Clio*, n° 17, 2003, pages 137 à 161.
- G. **LEJEUNE**, « La représentation sexuelle en religion, art et pédagogie », *Bulletins de la société d'anthropologie de Paris*, Ve série, Tome II, 1901, pages 465 à 481.
- F. **LEROY**, « Corps, âme, esprit, de quoi sommes-nous faits ? », *Sciences et Avenir*, Hors-série n° 196 Comment l'esprit guérit le corps, décembre 2018 – janvier 2019.
- D. **LETT**, « Prostituée : une profession admise », *Histoire et Civilisations*, novembre 2020.
- D. **LETT**, « Prostitution : Un Moyen-Âge étonnamment tolérant », *Histoire et Civilisations*, mars 2023.
- R. **LIBCHABER**, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, page 20.
- A. **LINHARES**, « Sexualité et défiguration : des théories médicales du XIXe siècle aux théories infantiles de la psychanalyse », *Recherches en psychanalyse*, volume 10, n° 2, 2010, pages 296 à 304.
- F. **MAILLOCHON**, V. **EHLINGER** et E. **GODEAU**, « L'âge « normal » au premier rapport sexuel. Perceptions et pratiques des adolescents en 2014 », *Agora débats/jeunesses*, volume H, n° 4, 2016, pages 37 à 56.

- A. **MALIVIN**, « Le nécrophile, pervers insaisissable (France, XIXe siècle) », *Criminocorpus* [En ligne], volume 7, 2016.
- V. **MARCHAND**, « La prostitution. Le licite et l'illégal », *L'En-droit – DGEMC*, 1^{er} mars 2020, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article63>
- V. **MARCHAND**, « Accès à la PMA des personnes transgenres », *L'En-droit – DGEMC*, 17 mai 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2048>
- V. **MARCHAND**, « La loi du 4 août 1982 et la suppression des peines correctionnelles pour homosexualité a 40 ans », *L'En-droit – DGEMC*, 6 juin 2022, (En ligne), <https://dgemc.ac-versailles.fr/spip.php?article2336>
- L. **MARY**, « Le normal ou le mirage de l'a-norme », *Essaim*, volume 31, n° 2, 2013, pages 49 à 70.
- M. **MARZANO**, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, volume 48, n° 2, 2008, pages 109 à 130.
- Y. **MAYAUD**, « Infractions contre les personnes », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, volume 3, n° 3, 2022, pages 591 à 602.
- E. **MAZUYER**, « Le corps et le droit du travail : au cœur d'un paradoxe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 8, 2015.
- C. **MECARY**, « La loi du 30 décembre 2004 : une pierre à l'édifice de lutte contre les discriminations en droit de la presse », *LEGICOM*, volume 35, n° 1, 2006, pages 131 à 134.
- P. **MISTRETTA**, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, volume 2, n° 2, 2017, pages 273 à 279.
- M. **MORABITO**, « Droit romain et réalités sociales de la sexualité servile », *Dialogues d'histoire ancienne*, volume 12, 1986, pages 371 à 387.
- B. **MORON-PUECH**, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme : Note sous CA Orléans, chambres réunies, 22 mars 2016 », *Recueil Dalloz*, 2016, pages 904 et 905.
- L. **MUCCHIELLI**, « La déviance : normes, transgression et stigmatisation », *Sciences Humaines*, 1999, n° 99, pages 20 à 25.

- **H.-P. MÜLLER**, « Société, morale et individualisme. La théorie morale d'Emile Durkheim », *Trivium*, n° 13, 2013.
- **V. NAGY**, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975 », *Enfances Familles Générations*, [En ligne], n° 5, 2006.
- **R. NERSON**, « Rectification de l'acte de naissance : le changement de sexe », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, n° 5.
- **K. OFFEN**, « Le *gender* est-il une invention américaine ? », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n° 24, 2006, pages 291 à 304.
- **A. OLIVA**, « Essence et finalité du mariage selon Thomas d'Aquin pour un soin pastoral renouvelé », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2014, volume 98, n° 4, pages 601 à 668.
- **L. OLIVERO**, « L'infidélité sans adultère à l'époque d'internet – Une comparaison entre la France et l'Italie », *Revue internationale de droit comparé*, volume 67, n° 2, 2015, pages 541 à 565.
- **C. OTTOMEYER-HERVIEU**, « L'avortement en RFA », *Cahiers du CEDREF*, 1995, pages 103 à 109.
- **N. PAPAKONSTANTINO**, « Le *raptus* saisi par le droit. Enseigner un crime dans les écoles rhétoriques à Rome (Ier-IIe siècles) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, volume 52, n° 2, 2020, pages 21 à 41.
- **S. PAPIILLON**, « La dignité, nouveau masque de la moralité en droit pénal », *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], n° 4, 2018.
- **T. PASTORELLO**, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, 112-113, 2010, pages 197 à 208.
- **A. PAVIE** et **A. MASSON**, « Comment les normes sociales se construisent. Sociologie des « entrepreneurs de morale » », *Regards croisés sur l'économie*, volume 14, n° 1, 2014, pages 213 à 215.
- **Y. PAVODA**, « La genèse de la loi du 30 décembre 2004 : présentation des nouveaux délits et des nouvelles règles de poursuites », *LEGICOM*, volume 35, n° 1, 2006, pages 117 à 124.

- C. **PLANTIN**, « Indignes, Indignités, Indignations : La construction argumentative de l'indignation », *Recherches. Revue de didactique et de pédagogie du français*, 2012, n° 1, pages 163 à 182.
- B. **PLAQUEVENT**, « Penser la révolution sexuelle dans les années 1960 : intellectuel(le)s et étudiant(e)s en quête de subversion », *Ethnologie française*, volume 49, n° 2, 2019, pages 277 à 292.
- C. **PLUMAUZILLE**, « Du « scandale de la prostitution » à l'« atteinte contre les bonnes mœurs ». Contrôle de policier et administration des filles publiques sous la Révolution française », *Politix*, volume 107, n° 3, 2014, pages 9 à 31.
- C. **PLUMAUZILLE**, « Tolérer et réprimer : prostituées, prostitution et droit de cité dans le Paris révolutionnaire (1789-1799) », *La Révolution française* [En ligne], n° 10, 2016.
- P. **POGNANT**, « Les interdits hors la loi : la répression institutionnelle et médicale de la sexualité (1850-1930) », *Droit et cultures*, volume 57, 2009, pages 129 à 142.
- B. **PY**, « De l'assistance sexuelle à l'accompagnement érotique des personnes en situation de handicap », *Sexologies*, n° 3, 2015, pages 134 à 139.
- B. **PY**, « La loi française et le respect des restes humains », *karios-Droit*, 2020, pages 33 à 59.
- P.-Y. **QUIVIGER**, « L'inquiétante protection de la dignité humaine », *Klesis – Revue philosophique*, n° 21, 2011, page 4.
- P.-Y. **QUIVIGER**, « Du consentement. Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux Témoins de Jéhovah », *Raisons politiques*, 2012, volume 2, n° 46, pages 79 à 94.
- M. **RECOTILLET**, « *Coming* et prostitution : interprétation stricte de la loi pénale », *Dalloz Actualité*, 9 juin 2022.
- M. **REDON**, « Animaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, novembre 2022, pages 31 à 32.
- M. **REY**, « Police et sodomie à Paris au XVIIIe siècle : du pêché au désordre », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, Tome 29, n° 1, Janvier-mars 1982, Paris et les parisiens, XVIe-XIXe siècles, pages 113 à 124.

- M. **RODEMACQ**, « L'industrie de l'obscénité à Paris (1855-1930), *Romantisme*, volume 167, n° 1, 2015, pages 13 à 20.
- A. **ROSS**, « Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit », *Revus*, n° 24, 2014, pages 9 à 33.
- E. **RUDE-ANTOINE**, « Mariage forcé, violence physique, violence morale ..., une réflexion à partir de jugements de nullité de mariage », *Cliniques méditerranéennes*, volume 88, n° 2, 2013, pages 45 à 58.
- C. **SAAS** et S. **TRAUTMANN**, « Actualités du droit pénal allemand », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n° 197.
- P. **SARASIN**, « L'invention de la « sexualité », des Lumières à Freud. Esquisse », *Le Mouvement social*, volume 200, n° 3, 2002, pages 138 à 146.
- M. **SIBALIS**, « L'arrivée de la libération gay en France. Le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire (FHAR) », *Genre, sexualité et société*, volume 3, printemps 2010.
- D. **SIMARD**, « La question du consentement sexuel : entre liberté individuelle et dignité humaine », *Sexologies*, 2015, volume 24, n° 3.
- M. **SOT**, « La genèse du mariage chrétien », *L'Histoire*, mensuel 63, janvier 1984.
- F. **TAMAGNE**, « La Ligue mondiale pour la réforme sexuelle : La science au service de l'émancipation sexuelle ? », *Clio*, n° 22, 2005, pages 101 à 121.
- S. **TOUSSEUL**, « Petite histoire conceptuelle de l'homosexualité », *Psychologie clinique et projective*, volume 22, n° 1, 2016, pages 47 à 68.
- M. **TOUZEIL-DIVINA** et M. **BOUTEILLE-BRIGANT**, « Le droit du défunt », *Communications*, volume 97, n° 2, 2015, pages 29 à 43.
- P. **VALON**, « Troubles dans le genre, ou malaise dans la différence des sexes ? », *Le présent de la psychanalyse*, volume 7, n° 1, 2022, pages 175 à 205.
- D. **VEILLON**, « Le divorce en France. Du Code civil de 1804 à la loi du 26 mai 2004 », *Slovenian Law Review*, volume 3, nos 1-2, décembre 2006, pages 45 à 62.
- A. **VERJUS** et *al.*, « Regards croisés sur le mariage à l'époque révolutionnaire et impériale », *Annales historiques de la Révolution française*, volume 388, n° 2, 2017, pages 143 à 171.

- N. **VERLY**, « Usurpation d'identité numérique, cyberharcèlement, *revenge porn* ... : éclairages sur la nouvelle criminalité de l'internet », *Légipresse*, volume 63, n° HS3, 2020, pages 43 à 48.
- P. **VEYNE**, « L'homosexualité à Rome », *Communications. Sexualités occidentales. Contribution à l'histoire et à la sociologie de la sexualité*, Ed. Seuil, numéro 35, 1982, pages 26 à 33.
- F. **VIALLA**, « La neutralité rejetée », *JCP - Ed. Générale*, 27 avril 2016, page 492.
- M. **VILLEY**, « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *AphD*, 1983, n° 28, pages 186 à 188.

EN LANGUE ETRANGERE :

- M. **BAKER**, « This is my partner, and this is my ... partner's partner: Constructing a polyamorous identity in a monogamous world », *Journal of Constructivist Psychology*, n° 18, 2005, pages 75 à 88.
- A. **BRODSKY**, « Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal », *Columbia Journal of gender and Law*, volume 32, n° 2, 2017, 28 pages.
- R. **COLLINS** et R. **SANDS**, « Touch wood: Luck, protection, power, or pleasure ? A wooden phallus from Vindolanda Roman fort », *Antiquity*, 97(392), 2023, pages 419 à 435.
- M. **FARLEY** et al., « Prostitution in five countries : violence and post-traumatic stress disorder », *Feminism & Psychology*, volume 8, n° 4, pages 405 à 426.
- E.L. **GREEN**, K. **BENNER** et R. **PEAR**, « « Transgender » could be defined out of existence under Trump », *The New York Times*, 21 octobre 2018.
- B. **HOLOYDA** et W. **NEWMAN**, « Zoophilia and the Law: Legal Responses to a Rare Paraphilia », *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, volume 42, n° 4, 2014, pages 412 à 420.
- B. Z. **KEDAR**, « On the origins of the earliest laws of Frankish Jerusalem: The canons of the Council of Nablus », *Speculum* 74, n° 2, 1999, page 312.

- S. A. **MARASHI**, « Review of removing homosexuality and masturbation from the list of sexual dysfunctions in DSM », *Clinical Schizophrenia & Related Psychoses*, volume 15:S4, 2021.
- M. **SIBALIS**, « Homophobia, France Vichy and the « Crime of Homosexuality »: The Origins of the Ordinance of 6 August 1942 », *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, Duke University Press, volume 8, n° 3, 2002, pages 301 à 308.
- S. de C. **ZEQUI** et *al.*, « Sex with Animals (SWA): Behavioral Characteristics and Possible Association with Penile Cancer, a Multicenter Study », *Journal of Sexual Medicine*, 2012, volume 9, n° 7, pages 1860 à 1867.

Articles (presse généraliste)

- « Manifeste des 343 », *Nouvel Observateur*, 5 avril 1971, n° 334.
- P. **SINGER**, « Heavy Petting », *Nerve Magazine*, mars-avril 2001, <http://www.cahiers-antispecistes.org/amour-bestial-heavy-petting/>
- C. **RAYES**, « Mariage gay en première mondiale au Pays-Bas », 2 avril 2001, *Libération*, https://www.liberation.fr/planete/2001/04/02/mariages-gays-en-premiere-mondiale-aux-pays-bas_359937/
- A.-F. **HIVERT**, « Suède la nouvelle guerre des sexes », 14 février 2011, *Libération*.
- A. **GIARD**, « La nécrophilie n'est pas condamnée par la loi française », 3 décembre 2012, *Libération*, https://www.liberation.fr/debats/2012/12/03/la-necrophilie-n-est-pas-condamnee-par-la-loi-francaise_1811820/
- M. **CARTON**, « Racolage passif : dix ans après, un bilan plutôt négatif », 28 mars 2013, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/03/28/racolage-passif-dix-ans-apres-un-bilan-plutot-negatif_3148956_3224.html
- « Mariage pour tous, manifs partout », 22 avril 2013, *Libération*, https://www.liberation.fr/france/2013/04/22/manifestations-des-pro-et-des-anti-mariage-homo-mardi-jour-du-vote-de-la-loi_898006/
- « La loi sur le mariage homosexuel officiellement promulguée », 17 mai 2013, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/politique/article/2013/05/17/le-mariage-homosexuel-valide-par-le-conseil-constitutionnel_3295614_823448.html
- T. **THUILLIER**, « Tinder, la drague géolocalisée », *L'Express*, octobre 2013.

- G. **DUPONT**, « Prostitution : « L'État n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus » », 19 novembre 2013, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/11/19/prostitution-pour-elisabeth-badinter-l-etat-n-a-pas-a-legiferer-sur-l-activite-sexuelle-des-individus_3516272_3224.html
- A. **PAULET**, « Prostitution: « 70 ans après la loi Marthe Richard, le constat est effrayant » », 13 avril 2016, *Le Figaro*, <https://www.lefigaro.fr/culture/2016/04/13/03004-20160413ARTFIG00160-prostitution-70-ans-apres-la-loi-marthe-richard-le-constat-est-effrayant.php>
- K. **DE FREYTA-TAMURA**, « Maker of "Smart" Vibrators Settles Data Collection Lawsuit for \$3.75 Million », *New York Times*, mars 2017, <https://www.nytimes.com/2017/03/14/technology/we-vibe-vibrator-lawsuit-spying.html>
- V. **MORIN**, « Le procès pour viol qui scandalise les Etats-Unis », 7 juin 2016, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/big-browser/article/2016/06/08/le-proces-pour-viol-qui-captive-les-etats-unis_4942345_4832693.html
- C. **GALLOT**, « *Bumble, l'appli qui ne fait pas le moine* », *Libération*, 19 janvier 2017.
- « Un adulte jugé pour « atteinte sexuelle » et non pas pour « viol » sur une fille de 11 ans, 26 septembre 2017, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/09/26/un-adulte-juge-pour-atteinte-sexuelle-et-non-pas-pour-viol-sur-une-fille-de-11-ans_5191883_1653578.html
- « Réalité Virtuelle, Sexe Et Chocolat : Le Désir Dans Un Monde Post-Virtuel », 6 avril 2017, *Forbes*, <https://www.forbes.fr/technologie/realite-virtuelle-sexe-et-chocolat-le-desir-dans-un-monde-post-virtuel/>
- « Une cour d'assises acquitte un homme accusé d'avoir violé une fille de 11 ans », 11 novembre 2017, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/11/11/une-cour-d-assises-acquitte-un-homme-accuse-d-avoir-viole-une-fille-de-11-ans_5213592_1653578.html
- G. **DUCHAINE**, « Le tueur de Toronto, les « incel » et la haine des femmes », 26 avril 2018, *Courrier international*, <https://www.courrierinternational.com/article/le-tueur-de-toronto-les-incele-et-la-haine-des-femmes>

- A. **COJEAN**, « Agression transphobe de Julia à Paris : un homme condamné à six mois de prison ferme », 22 mai 2019, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/05/22/agression-transphobe-a-paris-un-homme-condamne-a-six-mois-de-prison-ferme_5465638_3224.html
- S. **HENDRIX**, « He always hated women », 7 juin 2019, *The Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/graphics/2019/local/yoga-shooting-incel-attack-fueled-by-male-supremacy/>
- « Le gouvernement relance le débat sur l'assistance sexuelle des personnes handicapées », 9 février 2020, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/02/09/le-gouvernement-relance-le-debat-sur-l-assistance-sexuelle-des-personnes-handicapees_6028986_3224.html
- N. **EPSTAIN** et F. **BALLANGER**, « A bientôt 20 ans, le mariage homosexuel reste interdit un peu partout dans le monde », 29 février 2020, *France Culture*, <https://www.radiofrance.fr/franceculture/a-bientot-20-ans-le-mariage-homosexuel-reste-interdit-un-peu-partout-dans-le-monde-4949972>
- C. **MALLAVAL**, « La justice l'a reconnue comme femme, à elle de la reconnaître comme mère », 23 juin 2020, *Libération*, https://www.liberation.fr/france/2020/06/23/la-justice-l-a-reconnue-comme-femme-a-elle-de-la-reconnaitre-comme-mere_1792129/
- « Une manifestation contre l'avortement réunit plusieurs milliers de personnes à Paris », 17 janvier 2021, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/01/17/une-manifestation-contre-l-avortement-reunit-plusieurs-milliers-de-personnes-a-paris_6066594_3224.html
- « Un américain qui haïssait les femmes planifiait une fusillade pour les massacrer », 22 juillet 2021, *Paris Match*, <https://www.parismatch.com/actu/societe/un-americain-qui-haissait-les-femmes-planifiait-une-fusillade-pour-les-massacrer-10782>
- N. **GUERINEAU DE LAMERIE**, « Après la fusillade à Plymouth, des interrogations autour du suspect », 13 août 2021, *Libération*, https://www.liberation.fr/international/europe/royaume-uni-cinq-morts-dans-une-fusillade-a-plymouth-20210813_DU4TXQDINNACBAR6VGVU4LW4O4/

- « La Californie interdit le « stealthing », le retrait non consenti du préservatif pendant une relation sexuelle », 8 octobre 2021, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/international/article/2021/10/08/la-californie-interdit-le-stealthing-le-retrait-non-consenti-du-preservatif-pendant-une-relation-sexuelle_6097688_3210.html
- S. **EL MOSSELLI**, « Une femme transgenre reconnue mère de son enfant par la justice », *Le Monde*, 11 février 2022, page 14.
- « Amazon jugé ce lundi pour avoir mis en vente des poupées sexuelles à l'effigie d'enfants », 8 mai 2022, *Le Figaro*, <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/amazon-juge-ce-lundi-pour-avoir-mis-en-vente-des-poupees-sexuelles-a-l-effigie-d-enfants-20220508>
- F. **SILLAH** et M. **BERGSTRÖM**, « Tinder fête ses 10 ans : une application qui « a mis à nu les mécanismes de sélection et d'élimination s'opérant dans le choix amoureux ou sexuel » », *Le Monde*, 12 septembre 2022.
- A. **CHEMIN**, « Entretien avec la sociologue Irène THERY à propos du mouvement #MeToo », 16 septembre 2022, *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/09/16/irene-thery-les-jeunes-generations-recusent-la-dissymetrie-entre-une-sexualite-masculine-de-conquete-et-une-sexualite-feminine-de-citadelle_6141834_3232.html
- « Égalité. Le Congrès américain inscrit le mariage gay dans la loi fédérale », 9 décembre 2022, *Courier international*, <https://www.courrierinternational.com/article/egalite-le-congres-americain-inscrit-le-mariage-gay-dans-la-loi-federale>
- « Jugé à Dieppe, l'acheteur d'une poupée sexuelle à l'effigie d'une fillette condamné à se soigner », janvier 2023, *Paris Normandie*, <https://www.paris-normandie.fr/id379947/article/2023-01-18/juge-dieppe-lacheteur-dune-poupee-sexuelle-leffigie-dune-fillette-condamne-se>
- M. **ROCHE**, « Dylan Thiry visé par de nouvelles plaintes en parallèle d'une enquête ouverte pour escroquerie », 9 mai 2023, *Libération*, <https://www.liberation.fr/societe/dylan-thiry-vise-par-de-nouvelles-plaintes-en->

[parallele-dune-enquete-ouverte-pour-escroquerie-20230509 PR7NI6LL55BO7AH4FSU73KUXBU/](https://www.courrierinternational.com/article/lgbtqi-l-estonie-legalise-le-mariage-pour-tous-une-premiere-dans-l-ancien-espace-sovietique)

- « LGBTQI. L'Estonie légalise le mariage pour tous, une première dans l'ancien espace soviétique », 20 juin 2023, *Courrier international*, <https://www.courrierinternational.com/article/lgbtqi-l-estonie-legalise-le-mariage-pour-tous-une-premiere-dans-l-ancien-espace-sovietique>

OUVRAGES RELIGIEUX

Ouvrages bibliques :

Ancien Testament

- Livre de la Genèse
- Livre de l'Exode
- Livre du Lévitique
- Livre du Deutéronome

Nouveau Testament

- Première lettre de Saint Paul apôtre aux Corinthiens
- Évangile de Jésus Christ selon Saint Luc
- Évangile de Jésus Christ selon Saint Mathieu
- Évangile de Jésus Christ selon Saint Marc

Autres ouvrages religieux :

- D. **AUGUSTO NEANDRO**, *Canones apostolorum et conciliorum saeculorum IV, V, VI, VII*, Berlin, Ed. G. Reimer, volume I, 320 pages.
- Mgr **BURCHARD DE WORMS**, *Decretum*, Bibliothèque de Cologne, vers 1020.
- 3^e Concile de Latran, 1179.
- **Léon X**, Constitution *Supernae*, 5 mai 1514.
- **Pie V**, Constitution *Bulle Quo Primum*, 1^{er} avril 1566.

- L. **CHERUBINI** et *al.*, *Magnum Bullarium Romanum*, Luxembourg, Ed. Henri-Albert Gosse, 1744, 362 pages.
- *Gaudium et spes*, Constitution pastorale sur l'Église dans le monde de ce temps, Concile Vatican II, 1973.
- *Veritatis Splendor*, Lettre encyclique du souverain pontife Jean-Paul II à tous les évêques de l'Église catholique sur quelques questions fondamentales de l'enseignement moral de l'Église, 6 août 1993.
- *Catéchisme de l'Église catholique*, Ed. Desclée-Mame, Coll. « Textes du Magistère », 1997, 844 pages.
- *Catéchisme de l'Église catholique*, Ed. Pocket, 1999, 992 pages.
- P. **LABBE**, G.D. **MANSI** et G. **COSSART**, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Tome 19, Ed. Nabu Press, 2012, 582 pages.
- *Responsum* de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi à un *dubium* au sujet de la bénédiction des unions de personnes du même sexe, 15 mars 2021.

TEXTES JURIDIQUES

Édits, codes, capitulaires, ordonnances (anciennes législations)

- Code Théodosien, 438 après J.-C.
- Édit de Justinien réprimant les crimes contre nature et les blasphèmes en Dieu, Nouvelle de Justinien, LXXVII, Chapitre 1, 538 après J.C., M. **BERENGER**, *Les Nouvelles de l'Empereur Justinien*, in-8, V, Metz, 1807.
- Édit de Justinien relatif à ceux qui commettent le crime de sodomie, Nouvelle de Justinien, CXLI, Chapitre 1, 559 après J.C., M. **BERENGER**, *Les Nouvelles de l'Empereur Justinien*, in-8, V, Metz, 1807.
- *Decretum Gratiani* ou *Concordia discordantium canonum*, vers 1140.
- **Charles QUINT**, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline : contenant les loix qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire ; et à l'usage des conseils de guerre des troupes suisses*, édité par A. MAESTRICHT chez Jean-Edme DUFOUR et Phil. ROUX, imprimeurs-libraires associés, 1779, volume in-4, XXIV-340 pages.

- Ordonnance du 25 août 1539 sur le fait de la justice.
- Ordonnance d'Orléans de 1560.
- Édit d'Orléans, 1561.
- Ordonnance de Blois de 1579.
- Édit de Louis XIII de 1639.
- Édit de Louis XIV en 1697.
- Ordonnance de Louis XV en 1730.
- Décret du 20 septembre 1792.
- *Capitulare Missorum generale*, in A. **BORETIUS**, *Capitularia Regum Francorum I*, n° 33, M.G.H., *leges*, Hanovre, 1883.
- *Missi Cuiusdam Admonitio*, in A. **BORETIUS**, *Capitularia Regum Francorum I*, n° 121, M.G.H., *leges*, Hanovre, 1883.

Lois

- Décret-loi du 19 juillet 1791 relative à l'organisation d'une police municipale.
- Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale.
- Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.
- Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle.
- Loi n° 744 du 6 août 1942.
- Loi n° 46-685 du 13 avril 1946.
- Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.
- Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique.
- Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.
- Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.
- Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.
- Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.
- Loi n° 82-683 du 4 août 1982.

- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
- Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social.
- Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.
- Loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales.
- Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.
- Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992.
- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.
- Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.
- Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence.
- Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.
- Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.
- Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.
- Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
- Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
- Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.
- Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.
- Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.
- Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.
- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

- Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
- Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.
- Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.
- Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.
- Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.
- Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.
- Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales.
- Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.
- Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.
- Loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes.
- Loi n° 2022-92 du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.
- Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.

Propositions de lois

- Assemblée nationale, F7 3025, RENAUD DE BECOURT, Projet d'établissement public proposé au gouvernement et tendant à la réduction des filles du monde, mai 1806.
- Assemblée nationale législative. Proposition tendant à modifier l'article 360 du Code pénal, présentée le 19 juillet 1849, Imprimerie de l'Assemblée nationale, 1849.
- Sénat, Proposition de loi sur la répression de la polygamie, n° 501, 26 mai 2010.
- Assemblée nationale, Proposition de loi n° 3030 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, 2 juin 2020.
- Assemblée nationale, Proposition de loi n° 4021 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, 24 septembre 2021.
- Proposition de loi relative au consentement sexuel des adultes, n° 729, 22 juin 2022.

Ordonnances

- Ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945.
- Ordonnance n° 60-1245 du 25 novembre 1960 relative à la lutte contre le proxénétisme.

Amendement

- Amendement MIRGUET, 18 juillet 1960.

Circulaires

- Circulaire du Garde des Sceaux, 10 août 1816.
- Circulaire n° 73-299 du 23 juillet 1973.
- Circulaire DEFFERRE du 12 juin 1981, note n° 0011.
- Circulaire n° 98-234 du 19 novembre 1998 relative à l'éducation à la sexualité et à la prévention du sida.

- Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.
- Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.
- Circulaire CRIM 2012-15 du 7 août 2012 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.
- Circulaire du 4 avril 2019 relative à la lutte contre les discriminations, les propos et les comportements haineux.
- Circulaire n° DGCS/SD3B/2021/147 du 5 juillet 2021 relative au respect de l'intimité, des droits sexuels et reproductifs des personnes accompagnées dans les établissements et services médico sociaux relevant du champ du handicap et de la lutte contre les violences.
- Circulaire MENE2128373C du 29 septembre 2021 pour une meilleure prise en compte des questions relatives à l'identité de genre en milieu scolaire.

Organisations internationales (principes, recommandations, déclarations, directives, rapports, conventions)

- Arrangement international du 18 mai 1904 pour la répression de la traite des blanches.
- Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches.
- Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la répression de la traite des femmes et des enfants.
- Programme de la Ligue mondiale pour la réforme sexuelle, Londres, 1929.
- Convention internationale du 11 octobre 1933 pour la répression de la traite des femmes majeures.
- Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949.
- Convention des Nations unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui de 1949.

- Conférence sur les droits de l'Homme, Organisation des Nations unies, Téhéran, 22 avril-13 mai 1968.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Organisation des Nations unies, 18 décembre 1979.
- Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, Vienne, 14-25 juin 1993.
- Rapport de la Conférence Internationale sur la Population et le Développement, Organisation des Nations unies, Le Caire, 5-13 septembre 1994.
- Conférence mondiale sur les femmes, Organisation des Nations unies, Beijing, 4-15 septembre 1995.
- Déclaration des droits sexuels, WAS, 1996.
- *Promotion of Sexual Health: Recommendations for Action*, WAS, PAHO, OMS, Antigua, 19 et 22 mai 2000.
- ONU, Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 26 mars 2007.
- Assemblée Générale des Nations unies, Déclaration sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre à l'Assemblée Générale de l'ONU du 22 décembre 2008.
- Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, Résolution 17/19 du 14 juillet 2011.
- UNHCR, Directives relatives à la protection internationale : Demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et/ou à l'identité de genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son protocole relatif au statut des réfugiés, 2012.
- Assemblée Générale des Nations unies, Résolution A/RES/67/168 du 15 mars 2013.
- La santé sexuelle pour le Millénaire : déclaration et document technique, WAS, 2008
- Déclaration des droits sexuels, WAS, 2014.
- Recommandations de l'OMS relatives à la santé et aux droits des adolescents en matière de sexualité et de reproduction, OMS, 2019.

Droit européen (directives, rapports, recommandations)

- Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JO L204 du 26 juillet 2006, pages 23 à 36.
- Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 31 mars 2010 relative aux mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.
- Conseil de l'Europe, Résolution 1728 et Recommandation 1915 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 avril 2010 relatives à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.
- Directive 2011/95/UE (directive qualification asile).
- Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L337 du 20 décembre 2011, pages 9 à 26, article 10.
- Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JO L315 du 14 novembre 2012, pages 57 à 73, §§ 9, 17, 54 et 56.
- Rapport financé par la Commission européenne relatif à la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre, 21 septembre 2012, 109 pages.
- Directive 2012/29/UE (directive sur les droits des victimes de la criminalité).
- Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2048, « La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », 22 avril 2015, article 5.

Droit étranger

- *Sexual Offences Act 2003*.
- *Judicial Matters Amendment Act 2005* (loi de 2005 portant modification de questions judiciaires), loi n° 22 de 2005, République d’Afrique du Sud, *Journal officiel*, n° 28391, 11 janvier 2006.
- *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (loi générale sur l’égalité de traitement), 14 août 2006.
- *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013*, loi n° 98 de 2013.
- *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften* (loi modifiant le statut personnel), 7 mai 2013.
- *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben* (loi relative au changement des données à inscrire dans le registre des naissances), 13 décembre 2018.

JURISPRUDENCE

Jurisprudences étrangères

- *BVerfG*, décision de la 2^e chambre du deuxième sénat du 7 octobre 2008.
- *High Court of Australia*, 2 avril 2014, S273/2013.
- *Supreme Court of India*, 15 avril 2014.
- *Bundesverfassungsgericht*, 1^{ère} Chambre, 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16.
- Cour suprême du Canada, *R. contre KIRKPATRICK*, 2022 CSC 33, 29 juillet 2022.

Jurisprudence européenne (Cour EDH)

- Commission Européenne des Droits de l’Homme, D6825/74, *X. contre Islande*, 13 mai 1976.
- Cour EDH, *DUDGEON contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, Requête n° 7525/76.
- Cour EDH, *X. et Y. contre Pays-Bas*, 26 mars 1985, Requête n° 8978/80.
- Cour EDH, *B. contre France*, 25 mars 1992, Requête n° 13343/87.

- Cour EDH, *BURGHARTZ contre Suisse*, 22 février 1994, Requête n° 16213/90.
- Cour EDH, *C.R. contre Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, Requête n° 20190/92.
- Cour EDH, *S.W. contre Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, Requête n° 20166/92.
- *LASKEY, JAGGARD et BROWN contre. Royaume-Uni*, 19 février 1997, Requêtes n°^{os} 21627/93, 21826/93 et 21974/93.
- Cour EDH, *SALGUEIRO DA SILVA MOUTA contre Portugal*, 21 décembre 1999, Requête n° 33290/96.
- Cour EDH, *BENSAID contre Royaume-Uni*, 6 février 2001, Requête n° 44599/98.
- Cour EDH, *MATA ESTEVEZ contre Espagne*, 10 mai 2001, Requête n° 56501/00.
- Cour EDH, *P.G. et J.H. contre Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, Requête n° 44787/98.
- Cour EDH, *FRETTE contre France*, 26 février 2002, Requête n° 36515/97.
- Cour EDH, *PRETTY contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Requête n° 2346/02.
- Cour EDH, *GOODWIN contre Royaume Uni*, 11 juillet 2002, Requête n° 28957/95.
- Cour EDH, *L. et V. contre Autriche*, 9 janvier 2003, Requêtes n°^{os} 39392/98 et 39829/98.
- Cour EDH, *K.A. et A.D. contre Belgique*, 17 février 2003, Requêtes n°^{os} 42758/98 et 45558/99.
- Cour EDH, *KARNER contre Autriche*, 24 juillet 2003, Requête n° 40016/98.
- Cour EDH, *AKPINAR et ALTUN contre Turquie*, 27 février 2007, Requête n° 56760/00.
- Cour EDH, *B.B. contre Royaume-Uni*, 10 février 2004, Requête n° 53760/00.
- Cour EDH, *EVANS contre Royaume-Uni*, 10 avril 2007, Requête n° 6339/50.
- Cour EDH, *DICKSON contre Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, Requête n° 44362/4.
- Cour EDH, *E. B. contre France*, 22 janvier 2008, Requête n° 43546/02.
- Cour EDH, *KOZAK contre Pologne*, 2 mars 2010, Requête n° 13102/02.
- Cour EDH, *P.B. et J.S. contre Autriche*, 22 juillet 2010, Requête n° 18984/02.
- Cour EDH, *SCHALK et KOPF contre Autriche*, 24 juin 2010, Requête n° 30141/04.
- Cour EDH, *SANTOS COUTO contre Portugal*, 21 septembre 2010, Requête n° 31874/07.
- Cour EDH, *J.M. contre Royaume-Uni*, 28 septembre 2010, Requête n° 37060/06.
- Cour EDH, *R.R. contre Pologne*, 26 mai 2011, Requête n° 27617/04.
- Cour EDH, *V.C. contre Slovaquie*, 8 novembre 2011, Requête n° 18968/07.

- Cour EDH, *VEJDELAND et autres contre Suède*, 9 février 2012, Requête n° 1813/07.
- Cour EDH, *GAS et DUBOIS contre France*, 15 mars 2012, Requête n° 25951/07.
- Cour EDH, *X. contre Turquie*, 9 octobre 2012, Requête n° 24626/09.
- Cour EDH, *P. et S. contre Pologne*, 30 octobre 2012, Requête n° 57375/08.
- Cour EDH, *X. et autres contre Autriche*, 19 février 2013, Requête n° 19010/07.
- Cour EDH, *VALLIANATOS et autres contre Grèce*, 7 novembre 2013, Requêtes n°^{os} 29381/09 et 32684/09.
- Cour EDH, *IDENTOBA et autres contre Géorgie*, 12 août 2015, Requête n° 73235/12.
- Cour EDH, *EWEIDA et autres contre Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, Requêtes n°^{os} 48420/10, 36516/10, 51671/10 et *al.*
- Cour EDH, *PAJIC contre Croatie*, 23 février 2016, Requête n° 68453/13.
- Cour EDH, *SOUSA GOUCHA contre Portugal*, 22 mars 2016, Requête n° 70434/12.
- Cour EDH, *CHAPIN et CHARPENTIER contre France*, 9 juin 2016, Requête n° 40183/07.
- Cour EDH, *TADDEUCCI et McCALL contre Italie*, 30 juin 2016, Requête n° 51362/09.
- Cour EDH, *PARADISO et CAMPANELLI contre Italie*, 24 janvier 2017, Requête n° 25358/12.
- Cour EDH, *A.P., GARÇON ET NICOT contre France*, 6 avril 2017, Requêtes n°^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13.
- Cour EDH, *BEIZARAS et LEVICKA contre Lituanie*, 14 janvier 2020, Requête n° 41288/15.

Conseil constitutionnel

- Conseil constitutionnel, Décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

- Conseil constitutionnel, Décision n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 99-416 DC, 23 juillet 1999.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 99-419 DC, 9 novembre 1999.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-542 DC, 9 novembre 2006, Loi relative au contrôle de la validité des mariages.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté.
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-761 QPC, 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres*.

Juridictions judiciaires (dans l'ordre chronologique)

- Cour de cassation, Chambre civile, 4 novembre 1822.
- Cour de cassation, Chambre civile, 30 mai 1838.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 juin 1857, *Affaire DUBAS*.
- CA Montpellier, 8 mai 1872.
- Tribunal civil d'Alès, 28 janvier 1873.
- Tribunal de Domfront, 23 décembre 1881, *Hubert contre Grégoire*.
- CA Caen, 16 mars 1882.
- CA Douai, 14 mai 1901.

- Cour de cassation, Chambre civile, 6 avril 1903.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 mars 1910.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 novembre 1912.
- CA Colmar, 26 juin 1928.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 21 octobre 1954.
- CA Lyon, 28 mai 1956.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 21 décembre 1960.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 31 octobre 1962.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 12 juin 1963.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 3 janvier 1964.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juillet 1970.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 8 octobre 1970.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 10 février 1972.
- Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, 4 juillet 1973, pourvoi n° 72-12.110.
- CA Amiens, 3 mars 1975.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 17 avril 1975.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 16 décembre 1975, pourvoi n° 73-10.615, J. PENNEAU, observation sous Cassation, 16 décembre 1975, JCP 1976-II-18503.
- TGI Rennes, 9 novembre 1976.
- Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, 21 juin 1979, pourvoi n° 78-14.005.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 juin 1980, pourvoi n° 79-93.998.
- TGI Saint Etienne, 11 juillet 1979, *Dalloz*, 1981, page 270.
- CA Colmar, 13 décembre 1981.
- CA Montpellier, 15 décembre 1981.
- TGI Paris, 16 novembre 1982.
- TGI Nanterre, 21 avril 1983.
- CA Metz, 27 octobre 1983.
- CA Metz, 3 novembre 1983.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 30 novembre 1983, pourvoi n° 82-13.808.
- CA Paris, 10 juillet 1985.

- TGI Lyon, 31 janvier 1986.
- TGI Paris, 13 février 1986.
- CA Paris, 7 juillet 1986.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 3 mars 1987, pourvoi n° 84-15.691.
- CA Orléans, 18 novembre 1987.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 1988, pourvoi n° 86-13.698.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 10 mai 1989, pourvoi n° 87-17.111.
- Cour de cassation, Chambre sociale, 11 juillet 1989, pourvoi n° 85-46.008.
- TGI Douai, 24 novembre 1989.
- CA Colmar, 14 mars 1990.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 21 mai 1990, pourvois n^{os} 88-12.829, 88-12.163, 88-12.250 et 88-15.858.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 septembre 1990, pourvoi n° 90-83786.
- CA Metz, 29 janvier 1991.
- CA Aix-en-Provence, 26 avril 1991.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 juin 1992, pourvoi n° 91-86346.
- Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900.
- CA Bordeaux, 25 janvier 1993.
- CA Paris, 29 mars 1993.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 12 juin 1993.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 octobre 1995, pourvoi n° 94-85.036.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 mars 1996, pourvoi n° 95-82016.
- CA Bordeaux, 19 novembre 1996.
- TGI Lille, 5 décembre 1996.
- CA Toulouse, 19 février 1997.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-10.498.
- Cour de cassation, Troisième chambre civile, 17 décembre 1997, pourvoi n° 95-20.779.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 17 décembre 1997, pourvoi n° 96-15.704.
- CA Rennes, 26 octobre 1998.

- TGI Paris, 1^{er} décembre 1999.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-15756.
- CA Bordeaux, 21 mars 2000.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 28 septembre 2000, pourvoi n° 98-18.850.
- CA Rouen, 20 novembre 2000.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 20 décembre 2000, *Erignac*, pourvoi n° 98-13.875.
- TGI Paris, 13 février 2001.
- CA Aix en Provence, 9 novembre 2001.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 3 avril 2002, pourvoi n° 01-81.592.
- Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 24 avril 2003, pourvoi n° 01-01.186.
- CA Poitiers, 15 décembre 2004, n° 03/01138.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 15 février 2005, pourvoi n° 03-18.302.
- CA Colmar, 28 avril 2005.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 décembre 2005, pourvoi n° 05-81.316.
- CA Bordeaux, 21 février 2006.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627.
- CA Metz, 17 avril 2007.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 septembre 2007, pourvoi n° 06-82.785.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 25 février 2009, pourvoi n° 08-13.413.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-67.456.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 3 février 2010, pourvoi n° 09-83.468.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 juin 2010, pourvoi n° 10-81.953.
- CA Aix en Provence, 3 mai 2011.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 7 juin 2012, pourvois n° 10-26947 et n° 11-22490.
- Cour de Cassation, Première chambre civile, 19 décembre 2012, pourvoi n° 09-15.606.

- Cour de cassation, Première chambre civile, 13 février 2013, pourvois n° 11-14515 et n° 12-11949.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 30 avril 2014, pourvoi n° 13-16649.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 4 février 2015, pourvoi n° 14-11.458.
- CA Caen, 26 février 2015.
- CA Paris, 5 mars 2015.
- CA Nîmes, 11 mars 2015.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 9 avril 2015, pourvoi n° 14-14.146.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 28 mai 2015, pourvoi n° 13-23.395.
- CA Douai, 18 juin 2015.
- CA Douai, 3 septembre 2015.
- CA Paris, 24 septembre 2015.
- CA Angers, 5 octobre 2015.
- TGI Tours, 20 août 2015, *Dalloz Actu Étudiant*, 22 octobre 2015, *Dalloz* 2015.2295.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 mars 2016, pourvoi n° 15-87-554.
- CA d'Orléans, 22 mars 2016, 15/03281.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 9 août 2017, pourvoi n° 17-83232.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 31 janvier 2018, pourvoi n° 16-23.591.
- CA Montpellier, 11 janvier 2019.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 23 janvier 2019, pourvoi n° 18-82.833.
- CA Versailles, 7 novembre 2019.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-83-553.
- Cour de cassation, Première chambre civile, 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-19.387.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 octobre 2021, pourvoi n° 21-84.318.
- CA Toulouse, 9 février 2022.
- Tribunal correctionnel Albi, 17 mai 2022.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 mai 2022, pourvoi n° 21-82.283.

Juridictions administratives (dans l'ordre chronologique) :

- CE, 17 décembre 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et de liquoristes de Paris*.
- CE, 11 décembre 1946, *Dames Hubert et Crepelle*.
- CE, 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutétia »* (reconnaissance officielle).
- CE, 4 mai 1979, requête n° 09337.
- CE, 17 janvier 1990, requête n° 43499.
- CE, Assemblée, 2 juillet 1993, n° 124960, *Milhaud*.
- CE, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*.
- CE, 9 octobre 1996, *Association « Ici et Maintenant »*.
- CAA Bordeaux, 27 avril 2006, n° 02BX01379.
- CE, 30 août 2006, *Association Free Dom*.
- CE, 28 septembre 2022, Décision n° 458403.

RAPPORTS, TRAVAUX, ÉTUDES, AVIS, INTERVENTIONS, DÉBATS

- C.L. **LIMODIN**, *Réflexions générales sur la police, par le citoyen Limodin*, S. 1, an V, pages 1 à 2.
- Corps législatif, *Rapport fait au nom de la Commission de législation civile et criminelle par M. de Monseignat sur le Ve projet de loi du Code pénal, livre III, titre II, chapitre Ier, des crimes et délits contre les personnes*, séance du 17 février 1810, Paris, imprimerie de Hacquart, 1810, 56 pages.
- Corps législatif, *Rapport fait au nom de la commission chargée de donner son avis sur la prise en considération de la proposition de M. Mortimer Ternaux relative à l'article 360 du Code pénal qui punit la violation de tombeaux et sépultures*, séance du 27 juillet 1849, Paris, imprimerie de l'Assemblée nationale, 1849.
- Dr. J. **MONGES**, « La famille devant le devoir de la fécondité », Rapport présenté au Congrès national de la Natalité de Marseille, septembre 1923.
- E. **GROFFIER**, « De certains aspects juridiques du transsexualisme en droit québécois », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'association H. Capitant, Tome XXVI, 1977.

- Discours de la sénatrice Brigitte GROS pour la proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol, n° 324, 20 avril 1978.
- E. **PIERRE**, « Éléments pour une approche du statut de l'animal en France au XIX^e siècle », Intervention à la Journée d'études de la Société d'Ethnologie Française consacrée au statut de l'animal, 9 avril 1992.
- Rapport de la Direction de l'Administration Pénitentiaire sur les unités de visite familiale, 1995.
- Sénat, Les politiques publiques et la prostitution. Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2000, Rapport d'information n° 209 (2000-2001), déposé le 31 janvier 2001.
- P. **MAZEAUD**, « Libertés et ordre public » *in Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la jurisprudence des cours constitutionnelles. 8^e séminaire des cours constitutionnelles*, octobre 2003.
- CE, *Révisions des lois de bioéthique*, Les Études du Conseil d'État, 6 mai 2009, 122 pages.
- T. **HAMMARBERG**, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Document thématique, octobre 2009.
- Assemblée nationale, Deuxième séance du mardi 24 juillet 2012, Débats sur la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.
- CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, JORF n° 0176 du 31 juillet 2013.
- Sénat, Situation sanitaire et sociale des personnes prostituées : inverser le regard, Rapport d'information n° 46 (2013-2014), déposé le 8 octobre 2013.
- F. **CHARLIN**, « La Cour de cassation, des bonnes mœurs à la dignité humaine ? Le juge dans l'histoire : entre création et interprétation du droit », Juin 2014, Société d'Histoire du droit, Journées internationales de Ljubljana, France.
- Y. **ROBINEAU**, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », Intervention de M. Le Président Y. ROBINEAU à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan le 24 octobre 2014.

- Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, juin 2015.
- Avis du Défenseur des droits n° 16-15, 1^{er} juin 2016 pour la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner le projet de loi n° 3679 Égalité et Citoyenneté, page 14.
- F. **VIALLA**, *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil*, Étude de l'opportunité d'une réforme, septembre 2017.
- CGLPL, *Recommandations minimales du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, 9 décembre 2019.
- Commission européenne, *Communication and Narratives Working Groupe (RAN C&N)*, Le phénomène incel, Document de conclusion, 17 et 18 juin 2021.
- Avis de l'ANSES. Rapport d'expertise collective, *Expositions aux technologies de réalité virtuelle et/ou augmentée*, juin 2021.
- CCNE, Réponse du CCNE à la saisine de la Ministre chargée des personnes handicapées sur l'accès à la vie affective et sexuelle et l'assistance sexuelle des personnes handicapées, 13 juillet 2021, https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2022-02/reponse_a_la_ministre_sophie_cluzel.pdf

QUESTIONS ET RÉPONSES (SÉNAT, ASSEMBLÉE NATIONALE, MINISTÈRES)

- JO Sénat, Question écrite n° 14524 de M. BLONDIN, Demandes de changement de sexe à l'état civil par les personnes transsexuelles ou transgenres, 22 juillet 2010, page 1904.
- JO Sénat, 30 décembre 2010, page 3373.
- Question écrite n° 04192, JO Sénat, 5 avril 2018, page 1582.
- Réponse du ministère de la Justice, JO Sénat, 12 juillet 2018, page 3481.
- Assemblée nationale, Réponse ministérielle du Garde des Sceaux à la question de la députée M.-P. RIXAIN sur l'obligation du devoir conjugal, Question n° 39826, 15 février 2021.

RÉFÉRENCES NUMÉRIQUES

Définitions

- <https://www.cnrtl.fr/definition/nouvelles>
- <https://cnrtl.fr/definition/norme>
- <https://www.cnrtl.fr/definition/nature>
- <https://cnrtl.fr/definition/sexe>
- <https://www.cnrtl.fr/definition/valeur>
- <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/neutre>
- <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/liberte>
- <https://www.cnrtl.fr/definition/sexuelle>
- <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0204>
- <https://www.cnrtl.fr/definition/moeurs>
- <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/dignite>
- <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/indignite>
- <https://la-conjugaison.nouvelobs.com/definition/indignite.php>
- *Dictionnaire médical de l'Académie de médecine*, version 2023,
<https://www.academie-medecine.fr/le-dictionnaire/index.php?q=sexe%20chromosomique>

Autres

- <https://archives.assemblee-nationale.fr/1/cri/1959-1960-ordinaire2/060.pdf>
- <https://www.ecpm.org/wp-content/uploads/cartelgbtecpm-1.png>
- [https://laportelatine.org/catechisme/catechisme concile trente/catechisme concile trente.pdf](https://laportelatine.org/catechisme/catechisme%20concile%20trente/catechisme%20concile%20trente.pdf)
- <https://www.amnesty.fr/discriminations/actualites/5-fausses-idees-sur-les-personnes-intersexes>
- <https://www.coe.int/fr/web/compass/gender>
- https://www.who.int/fr/health-topics/sexual-health#tab=tab_2
- « Sexting : A brief guide for educators and parents », www.cyberbullying.us, 2010.

- L. R. **MENDOS** *et al.*, ILGA World, 2020, State-Sponsored Homophobia 2020 : Global Legislation Overview Update
- Consolato generale d'Italia a Marsiglia, Unioni civili, <https://consmarsiglia.esteri.it/fr/servizi-consolari-e-visti/servizi-per-il-cittadino-italiano/stato-civile/unioni-civili/#:~:text=Le%205%20juin%202016%2C%20la,dans%20l%27ordre%20juridique%20italien>
- La prostitution en Europe, <https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/la-prostitution-en-europe/>

Index

A

Antiquité : 95, 102, 185, 402, 403, 625,
633, 685, 742, 769, 801, 816, 1081

B

Bonnes mœurs : 224, 225, 407, 703, 706

C

Christianisme : 23, 91, 106, 202, 628,
770, 807, 820, 1082

Consentement : 33, 433, 608, 609, 625,
645, 646, 647, 648

- Absence : 664, 666, 678
- Capacité : 649, 653, 654
- Consentement au mariage : 627,
628, 629, 802, 835, 836, 837
- Consentement à l'acte sexuel :
633, 634, 637
- Dignité : 683, 684, 687, 724, 727,
729
- Droits sexuels : 486, 507, 508,
509
- Liberté sexuelle : 544, 545, 558
- Libre et éclairé : 656, 657, 658
- Mineurs : 650, 651, 652
- Moyens coercitifs : 652, 660, 662,
668, 669, 976, 977
- Résistance : 660, 661

- Subjectivité : 671, 672
- Valeur : 721, 722, 723
- Zoophilie : 781

D

Déviance : 125, 130, 176, 191, 195, 206

- Nécrophilie : 751

Devoir conjugal : 899, 905, 907, 911, 913

- Viol entre époux : 924, 926

Dignité : 610, 711, 712, 713, 741, 745,
747, 748

- Bonnes mœurs : 383, 710, 711,
713
- Variabilité : 445, 742, 745
- Subjectivité : 445, 446, 749
- Morale : 225
- Cadavre : 757, 758, 760, 764
- Indignité : 746

Door ajar : 964, 971

Droit à la sexualité : 567, 571, 578, 593

Droits sexuels : 460, 468, 480, 493

F

Fidélité : 857, 873

- Procréation : 866
- Exclusivité sexuelle : 869, 870,
872, 875, 1128
- Faute civile : 880, 888, 895

G

Genre : 276, 278, 283, 288, 339

- Identité de genre : 286, 291, 310, 313, 315, 319, 323, 512, 513

H

Homosexualité : 34, 102, 109, 110, 124, 137

- Dépénalisation : 148
- Dépathologisation : 152, 153, 154, 155

I

Identité sexuelle : 247, 255, 270, 283, 307, 315, 321, 322, 323, 512

L

Légitimité : 387, 388, 389, 390, 393, 934, 969

Liberté sexuelle : 525, 526, 529, 541, 551, 562, 579

M

Mariage :

- Consentement : 802, 835, 836, 837, 838, 839
- Sexualité : 816, 817, 821,
- Conditions : 827, 828, 830
- Devoirs : 846, 847, 850, 851

Morale : 67, 68, 175, 199, 200, 201, 360, 363, 391

- Religion : 202, 203, 204, 205, 206
- Zoophilie : 775, 779, 780, 785, 786, 787

N

Nécrophilie : 751, 752

- Répression : 753, 760, 761, 762
- Cadavre : 755

Neutralité : 380

- Absence : 384, 385
- Morale : 381, 382, 383

Norme :

- Construction : 131, 170, 171, 179, 362, 363, 364, 365
- Définition : 163, 164, 165
- Légale : 183, 185, 187, 189, 219, 222
- Nature : 176, 177, 178, 179, 180, 181
- Sexuelle : 17, 28, 54, 87, 185
- Sociale : 129, 131, 183, 185, 187, 189, 284, 336
- Variabilité : 173, 174, 195

Numérique : 1003, 1012, 1014, 1019

- Prostitution : 1057, 1062
- Consentement : 1047, 1048, 1049
- *Caming* : 1036, 1038, 1045, 1048
- Vente : 1040, 1045, 1048

- Réalité virtuelle : 1080, 1093, 1095, 1096

O

Ordre public :

- Notion : 413, 414, 415, 420, 421
- Construction : 400
- Moral : 59, 441, 442
- Variabilité : 415, 424, 425, 426, 428
- Légitimité : 433, 434, 448, 452
- Protection : 436, 437, 438, 440
- Devoir de fidélité : 894
- Valeurs : 431, 432, 433, 434

P

Prostitution : 36, 555, 685, 694, 698, 700, 706, 715

- Entrave : 716, 717, 718
- Dignité : 710, 711, 713, 719, 720, 724, 726, 727,
- Immorale : 702, 705, 706
- Services sexuels : 600, 604
- Règlementation : 715, 728
- Fiscal : 731

Psychiatrie : 124, 125, 152, 210, 211,

- Normal : 122, 208, 336
- Pathologique : 122, 208, 216

S

Sexe : 233, 235, 239, 240

- Mention : 243, 244, 245, 246
- Binarité : 249, 255
- Intersexuel : 240, 245, 249, 252, 262, 276
- Apparence : 265, 270, 272

Stealth : 963, 986, 994, 995

V

Valeurs : 359, 360, 361, 362, 363, 366, 368, 369, 380, 393, 426

Z

Zoophilie : 769, 774, 775

- Prohibition : 776, 777, 779
- Violence : 783, 784

Table des matières

Remerciements	11
Abréviations et sigles	13
Sommaire	15
Introduction générale	19
Partie I – LA SEXUALITÉ : OBJET DU DROIT ?	39
TITRE I – Normes et sexualité	41
CHAPITRE I – La sexualité à travers les siècles	42
SECTION I – « O tempora ! o mores ! » : Histoire de la sexualité	42
§ I – Antiquité et sexualité	43
§ II – La sexualité sous le joug de la religion	46
§ III – Approche médicale de la sexualité	51
SECTION II – La libéralisation de la sexualité	60
§ I – Rupture entre sexualité et procréation	60
§ II – Émancipation de la sexualité	62
§ III – Dépénalisation et dépathologisation de l’homosexualité	66
CHAPITRE II – Étude de la norme sexuelle	75
SECTION I – Sexualité normale ou sexualité normée ?	76
§ I – Analyse de la norme	76
§ II – La norme et la déviance	84
SECTION II – De la sexualité morale à la sexualité légale	89
§ I – La norme morale	89
§ II – La norme légale	98
CHAPITRE III – Sexe, genre et sexualité	101
SECTION I – Droit et sexe	101
§ I – Le sexe en Droit : objet d’identification des personnes	102
§ II – Le sexe en droit français : entre binarité et apparence physique	109
SECTION II – Droit et genre	119
§ I – Le genre : sexe social et sexe psychologique	120
§ II – Le genre appréhendé par le Droit	125
SECTION III – Distinction entre sexe, genre et sexualité : droit de l’intime	142

TITRE II – Le Droit est-il légitime à réglementer la sexualité ?	147
CHAPITRE I – La légitimité, entre valeurs, protection d’autrui et respect de l’ordre public	148
SECTION I – Fonctions du Droit et régulation de la sexualité	148
§ I – Gardien des valeurs sociales ou protecteur de la personne ?	149
A. La diffusion des valeurs sociales par le Droit.....	149
B. La fonction protectrice du droit.....	156
§ II – Le droit doit-il ignorer la sexualité ?	159
SECTION II – Ordre public de protection ou de direction de la sexualité ?	166
§ I – Le concept de l’ordre public.....	166
§ II – L’ordre public sexuel	180
CHAPITRE II – De la reconnaissance des droits sexuels à la mise en œuvre d’un droit à la sexualité	188
SECTION I – L’émergence et la mise en œuvre des droits sexuels	189
SECTION II – Liberté sexuelle et droit à la sexualité	215
§ I – La liberté sexuelle : une liberté consacrée, protégée et limitée	215
§ II – La liberté sexuelle : un droit circonstancié ?	227
 Partie II – LA SEXUALITÉ CONFRONTÉE AUX SUJETS DE DROIT.....	239
TITRE I – Consentement, dignité et morale.....	241
CHAPITRE I – Consentement et sexualité	242
SECTION I – La difficile appréhension de la notion de consentement dans le domaine de la sexualité.....	242
§ I – Le consentement : notion, principe, limites et capacité	243
§ II – L’absence de consentement : entre moyens coercitifs et preuve de résistance.....	262
SECTION II – Le consentement : une liberté absolue ?.....	271
§ I – Le droit à la dignité <i>versus</i> l’activité prostitutionnelle	271
§ II – De coupable à victime.....	281
CHAPITRE II – Les interdits sexuels	302
SECTION I – La restriction de la sexualité au nom du principe de dignité	303
§ I – Étude générale du principe de dignité	303
§ II – Le principe de dignité est-il conditionné à la vie ?	312
SECTION II – Les interdits sexuels au nom de la morale : étude de l’infraction de zoophilie	327
§ I – Histoire de l’infraction de zoophilie	328
§ II – De la prohibition de la zoophilie	335

TITRE II – La sexualité : entre tradition et renouveau	345
CHAPITRE I – Le mariage, cadre traditionnel de la sexualité	346
SECTION I – Sexualité et mariage, une histoire sans fin	346
§ I – Le mariage : de la procréation au plaisir	347
§ II - Un mariage sous conditions	357
SECTION II - Obligation traditionnelle de la sexualité matrimoniale : devoir de fidélité	365
§ I – Le devoir de fidélité ou l’exclusivité sexuelle	366
§ II – L’infidélité, faute civile	375
SECTION III - Le devoir conjugal, sexualité matrimoniale suggérée.....	378
§ I – L’interprétation du devoir de cohabitation.....	379
§ II – Respect du devoir conjugal et prohibition du viol entre époux : un antagonisme juridique ?	383
CHAPITRE II – Les nouvelles formes de sexualité.....	389
SECTION I – La nouvelle sexualité face au droit pénal	390
§ I – La sexualité et le droit pénal : couple indissociable	390
§ II – Le droit pénal à l’épreuve des nouvelles pratiques sexuelles	395
SECTION II – Sexualité et numérique	404
§ I – De la quête du plaisir à la volupté illicite	405
§ II – Le marché de la sexualité numérique	413
SECTION III – Une sexualité déshumanisée	420
§ I – Le recul constant de la sexualité humaine	421
§ II – Déshumanité recherche humanité.....	425
Conclusion générale	435
Bibliographie.....	441
Index.....	495
Table des matières	499