

La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ?

Danièle Lochak

▶ **To cite this version:**

Danièle Lochak. La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ?. Daniel Borrillo; Danièle Lochak. La liberté sexuelle, PUF, pp. 7-37, 2005, 2-13-054889-X. hal-01762202

HAL Id: hal-01762202
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01762202

Submitted on 25 Jun 2021

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.

La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ?

Danièle Lochak

in Daniel Borrillo, Danièle Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, pp. 7-37

Les pratiques sexuelles sont-elles soumises au même régime juridique que les autres activités humaines ou comportements sociaux ? Peuvent-elles l'être, doivent-elles l'être ? Y a-t-il, à proprement parler, une liberté sexuelle, que le droit appréhenderait à l'instar des autres libertés, sur le modèle de la liberté de conscience ou de la liberté d'expression, par exemple, conformément aux principes qui fondent la société démocratique et l'État de droit ?

Dans le domaine de la sexualité, si l'on s'en tient à la période moderne et contemporaine et aux pays occidentaux, la liberté s'est incontestablement accrue en même temps que s'est affaibli le poids de la morale traditionnelle, foncièrement méfiante vis-à-vis de tout ce qui touche au sexe. Peut-on affirmer, pour autant, que les principes qui régissent l'encadrement des libertés restent intégralement valables s'agissant des pratiques sexuelles et, si oui, qu'ils sont appliqués de la même façon ? Les individus sont-ils « libres et égaux » face à la sexualité ? Pour quels motifs, au nom de quels impératifs est-il légitime de restreindre la liberté en matière sexuelle, d'interdire certaines pratiques sexuelles ? Comment la règle juridique s'articule-t-elle à la norme sociale qui reste – ici plus souvent encore qu'ailleurs – largement teintée de morale ?

Dotée d'un statut incertain (I), la liberté sexuelle n'est pas une liberté tout à fait comme les autres. Et si, à l'instar des autres libertés, il est légitime de la soumettre à des restrictions, l'analyse de ces restrictions montre qu'ici plus encore qu'ailleurs la règle juridique a du mal à s'affranchir des considérations morales (II).

Le statut incertain de la liberté sexuelle

Peut-on parler de liberté sexuelle alors qu'elle n'est proclamée par aucun texte et qu'elle apparaît au mieux comme le corollaire d'autres libertés ? En tout état de cause, cette liberté ne se concrétise pas vraiment dans un droit reconnu et protégé – ce qui explique qu'on s'accommode apparemment aussi aisément des entraves qui lui sont apportées et des interdits qui accompagnent les pratiques sexuelles.

Une liberté sans source

La sexualité est quasiment absente des lois et des codes, sauf du code pénal. Le code civil n'en parle pas, sinon à propos du mariage, de façon euphémisée et allusive, pour rappeler que les époux se doivent fidélité. L'adultère lui-même, dès lors qu'il n'est plus, depuis 1975, une cause automatique de divorce, n'est plus mentionné dans les articles du code – il n'y est fait allusion que dans les annotations, en tant que cause possible du divorce pour faute.

Quant à la « liberté sexuelle », rares sont les ouvrages de droit qui l'abordent en tant que telle : il a fallu que l'homosexualité devienne – notamment à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puis dans le contexte de la mise hors-la-loi des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle – un problème de droits et libertés fondamentaux pour que les manuels en traitent ; mais si l'on trouve désormais presque toujours une entrée « homosexualité » dans les index, les mots « sexualité » ou « liberté sexuelle » en restent absents.

Il est vrai que la liberté sexuelle n'est consacrée par aucun texte ; dans la mesure où elle est garantie, c'est comme composante ou corollaire d'autres droits : la liberté individuelle *lato sensu*, en tant qu'elle implique le droit de disposer librement de soi, le droit au respect de la vie privée, le droit à une vie familiale – ou conjugale – normale[1].

L'idée de faire découler la liberté sexuelle du principe de la libre disposition de soi, donc de son corps, est celle qui vient le plus immédiatement à l'esprit. C'est au nom de ce principe que les femmes ont réclamé l'accès à la contraception et à l'avortement, dans la mesure où la crainte d'une grossesse non désirée faisait obstacle à l'exercice par elles de leur liberté sexuelle. Mais ce fondement reste juridiquement fragile, car le principe de la libre disposition de soi n'est lui-même reconnu par aucun texte de droit positif : il se déduit au mieux du principe très général de liberté[2]. La liberté de disposer de son corps est au demeurant une liberté bornée de tous côtés : par le principe de l'indisponibilité du corps humain, par la sacralisation de la vie (refus du suicide assisté, droit pour le médecin de passer outre à la volonté du malade qui refuse une transfusion sanguine lorsque le pronostic vital est en jeu), par le respect de la dignité humaine à laquelle nul ne peut porter atteinte, même sur sa propre personne, par la volonté de protéger les personnes vulnérables contre un consentement trop légèrement donné… La densité des règles qui régissent le recours aux techniques biomédicales illustre bien cet encadrement strict de la liberté de disposer de soi, qui s'exprime aussi dans les bornes mises à la liberté sexuelle (*infra*, II).

Le droit d'avoir des relations sexuelles pourrait aussi être rattaché à la protection de la vie familiale – au moins dans sa dimension conjugale –, puisque le mariage constitue le cadre par excellence des relations sexuelles. Dans des circonstances un peu particulières – il s'agissait d'une infirmière contaminée par le VIH dans le cadre de son activité hospitalière et qui avait à son tour contaminé son mari – le tribunal administratif de Paris a ainsi estimé que la responsabilité de l'État était engagée à l'égard du mari sur le fondement du droit de mener une vie familiale normale, les relations sexuelles entre époux étant une manifestation de ce droit[3]. Mais il s'agit là d'une décision d'espèce : si le droit au respect de la vie familiale est garanti par l'article 8 de la CEDH, les relations sexuelles ne sont jamais mentionnées explicitement comme une composante de ce droit ; le fait, par exemple, que la séparation des époux les prive d'une vie sexuelle normale n'est jamais évoqué dans la jurisprudence[4]. Autre hypothèse : le droit d'entretenir des relations sexuelles se déduirait du droit de se marier et de fonder une famille, énoncé dans tous les instruments internationaux (art. 16 de la DUDH, art. 23-2 du PIDCP, art. 12 CEDH). Mais un tel rattachement ne permet guère de postuler l'existence de la liberté sexuelle : d'une part, les termes « fonder une famille », à supposer même qu'ils impliquent l'existence d'enfants (le couple forme déjà une famille), ne préjugent pas du lien biologique entre les parents et les enfants et de la façon

---

[1] Comme l'énonce un des rares auteurs à consacrer un développement spécifique au droit d'entretenir des relations sexuelles : « Le droit d'entretenir des relations sexuelles n'est clairement garanti par aucun texte. Mais son existence est incontestable dans la mesure où la jurisprudence n'hésite pas à l'affirmer, en l'analysant d'ailleurs comme une manifestation du droit à la vie privée plutôt que du droit de disposer de son corps » (Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 6e éd., 2003, p. 264).

[2] Dans sa décision du 27 juin 2001, Loi relative à l'IVG et à la contraception, le Conseil constitutionnel évoque « la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration ».

[3] TA Paris, 20 décembre 1990, *M. et Mme B.*, *Rev. fr. dr. adm*. 1992.545.

[4] On pourrait pourtant imaginer que des conjoints, séparés par une décision administrative telle qu'une mesure d'expulsion déclarée illégale par le juge, demandent réparation pour le préjudice qui en est résulté, et de façon spécifique pour le préjudice sexuel. Dans le droit de la responsabilité civile, en effet, le préjudice sexuel, consistant dans les troubles apportés à la vie sexuelle ou la privation d'une vie sexuelle normale – par suite, il est vrai, d'un empêchement physique provoqué par un accident imputable à un tiers – est désormais indemnisé de façon autonome (v. Cass. 2e Ch. civ. 19 novembre 1998, n° 97-13242).

dont ils ont été conçus (ils peuvent avoir été conçus par aide médicale à la procréation ou adoptés) ; d'autre part et surtout, rattacher la liberté sexuelle au droit de fonder une famille, c'est la nier en tant que telle, puisque cela revient à cantonner les relations sexuelles dans le cadre du mariage et dans la seule perspective de la procréation.

La jurisprudence a donc tendance à rattacher la liberté sexuelle à la protection et au respect de la vie privée. Le Commission européenne des droits de l'homme a toujours reconnu, même à l'époque où elle refusait de condamner la pénalisation de comportements homosexuels, que la vie sexuelle, impliquant le droit à la liberté du comportement sexuel, constituait un « aspect important » de la vie privée dont le respect est garanti par l'article 8 de la Convention. Depuis l'arrêt Dudgeon, en 1981, la Cour affirme clairement le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix en conformité avec son identité, et l'impossibilité corrélative de réprimer pénalement l'accomplissement d'actes homosexuels en privé entre adultes consentants[5]. C'est aussi par référence au droit à la vie privée que la Cour suprême des États-Unis, dans sa décision *Lawrence et al. vs. Texas* du 26 juin 2003, a jugé que la loi du Texas réprimant la pratique de la sodomie entre deux personnes de même sexe constituait une intrusion injustifiée dans la vie personnelle et privée des individus, et violait par conséquent la *due process clause* (14e amendement), qui inclut, en tant que droit à la liberté, le droit à la protection de la vie privée[6].

Il faut noter que le droit au respect de la vie privée n'implique pas seulement la protection de l'intimité : il inclut aussi, comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, la notion d'autonomie personnelle, la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend, y compris en s'adonnant à des activités perçues comme physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne ; et il y a bien ingérence dans la vie privée – même si cette ingérence est éventuellement justifiable – lorsque l'État a recours à la contrainte ou aux sanctions pénales pour prémunir des personnes contre les conséquences du style de vie choisi par elle. La liberté sexuelle est donc incluse à un double titre dans la protection de la vie privée : à la fois en tant qu'elle relève de la sphère d'intimité (*privacy*) et en tant qu'elle exprime le droit pour chacun de s'autodéterminer.

Une liberté – ou un droit ?

On peut donc admettre que la liberté sexuelle fait désormais partie des libertés reconnues comme telles. Mais le contenu et la portée de cette liberté restent à éclaircir : que recouvre-t-elle, de quelles garanties bénéficie-t-elle ? Les aspects de la liberté sexuelle sont *a priori* multiples : droit d'avoir des relations sexuelles, mais aussi de les refuser, droit d'en choisir la nature : hétéro- ou homo- sexuelles, rétribuées, sadomasochistes, etc.

Or tous ces aspects n'ont pas le même statut juridique. Ainsi, 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. Le droit de refuser les relations sexuelles est, lui, garanti

---

[5] *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 1981, *Modinos c. Chypre*, 1993.

[6] « The petitionners are entitled to respect of their private lives… Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government… ». C'est là une extension de la jurisprudence sur la *privacy*, inaugurée par l'arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 affirmant l'inconstitutionnalité de lois étatiques réprimant l'achat et l'usage de contraceptifs en raison de ce que l'application de la loi pénale exigerait de la part des autorités qu'elles violent l'intimité des relations conjugales.

par le code pénal qui sanctionne les relations sexuelles imposées à autrui sans son consentement[7]. Mais le droit d'avoir des relations sexuelles n'est pas garanti sous la forme d'un « droit à » – pas même dans le cadre du mariage puisque, s'il implique l'obligation de consommer (l'impuissance est une cause de nullité du mariage pour vice du consentement[8]), cette obligation n'a pas pour contrepartie le droit pour l'un des époux d'imposer à l'autre des relations sexuelles contre son gré, la loi de 1980 ayant reconnu la notion de viol entre conjoints. Plus généralement, il n'existe pas d'obligation pour l'État de garantir la possibilité pour les individus d'avoir des relations sexuelles. On peut certes rappeler l'existence des « bordels militaires de campagne » destinés aux soldats et pris en charge par l'État, ou la mise en place – encore balbutiante – d'unités de vie familiale dans les prisons (v. *infra*) ; mais dans les deux cas, guère assimilables d'ailleurs l'un à l'autre, on est très loin du modèle que représente la mise en place d'aumôneries dans les casernes ou les prisons pour garantir la liberté du culte.

Sur ce point, la liberté sexuelle est donc moins bien garantie que d'autres libertés dont la protection implique l'existence d'obligations positives de la part de l'État. Au nom de ces obligations positives, reconnues en droit international des droits de l'homme[9], l'abstention de l'État est condamnable, soit parce qu'elle aboutit à porter atteinte à un droit fondamental (pour prendre des exemples tirés de la jurisprudence de Strasbourg : l'absence de soins médicaux donnés à un détenu équivaut à la violation du droit à la vie, l'absence d'une législation protectrice de l'enfant né hors mariage aboutit à une violation du droit au respect de la vie familiale), soit parce qu'elle ne permet pas la garantie « horizontale » des droits proclamés, c'est-à-dire leur protection contre les atteintes que peuvent leur porter les personnes privées, en raison par exemple de l'absence de sanctions pénales dissuasives[10].

Ce constat amène à s'interroger sur l'existence d'un véritable *droit* à entretenir des relations sexuelles – d'un droit à une vie sexuelle normale, en quelque sorte –, allant au-delà de la simple *liberté* d'avoir de telles relations. La distinction conceptuelle et l'articulation entre « droit (subjectif) » et « liberté » n'ont, il est vrai, jamais été clairement élucidées par la doctrine. Dans les ouvrages d'introduction au droit, la question, lorsqu'elle est abordée, l'est souvent dans une perspective civiliste[11], qui ne permet pas toujours de répondre à l'interrogation qui nous préoccupe ici, et les analyses des auteurs, de surcroît, ne sont pas toujours convergentes. Dans les ouvrages consacrés aux libertés publiques, la présentation la plus fréquente conduit à distinguer, dans le

---

[7] Sur cette protection essentiellement négative de la liberté sexuelle, v. notamment l'analyse de Marcela Iacub dans « Le crime était presque sexuel. Une histoire juridique du viol », in *Le crime était presque sexuel*, rééd. Champs-Flammarion, 2002, p. 40.

[8] Dans la mesure où l'aptitude aux relations intimes constitue une qualité essentielle de la personne, et où la femme, si elle avait su que son futur époux était dans l'incapacité d'avoir avec elle des rapports sexuels, n'aurait pas consenti au mariage, cette erreur sur une des qualités essentielles de la personne a vicié son consentement : CA Paris 26 mars 1982, cité par Marcela Iacub, « Le mariage des impuissants », in *Le crime était presque sexuel*, *op. cit*. p. 121s.

[9] Sur la notion d'obligations positives et d'effet horizontal des conventions, v. Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Coll. droit fondamental, 6e éd. 2003, p. 228 et s.

[10] La Cour européenne a par exemple posé l'obligation pour l'État de prévoir des peines et des procédures adéquates pour protéger les victimes de relations sexuelles non consenties (*X et Y c. Pays-Bas,* 1985), ce qui confirme que la liberté de *ne pas* avoir de relations sexuelles est bien, quant à elle, véritablement protégée.

[11] V. par exemple François Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5e éd., 2000, p. 283. Après avoir défini les droits subjectifs comme « les prérogatives que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit », l'auteur – tout en relevant que la notion de droit subjectif se distingue malaisément de celle de liberté publique – semble réserver la notion de droits subjectifs au contexte des relations entre particuliers : « les droits subjectifs se manifestent sinon exclusivement, du moins principalement dans la perspective des relations entre les particuliers ».

vaste ensemble des droits de l'homme ou des droits fondamentaux, les « droits de » – qui sont les libertés *stricto sensu* –, et les droits créances, ou « droits à » ; mais cette catégorisation n'induit pas une réflexion sur l'opportunité de distinguer « droit » et « liberté », puisque les libertés sont appréhendées comme une catégorie de droits. Les instruments internationaux n'y incitent pas non plus, dans la mesure où ils proclament indistinctement des « droits et libertés », et où les libertés proclamées le sont en tant que « droits » (« toute personne a droit à la liberté de religion, … à la liberté de réunion »).La tentation d'assimiler globalement droits de l'homme et droits subjectifs est au demeurant d'autant plus grande que, historiquement, la notion de droits de l'homme n'a pu émerger qu'à partir du moment où ils pouvaient être pensés comme des droits subjectifs dont l'individu est titulaire.

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'ordonnancement juridique à l'individu. La liberté sexuelle entre bien, nous semble-t-il, dans le champ de cette définition. L'expression « liberté publique », elle, désigne la liberté en tant qu'elle est reconnue, et le cas échéant organisée ou aménagée[12], par le droit (le qualificatif « public », on le sait, ne doit pas s'interpréter dans l'opposition à « privé » mais comme renvoyant à l'existence d'une intervention étatique, donc publique, consacrant la liberté). Les libertés publiques seraient donc « des pouvoirs d'autodétermination consacrés par le droit positif »[13]. La liberté sexuelle – sous la réserve énoncée plus haut : elle n'est consacrée qu'indirectement par le droit positif, comme composante du droit au respect de la vie privée – peut en ce sens être qualifiée de liberté publique.

Dans leur définition couramment admise, les droits subjectifs sont « les prérogatives que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit »[14]. Alors que les libertés exprimeraient de façon très générale des possibilités d'agir conférées au sujet (liberté de religion, de communication, d'aller et venir), le droit subjectif désignerait des prérogatives plus nettement précisées[15]. Ainsi, la propriété serait plus qu'une liberté : un véritable droit subjectif en tant que « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». S'agissant de la vie privée, on pourrait repérer, à côté de la liberté de la vie privée, consistant pour chacun à faire ce qui lui plaît dans la sphère de son intimité, un droit subjectif de faire respecter cet espace privé par les tiers, consacré par l'article 9 du code civil, et garanti par l'existence d'une action en justice. Dit autrement : la liberté désignerait la possibilité même d'agir, indépendamment des tiers, alors que le droit subjectif présupposerait un tiers auquel il est opposable en tant que « droit de faire valoir une prérogative donnée à l'encontre d'autrui »[16]. Dans cette perspective, la liberté sexuelle s'accompagnerait d'un droit subjectif lorsque l'individu a les moyens de faire reconnaître le caractère illégitime des empiètements sur cette liberté et de les faire cesser (cas d'une législation réprimant l'homosexualité).

---

[12] Certaines libertés supposent en effet pour s'exercer un cadre juridique préexistant (telles la liberté d'association ou la liberté syndicale). D'une façon générale, le droit positif doit prévoir la possibilité pour le titulaire de la liberté de défendre celle-ci contre les empiètements des tiers – État ou personnes privées – notamment par une action en justice.

[13] Jean Rivero, Hugues Moutouh, *Libertés publiques*, T. I, PUF, coll. Thémis, 9e éd., 2003, p. 7.

[14] François Terré, *op. cit.* p. 283.

[15] En ce sens, v. Daniel Gutmann, entrée « droit subjectif » du *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004. .

[16] Daniel Gutmann, précité.

La distinction proposée par Géraud de La Pradelle[17] – qui récuse le concept de « droit subjectif » et préfère appréhender les « droits et les « libertés » comme deux types de situations subjectives – débouche sur une conception plus extensive de la liberté et plus restrictive du droit. Ce n'est pas tant l'opposabilité aux tiers qui fait la différence entre « droit » et « liberté » que le mode de détermination de leurs contenus respectifs. Le « droit » se singularise par la manière dont est définie sa matière : ce que le sujet peut faire ou ne pas faire, en vertu de son « droit », est déterminé de façon relativement précise (l'auteur donne comme exemple les droits respectifs du bailleur et du preneur) et il ne peut aller au-delà ce que la législation et la jurisprudence lui permettent de faire. À l'opposé, le contenu de la liberté reste relativement indéterminé : les dispositions qui consacrent une liberté se contentent d'en tracer les bornes et d'en prévoir la protection ; elles ne précisent pas ce qui est permis, mais disent seulement ce qui est interdit[18] et laissent donc une plus grande autonomie à son titulaire. En revanche, l'opposabilité aux tiers ne caractérise pas de façon spécifique le droit mais est partie intégrante de la liberté : la loi qui définit la liberté la protège aussi contre les tiers en déterminant des limites que les autorités publiques, comme les personnes privée, doivent respecter[19].

Sans avoir ici à trancher le débat conceptuel autour de la notion de droit subjectif, il nous paraît néanmoins 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 : le droit subjectif, au sens d'un droit juridiquement protégé, est donc inséparable de la liberté, il en est la condition d'existence. Sinon, la liberté n'est qu'une simple faculté, toujours susceptible d'être remise en cause. Ce qui est vrai, en revanche, c'est que la consistance et l'étendue des droits reconnus au titulaire d'une liberté peut varier, et que c'est là le test de l'importance qui lui est reconnue et de son effectivité. S'agissant de la liberté sexuelle, on l'a vu, fait défaut la possibilité d'exiger d'autrui un comportement positif pour rendre cette liberté effective. Ceci est dû pour une part à la nature même de l'activité sexuelle : on a du mal à imaginer les moyens permettrant de garantir à tous le droit d'avoir des relations sexuelles, on ne voit guère comment l'État ou la société pourrait proclamer un véritable « droit à » des relations sexuelles, en tant que droit créance. Ceci supposerait non seulement de reconnaître aux prestations sexuelles un caractère d'intérêt général[20], mais aussi de recruter des agents capables de fournir ce type de prestations…ce qui est moins simple que de recruter des aumôniers… Mais la faiblesse des droits subjectifs par lesquels se concrétise la liberté sexuelle résulte aussi d'une réticence plus fondamentale à la reconnaître comme une véritable liberté.

Une liberté encadrée et précaire

[17] Géraud de La Pradelle, *Essai d'introduction au droit français*, Erasme, 1990, pp. 228 s.

[18] L'affirmation est à nuancer. En effet les textes internationaux sont beaucoup moins elliptiques que le droit interne, comme l'atteste par exemple la définition de la liberté de pensée, de conscience et de religion qu'on retrouve sous une forme assez proche dans la Déclaration universelle, le Pacte international sur les droits civils et politiques (1966) et la Convention européenne des droits de l'homme : « ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ».

[19] Ainsi, là où Daniel Gutmann voit dans les pouvoirs donnés au juge par l'article 9 du Code civil la consécration d'un droit subjectif couplé avec la liberté mais distinct d'elle, Géraud de La Pradelle y voit une composante même de la liberté, qui n'existe que si elle est protégée contre les empiètements d'autrui.

[20] Ce qu'on peut admettre en pensant aux catégories de population qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, accéder à une activité sexuelle normale, comme les personnes atteintes d'un handicap moteur.

L'activité sexuelle est plus encadrée que la plupart des activités humaines, même si la réglementation est ici indirecte, s'exprimant essentiellement par l'intermédiaire de la loi pénale qui, en énumérant ce qui est interdit, indique en creux ce qui est permis ; elle est aussi plus facilement sacrifiée, comme le montre le sort des personnes enfermées.

Que le code pénal réglemente en creux les pratiques sexuelles est devenu plus évident encore depuis que les anciennes incriminations d'"attentats aux mœurs" – incluant l'outrage public à la pudeur, l'attentat à la pudeur, l'excitation à la débauche – ou d'outrage aux bonnes mœurs ont fait place à des infractions faisant une référence beaucoup plus directe au sexe[21]. Les termes au contenu sémantique flou, tels que « mœurs », « pudeur », « débauche », ont disparu pour faire place à d'autres, plus précis et plus explicitement reliés à des comportements sexuels : ainsi, par exemple, l'attentat à la pudeur fait place aux « agressions sexuelles » définies comme « toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise » (art. 222-22), l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public (art. 222-32) remplace l'outrage public à la pudeur (ancien art. 330), etc.

Mais, sous couvert de mieux protéger les individus contre les abus sexuels – c'est-à-dire, pour l'essentiel, contre les actes sexuels non consentis, puisque c'est le consentement qui sert désormais en principe de ligne de partage entre les comportements licites et illicites – le législateur a multiplié les infractions et accru la sévérité des peines. La loi du 23 décembre 1980 a élargi la définition du viol afin de permettre l'incrimination de la sodomie et de la fellation ; le nouveau code pénal a créé un délit de harcèlement sexuel, réprimé par l'article 222-33, défini comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » (la référence à l'usage de la menace ou de la contrainte ainsi qu'à l'abus d'autorité qui figuraient dans la définition initiale a été supprimés par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002) ; sous la rubrique de la « mise en péril des mineurs » sont réprimés des pratiques sexuelles dans lesquelles les mineurs sont ou risquent d'être impliqués, directement ou indirectement[22], mais aussi le fait d'entretenir des relations sexuelles, même consenties, avec un mineur de quinze ans[23], la peine, initialement fixée à deux ans de prison, ayant été portée à cinq ans en 1998, ce qui atteste de l'évolution de la réglementation de la sexualité sans violence entre enfants et adultes dans un sens de plus en plus restrictif.

On a souligné le paradoxe qui veut que la libéralisation des mœurs aille de pair avec une « pénalisation toujours plus spectaculaire des comportements sexuels » : élargissement des catégories d'infractions, augmentation de la longueur des peines encourues ou prononcées (le viol finit par être réprimé plus sévèrement par les juges que l'homicide), dérogations au droit pénal commun (peines incompressibles, fichier d'empreintes génétiques, fichage des auteurs

[21] Pour une analyse du changement de paradigme introduit par le nouveau code pénal, v. notamment Danièle Mayer, « Le droit, promoteur de la liberté des mœurs ? » in *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994, pp. 55-60. V. aussi l'analyse proposée par Marcela Iacub du passage de l'ancien « régime des mœurs » au « régime du sexe » illustré notamment par la loi de 1980 modifiant la définition du viol (*Le crime était presque sexuel*, *op. cit*. p. 37 et s.)

[22] Le fait « d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe » (art. 227-22) ; « le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique » (art. 227-23) ; le fait de fabriquer, de transporter ou de diffuser un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsque ce message est susceptible d'être vu par un mineur (art. 227-24).

[23] Le code réprime « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans » (art. 227-25).

d'infractions sexuelles, même en l'absence de condamnation, obligation de soins…)[24]. Même paradoxale, la réalité est bien celle d'un encadrement répressif de la sexualité dont les mailles ont tendance à se resserrer plutôt qu'à se desserrer au fil des ans.

Au passage, le sort de la liberté sexuelle fait apparaître en pleine lumière les ambiguïtés du régime dit « répressif ». Caractérisé, par opposition au régime préventif, comme celui qui permet à une activité de s'exercer librement, sous réserve de respecter les limites posées par la loi si l'on ne veut pas s'exposer aux sanctions qu'elle prévoit, ce régime est considéré comme le plus conforme aux exigences de la liberté. La valeur libérale qui lui est attribuée provient notamment de ce qu'il met en œuvre le principe selon lequel la liberté est la règle et la restriction l'exception et garantit la sécurité juridique : tout ce que la loi n'interdit pas est licite, et l'individu sait par avance quelles sont les limites qu'il ne doit pas franchir et à quelle sanction il s'expose s'il les franchit[25]. Mais à mesure que le législateur multiplie les infractions, il restreint d'autant le champ de la liberté, tandis que l'aggravation des peines alimente une spirale répressive : le régime répressif libéral risque à tout moment de se muer en un régime d'authentique répression.

Encadrée, réglementée, la liberté sexuelle est aussi de celles qu'on n'hésite pas à sacrifier. On en tiendra pour preuve la facilité avec laquelle on admet que les personnes privées de liberté puissent se voir interdire toute activité sexuelle.

L'interdiction faite aux détenus d'avoir des relations sexuelles ne s'appuie sur aucun texte. S'agissant des relations sexuelles entre détenu(e)s, le tabou est d'autant plus fort qu'il s'agit, par hypothèse, de relations homosexuelles. Il est en tout état de cause difficile d'y voir l'expression de la liberté sexuelle, dans la mesure où le choix d'un partenaire de même sexe n'est la plupart du temps qu'un choix contraint, et non pas libre – sans même parler de la violence sexuelle, dont l'ampleur qu'elle revêt dans les prisons vient signifier à quel point la liberté sexuelle « négative » elle-même y est mal garantie. Concernant les relations sexuelles lors des parloirs, l'attitude des services pénitentiaires varie fortement d'un établissement pénitentiaire à l'autre : dans un certain nombre de prisons, elles sont tolérées par le personnel ; dans d'autres, on se fonde pour les interdire sur l'article D 249-2-5° du code de procédure pénale, qui dit que constitue une faute disciplinaire le fait pour un détenu « d'imposer à la vue d'autrui des actes obscènes ou susceptibles d'offenser la pudeur »[26]. Même lorsqu'elles ont tolérées, ces relations se déroulent dans des conditions de promiscuité inacceptables, tant pour le couple concerné que pour les spectateurs obligés (autres visiteurs ou détenus, fonctionnaires pénitentiaires). Se fondant sur ce constat, opéré à l'issue de la visite des établissements pénitentiaires français, le Comité pour la prévention de la torture a invité à plusieurs reprises, et dès 1991, le gouvernement français à étudier la possibilité de créer des locaux rendant possibles les visites prolongées aux détenus dans des conditions permettant la poursuite de relations familiales et affectives avec leurs proches[27], comme l'ont déjà fait certains pays – notamment le Canada, les Pays-Bas, l'Espagne ou les pays scandinaves.

Le retard pris, en France, dans la mise en place des « parloirs intimes » atteste des réticences à

---

[24] Voir notamment Marcela Iacub, Patrice Maniglier, « Comportements sexuels : les infortunes de trop de vertu », *Le Monde*, 2 février 2002. Voir aussi les contributions de Daniel Borrillo et de Jean-François Chassaing dans cet ouvrage.

[25] Pour une analyse plus détaillée du régime répressif, v. notamment J. Rivero, H. Moutouh, précité, p. 175 et s.

[26] Voir *Le nouveau guide du prisonnier*, OIP-Ed. de l'Atelier, 2000, p. 204 et s. et le rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur les droits de l'homme en prison, mars 2004 <www.commission-droits-homme.fr/binInfoGeneFr/affichageDepeche.cfm?iIdDepeche=118>.

[27] Rapport du CPT de la visite du 27/10 au 08/11/1991

accepter qu'il y ait place pour la sexualité en prison. Entre 1985 et 1999, plusieurs rapports ont été rédigés sans déboucher sur aucune mesure concrète[28]. Ce n'est finalement qu'à partir de 2001 que des « unités de visites familiales » ont été mises en place dans quelques établissements, à titre expérimental[29]. Reste qu'il ne s'agit pas d'un véritable droit, pour les détenus, en raison des conditions strictes auquel l'accès à ces unités est soumis, du petit nombre de personnes qui ont une chance d'y accéder, du pouvoir discrétionnaire laissé au directeur en la matière. Le dispositif, qui ne laisse aucune place à des relations sexuelles autres que conjugales, vise par ailleurs plus à préserver les liens familiaux qu'à garantir le droit à une vie sexuelle normale.

Le cas des personnes hospitalisées pour troubles mentaux est plus significatif encore, dans la mesure où l'interdiction des relations sexuelles – ici, entre les malades – semble être la norme, qu'elle figure expressément dans les règlements intérieurs ou qu'elle soit appliquée en tant que règle implicite. Or non seulement rien, dans les textes, ne justifie cette privation de la liberté sexuelle, mais tout au contraire les dispositions issues de la loi du 27 juin 1990 qui a réformé le régime de l'hospitalisation plaident en sens contraire. Les malades en hospitalisation libre bénéficient « des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause » (art. L 3211-2 CSP). Concernant les malades mentaux hospitalisés sans leur consentement, « les restrictions à l'exercice de [leurs] libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitée par [leur] état de santé et la mise en œuvre de [leur] traitement » (art. L 3211-3). On pourrait donc admettre que des considérations propres à tel malade ou tel type de trouble justifient, dans des circonstances particulières, des restrictions à l'activité sexuelle d'un malade, dans le but de le protéger lui ou de protéger les autres pensionnaires ; mais l'interdiction générale et absolue qui semble encore être la règle dans de nombreux établissements constitue une violation de la loi et témoigne de la difficulté à appréhender la sexualité comme une liberté à sauvegarder.

Les bornes de la liberté sexuelle : la difficile autonomisation du droit face à la morale

La liberté ne suppose pas l'absence de normes : les règles sont nécessaires pour garantir la liberté contre les ingérences d'autrui ; elles sont là, également, pour organiser la coexistence entre des libertés qui peuvent entrer en conflit et concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société[30]. La liberté sexuelle n'échappe pas sur ce point au sort commun des libertés. Et si l'on s'interroge sur la marge d'intervention que peut revendiquer l'État en matière sexuelle, sur les raisons légitimes qui peuvent le conduire à encadrer, voire interdire certaines formes de sexualité, certaines pratiques sexuelles, il faut se référer au paradigme fondamental dans lequel s'énonce la problématique des restrictions aux libertés dans une démocratie libérale : la liberté de chacun a pour bornes la liberté d'autrui d'un côté, le bien commun de

[28] V. aussi Michael Faure, « Le droit à l'intimité en détention », *Le Monde Diplomatique*, février 1999.

[29] Au sein du centre pénitentiaire de Rennes (femmes), des maisons centrales de Poissy et de Saint Martin en Ré. Ces unités offrent aux détenus condamnés la possibilité de recevoir des membres de leur famille dans des appartements implantés dans l'établissement pénitentiaire, spécialement aménagés, dont l'organisation matérielle respecte l'intimité des échanges. Les conditions permettant d'en bénéficier sont strictes. Le chef d'établissement détermine la durée de la visite, entre 6 heures minimum et 48 heures maximum (Circulaire du 18 mars 2003 relative à l'expérimentation d'unités de visites familiales).

[30] Pour un essai de formalisation de cette question, voir D. Lochak, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs* n° 84/1998, p. 15-30.

l'autre. Paradigme que précisent les conventions internationales relatives aux droits de l'homme en rappelant que les droits qu'elles énoncent peuvent faire l'objet de restrictions, à condition d'être prévues par la loi, édictées dans un but légitime – la protection de la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui… –, et nécessaires dans une société démocratique.

Reste, bien sûr, dans chaque cas, à déterminer la consistance de ce « bien commun » et les conditions d'un équilibre entre les exigences de la vie en société et les libertés individuelles. Tâche d'autant plus délicate que ces exigences n'ont pas seulement une dimension matérielle mais aussi une dimension immatérielle : le principe est admis, en effet, qu'il est légitime, y compris dans une démocratie fondée sur le pluralisme, de poser des bornes aux libertés pour préserver des valeurs jugées essentielles au maintien du lien social. Cette référence aux valeurs, qu'on aurait pu croire condamnée par le reflux de la morale traditionnelle et le dépérissement des idéologies, ressurgit même avec une vigueur accrue sous la forme de l'impératif éthique, dont la dignité est la figure la plus commune, conduisant à mettre hors-la-loi des comportements jusqu'alors tolérés, notamment, quoique non exclusivement, des comportements liés à la sexualité.

Que l'on invoque la morale, la moralité publique, la dignité, c'est finalement toujours l'impossibilité pour la norme juridique de s'affranchir de considérations morales qui est en cause. L'étude de la législation, et plus encore de la jurisprudence, montre à quel point la voie est étroite, pour tout ce qui touche au sexe et à la sexualité, entre la légitime préoccupation de faire respecter par tous certaines valeurs communes et l'imposition d'un ordre moral.

La protection de la morale

Le débat sur le point de savoir si la loi peut et doit interdire des comportements immoraux est ancien. La Révolution française avait fixé au droit pénal des limites, en se bornant à interdire ce qui pouvait causer du tort à autrui : dans ce contexte, la sexualité, quelles que soient ses formes, se trouvait hors du champ d'intervention du droit et relevait strictement de la morale privée tant qu'elle ne portait pas atteinte à la liberté d'autrui[31]. Jeremy Bentham et John Stuart Mill, représentants de la philosophie pénale utilitariste, ont eux aussi plaidé qu'on ne pouvait punir une conduite au seul motif qu'elle porte atteinte au code moral en vigueur dans la communauté, et qu'une peine n'est justifiée que si la conduite incriminée est directement nuisible soit aux individus ou à leur liberté, soit à l'intérêt collectif des membres de la société. Ces thèses allaient toutefois à l'encontre des vues dominantes, selon lesquelles le droit pénal doit contribuer à la suppression du vice et à la promotion de la vertu et par conséquent réprimer les conduites que la morale réprouve[32].

La controverse s'est poursuivie au XX^{e} siècle. Sans même faire l'inventaire des législations internes qui prohibent les comportements considérés comme immoraux, on peut déjà relever que les textes internationaux, y compris la Convention européenne des droits de l'homme, désignent la protection de la morale parmi les objectifs légitimes de restriction aux libertés[33]. En 1955, dans

---

[31] Pierre Lascoumes, « L'homosexualité, entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté » in D. Borrillo (dir). *Homosexualités et droit*, PUF, Les voies du droit, 1999, p. 116-119.

[32] V. Herbert L.A. Hart, « La moralité du droit », in *Droits*, n° 19/1994, Droits et mœurs, pp. 105-12

[33] L'article 29 de la Déclaration universelle parle des « justes exigences de la morale […] ; les articles 8 (vie privée, 10 (liberté d'expression), 11 (liberté de réunion et d'association) de la CEDH évoquent la protection de la morale , l'article 9 (liberté de religion) la protection de la morale publique ; le Pacte sur les droits civils et politiques

la première affaire de ce type qui lui a été soumise, la Commission européenne des droits de l'homme a admis que la répression pénale de l'homosexualité pouvait être justifiée par la protection de la morale. À la même époque, en Angleterre, la proposition de dépénaliser les actes homosexuels a été l'occasion d'un affrontement entre deux « camps » : d'un côté, ceux qui estimaient que la fonction du droit pénal n'est pas de chercher à faire respecter un modèle particulier de comportements en interdisant des pratiques jugées immorales, et qu'il doit se borner à « préserver l'ordre et la décence publique » – c'était la position à laquelle s'était rangée la Commission Wolfenden, mise sur pied pour étudier la législation sur la prostitution et l'homosexualité, dont elle proposait l'abrogation ; de l'autre, ceux qui prétendaient qu'il est légitime de punir l'immoralité en tant que telle, même si elle n'entraîne aucune conséquence préjudiciable pour autrui, parce qu'une société ne peut survivre sans certains « standards moraux » dont la majorité ne peut admettre la violation[34] ; s'agissant de l'homosexualité, ces derniers estimaient que la loi qui la réprime devait rester en vigueur, même si elle n'était pas efficace, en tant que symbole de sa condamnation officielle par l'État.

Qu'on s'en félicite ou qu'on le déplore, il est, de fait, impossible de nier la fonction symbolique de la règle juridique : le rôle du droit n'est pas seulement d'interdire ou de réglementer des comportements potentiellement nuisibles à autrui ou à la société mais aussi de poser des interdits au nom de valeurs considérées comme fondamentales. L'objectif de la loi pénale n'est pas seulement de punir ou de dissuader par la menace de sanctions, mais aussi de signifier publiquement que la société ne reconnaît pas les conduites incriminées comme normales ou légitimes[35].

Et c'est pourquoi, si l'évolution de la morale sexuelle a déplacé les termes du débat, elle n'y a pas mis fin. La jurisprudence de la Cour européenne en fournit là encore un bon test. Si, dans l'arrêt *Dudgeon* (1981), elle arrive à la conclusion qu'aucun besoin social impérieux ne justifie la répression des rapports homosexuels privés entre adultes consentants, dont il est désormais majoritairement admis qu'ils ne menacent pas la morale, elle n'en admet pas moins la possibilité de légiférer dans ce domaine, non seulement « pour prémunir des fractions données de la société » (v. *infra*), mais aussi « l'éthique de celle-ci dans son ensemble ». Et la jurisprudence ultérieure montre que la Cour n'a nullement renoncé à appliquer le critère de la protection de la morale. Dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. RU* (1997), concernant l'interdiction des pratiques sado-masochistes, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée, pour écarter le grief de violation du droit à la vie privée, sur la protection de la santé, de sorte qu'elle n'a pas eu à examiner la requête sous l'angle de la protection de la morale ; elle a néanmoins pris soin de préciser qu'il ne fallait pas interpréter l'arrêt « comme mettant en cause le droit de l'État de chercher à détourner de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale ». Dans l'affaire *Müller c. Suisse* (1988), qui concernait l'exposition de tableaux considérés comme obscènes parce qu'ils représentaient « crûment » des relations sexuelles, en particulier entre hommes et animaux, la Cour a admis que la condamnation pénale et la confiscation des œuvres étaient justifiées par la protection de la morale : car même si les conceptions de la morale sexuelle ont évolué, dit-elle, les juges suisses ont pu estimer que les tableaux étaient de nature à « blesser brutalement, par

---

évoque alternativement « la morale » (art. 18 relatif à la liberté de religion) ou la « moralité publique » (art. 19, 21 et 22 relatifs à la liberté d'expression, de réunion, d'association).

[34] Sur cette controverse, qui a opposé notamment Lord Devlin, juge à la Chambre des Lords (*The enforcement of morals*, 1959) et Herbert L.A. Hart (*Law, Liberty and Morality*, 1963), voir R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, 1977, trad. fr. PUF, 1995, p. 349 et s.

[35] Pour prendre un exemple en dehors du champ de la sexualité, c'est au nom des principes d'égalité et de dignité que sont incriminés les propos racistes ou les comportements discriminatoires.

l'accent mis sur la sexualité dans certaines de ses formes les plus crues la décence sexuelle des personnes dotées d'une sensibilité normale ».

La moralité publique, concession au relativisme de la morale[36]

Reste que, dans nos sociétés modernes, laïcisées et pluralistes, il n'est plus possible de se référer à une morale objective et transcendante fournissant les critères du bien et du mal. C'est la raison pour laquelle, à l'invocation solennelle de *la* morale est souvent préférée une référence plus modeste à la « moralité publique ». La morale connote l'absolu, elle renvoie à des valeurs stables, transcendantes, incontestables, qui restent marquées par leur origine religieuse ; la moralité publique fait référence à la sensibilité d'une collectivité donnée, située dans le temps et dans l'espace, elle est essentiellement contingente, évolutive, relative[37].

La défense de la moralité ou des bonnes mœurs est un objectif explicitement ou implicitement assigné à certaines polices spéciales[38] : la police du cinéma, concrétisée par le visa ministériel auquel est subordonné l'exploitation des films, et qui vise à empêcher « la projection des films contraires aux bonnes mœurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique »[39] ; le dispositif institué par la loi du 31 décembre 1975 visant les films « à caractère pornographique ou d'incitation à la violence », plus couramment dénommés « films X » ; la loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, qui permet d'interdire à la vente aux mineurs de 18 ans, à l'exposition et la publicité les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique ou de la place faite au crime ou à la violence ; la police des débits de boissons, dont la fermeture peut être ordonnée « en vue de préserver l'ordre public, la santé ou la moralité publiques »…

Même sans texte, la moralité publique constitue un but légitime d'intervention de la police administrative, en tant qu'élément de l'ordre public. En se limitant ici aux espèces où étaient en cause des comportements sexuels ou des représentations de la sexualité, on peut rappeler que le Conseil d'État a notamment admis la possibilité « d'ordonner la fermeture de lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique » (*Jauffret*, 1960) ; le droit pour un maire d'interdire dans sa commune un film dont la projection était « susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public » (*Sté des Films Lutétia*, 1959. L'arrêt, très contesté en son temps, n'en a pas moins été confirmé par la suite) ; le droit pour l'administration de subordonner l'autorisation de gérance d'un kiosque sur la voie publique à la condition de ne pas vendre dans ce kiosque des publications licencieuses (*Sté nationale d'éditions cinématographiques*, 1957).

L'exemple de la lutte contre la prostitution, au cœur de ce qu'on désigne, justement, comme la « police des mœurs », permet d'illustrer la différence entre la morale et la moralité publique.

---

[36] Pour une analyse plus systématique des relations entre les notions de bonnes mœurs, de morale et de moralité publique, et en particulier des rapports que la notion de bonnes mœurs entretient avec le sexe, v. Danièle Lochak, « Le droit à l'épreuve de bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique » in *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF 1994, pp. 15-53.

[37] La polysémie du mot « morale » est confirmée par le *Grand Robert* qui propose trois acceptions possibles du terme : l'ensemble des règles de conduite considérées comme valables de façon absolue ; l'ensemble des règles de conduite découlant d'une conception de la morale ; l'ensemble des habitudes et des valeurs morales, dans une société donnée (renvoyant alors aux « mœurs »).

[38] Pour un inventaire de ces différents mécanismes de censure, v. la contribution d'Agnès Tricoire dans cet ouvrage.

[39] CE 18 décembre 1959, *Sté "Les Films Lutetia"* (*S.* 1960 p. 94, concl. Mayras).

Si, à l'époque du gouvernement de l'Ordre moral, il semblait encore parfaitement normal et naturel d'invoquer la morale et la religion pour justifier le sort réservé aux prostituées, les républicains opportunistes, défenseurs de la laïcité, n'invoqueront plus la morale, qui condamne le vice et la débauche comme formes du « péché », mais la « moralité publique », qu'il faut protéger du spectacle dégradant de la prostitution du trottoir[40]. Si la prostitution est impossible à supprimer, du moins est-il nécessaire de la limiter et d'en dissimuler le spectacle en luttant contre la licence de la rue. Le préfet Lépine aimait à rappeler que la prostitution n'est pas un délit, et que son rôle consistait seulement à la réglementer en vue « de procurer le libre passage, de proscrire le racolage scandaleux, celui qui blesse les yeux et alarme la pudeur des passants ». Une préoccupation qu'on retrouve aujourd'hui dans la fameuse LSI ou Loi pour la sécurité intérieure promulguée en mars 2003 qui, en incriminant le racolage passif, vise à faire disparaître la prostitution sur la voie publique, celle qui se voit, en se gardant bien d'invoquer des considérations morales qui déboucheraient logiquement sur un régime de prohibition.

Si la morale tire son pouvoir de contrainte de la valeur éthique des règles qui la composent, la moralité publique, entendue comme le respect des idées morales communément admises à un moment donné par la moyenne des individus, tire le sien « de la pression sociale qui s'exerce en faveur de leur stricte observance »[41]. Une conduite est immorale, en ce sens, parce qu'elle va « à l'encontre des mœurs dominantes qui, parce que telles, sont collectivement estimées bonnes »[42]. Ce relativisme rend la tâche du juge plus complexe. « Confronté à la libéralisation des mœurs et à la banalisation des représentations de la sexualité », le juge a du mal à identifier un critère objectif permettant de tracer de manière incontestable la frontière du licite et de l'illicite ». Il se réfère alors « niveau moyen des mœurs actuelles », à la « conscience collective », à celle de « la majorité – ou de l'immense majorité – des citoyens », au « consensus social »[43]. On retrouve une démarche analogue[44] chez le juge canadien, à propos de la répression de l'obscénité, que le code criminel définit comme « l'exploitation indue des choses sexuelles ». Pour déterminer si l'exploitation des choses sexuelles est « indue », les tribunaux ont adopté pour critère la « norme sociale de tolérance » – qui vise non pas ce que les Canadiens ne toléreraient pas eux-mêmes de voir, mais ce que, dans leur majorité, ils ne toléreraient pas que les autres Canadiens voient[45].

Les nouveaux habits de la morale

Dans le champ de la morale sexuelle, on a suggéré qu'on serait passé, avec la libéralisation des mœurs, d'une morale sexuelle substantive, fondée sur la notion de bonnes mœurs, à une morale formelle ou consensualiste, privilégiant la liberté de consentement[46]. Dans ce contexte, tout acte de nature sexuelle est licite dès lors qu'il se réalise entre deux adultes consentants et sans

---

[40] Jean-Marc Berlière, *La police des mœurs sous la III*è *République*, Le Seuil, 1992, p. 70 et s

[41] Pierre-Henri Teitgen, *La police municipale*, Thèse Nancy 1934.

[42] Jacques Mourgeon, « De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques », *Dalloz-Sirey*, 1974, chr. XLIV.

[43] François Ost, Michel van de Kerchove, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994, p. 105 s. Les auteurs fondent leur analyse sur l'étude de la jurisprudence belge.

[44] Analogue, mais pas exactement identique, dans la mesure où le critère de la norme sociale de tolérance, comme on le dira plus loin, ne se réfère pas aux bonnes mœurs et à la moralité publique mais à la protection de la dignité des femmes et des droits et libertés d'autrui : v. *infra*.

[45] La Cour suprême du Canada a entériné ce critère. V. notamment *R. c. Butler*, 1992, concernant une publication pornographique ; *R. c. Mara*, 1997, concernant un spectacle. Pour une analyse critique de cette jurisprudence, voir la contribution de Brenda Cossman dans cet ouvrage.

[46] *Le crime était presque sexuel*, 2e ed. Champs-Flammarion, p. 139 et s.

nuire aux tiers. La répression de la sexualité doit se limiter à protéger les individus qui ne sont pas en mesure de donner un consentement valable, notamment les mineurs, ou bien les tiers contre la vue de scènes de nature sexuelle. Des comportements interdits au nom de mœurs ont pu continuer à l'être, sous réserve d'être redéfinis, en prenant appui sur la nouvelle morale consensualiste.

Plus généralement, le recul de la morale sexuelle substantive n'a pas produit les effets qu'on pouvait attendre. Car la morale, la moralité publique, les bonnes mœurs ont été relayés par d'autres motifs justifiant des restrictions à la liberté sexuelle : la dignité et, étroitement liée à elle, la protection des plus vulnérables. Dans le nouveau code pénal, comme on l'a relevé plus haut, les messages « pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine » ne sont plus réprimés sur le fondement de l'atteinte aux bonnes mœurs mais sur celui de la « mise en péril des mineurs ». Le proxénétisme, de même, n'est plus réprimé au titre des « attentats aux mœurs », mais des « atteintes à la dignité de la personne ».

De la dignité…

Ces modifications législatives traduisent une évolution dans le champ de idées, qu'illustre de façon particulièrement éclairante le débat sur la pornographie[47]. Au début des années 60, on voit s'affronter sur ce terrain les conservateurs, qui veulent protéger la société des effets immoraux et socialement dangereux des représentations explicitement sexuelles, et qui sont donc prêts à restreindre la liberté au nom de valeurs comme la religion, la moralité, les valeurs familiales traditionnelles, aux libéraux qui défendent la liberté d'expression et voient même dans la pornographie un moyen de libérer la société de l'emprise conservatrice. À la fin des années 70, les féministes commencent à critiquer la nature sexiste des représentations sexuelles, qui favorisent la violence contre les femmes et font obstacle à l'égalité des sexes. La criminalisation de la pornographie est réclamée comme un moyen de stopper cette violence et de détruire l'instrument idéologique du sexisme[48]. Ces arguments vont amener les militants pour la défense des droits civils à modifier leur position, de sorte qu'on se bat désormais à fronts renversés : naguère les défenseurs de la liberté s'insurgeaient contre la censure et l'ordre moral au nom de la liberté d'expression et de création ; aujourd'hui ils plaident pour la censure au nom de l'atteinte portée aux droits et à la dignité de la femme[49].

Bien qu'appuyée aussi par les organisations religieuses et pro-famille, la revendication d'une pénalisation de la pornographie va échouer, aux Etats-Unis, face à l'attachement à la liberté d'expression. Les arguments des féministes trouveront en revanche un écho auprès des juridictions canadiennes : la Cour suprême du Canada va admettre la constitutionnalité des dispositions imposant des restrictions au matériel pornographique non pas au nom de la morale, mais parce

---

[47] Pour une analyse de cette controverse, v. par exemple : Dany Lacombe, « Un genre troublé : le féminisme, la pornographie, la réforme du droit et la thèse de la reproduction de l'ordre social », *Déviance et Société*, 1992, vol. 16, n° 3, pp. 239-261.

[48] Cette position est notamment théorisée par Catharine MacKinnon, « Pornography, Civil Rights and Speech », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review*, 1985, 20/1 ; *Only words*, 1994.

[49] Comme le relève Ronald Dworkin, en se référant à la situation des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne : « Liberté et pornographie », *Esprit*, octobre 1991, p. 97. Sur ce paradoxe, v. aussi Ruben Ogien, *op. cit.* p. 12 et s. ; Clarisse Fabre, Eric Fassin, *Liberté, égalité, sexualités*, Belfond-Le Monde, 2003, pp. 203-204. Il importe toutefois de rappeler qu'il existe, au sein du mouvement féministe lui-même, un courant critique du discours contre la pornographie, dont Judith Butler est l'une des représentantes les plus connues. V. aussi dans cet ouvrage les contributions de Janet Halley et de Brenda Cossman.

qu'il est perçu par l'opinion publique comme nocif pour la société, notamment pour les femmes[50].

Dans l'affaire *Butler* (1992), la Cour relève que la prohibition de la vente de « matériel obscène » « vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société, ce qui constitue une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction de la liberté d'expression ». L'obscénité, on l'a dit plus haut, résulte de l'exploitation « indue » des choses sexuelles, ce caractère indu étant apprécié par référence au critère de la « norme sociale de tolérance » : du matériel pornographique sera considéré comme obscène si, compte tenu du préjudice social qu'il engendre (par l'influence qu'il peut avoir sur les comportements ou les représentations), les Canadiens, dans leur majorité, ne toléreraient pas que les autres Canadiens le voient[51]. Dans l'affaire *Mara* (1997), où était en cause l'interdiction d'un spectacle, la Cour a estimé que le spectacle en question, qui comportait des attouchements sexuels poussés entre les danseuses et les clients, outrepassait la norme de tolérance car ce type d'activité est préjudiciable à la société à maints égards : il dégrade et déshumanise les femmes, il banalise la sexualité, il est incompatible avec la dignité et l'égalité de tous les êtres humains ; il prédispose, en outre, les personnes à agir d'une manière antisociale.

La Cour prend soin, on le voit, de ne pas se fonder simplement sur l'atteinte à la dignité des femmes, mais sur l'existence d'un préjudice social plus général. Mais quand on s'attache à éclaircir en quoi consiste le préjudice causé à la société, on s'aperçoit qu'il s'agit, pour l'essentiel, d'une atteinte à une certaine conception de la moralité. Certes, il est affirmé que le matériel ou les spectacles pornographiques prédisposent les personnes à agir de manière antisociale (on reconnaît là l'un des arguments en faveur de la répression de la pornographie qui inciterait à la violence contre les femmes) – mais cette affirmation n'est étayée sur aucun fait précis. Certes encore, les juges se défendent de vouloir « imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle » au seul motif qu'elle reflèterait les conventions d'une société donnée. Mais, s'attachant à distinguer deux ordres de moralité, ils reconnaissent au Parlement le droit de légiférer en se fondant « sur une certaine conception fondamentale de la moralité, aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique » ; et en l'espèce, comme il est énoncé de façon explicite sous la plume des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, le préjudice réside « dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines ».

La conséquence de cette promotion de la dignité c'est qu'elle peut conduire à interdire – contrairement aux principes de la morale consensualiste – des comportements sexuels librement consentis, comme la prostitution ou le sado-masochisme. Soit parce qu'on estime que le consentement n'est pas absolument libre – vicié par la domination masculine, donc par l'inégalité des sexes –, soit parce qu'on pose en principe que l'individu n'est pas libre de brader sa dignité[52].

---

[50] *R. c. Butler*, 1992, et *R. c. Mara*, 1997, précités. Pour une analyse critique de cette jurisprudence, voir la contribution de Brenda Cossman. On trouve aussi une analyse de la jurisprudence canadienne et des thèses qui la sous-tendent dans l'ouvrage de Ruben Ogien, *Penser la pornographie*, PUF, Questions d'éthique, 2003.

[51] La représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constituera presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles, précise la Cour. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants.

[52] Rappelons toutefois que le conflit latent entre dignité et liberté n'est pas propre à la sexualité : la dignité est aussi invoquée pour interdire d'autres formes de la libre disposition de soi : interdiction des spectacles de lancers de nains, du port du foulard islamique, du suicide assisté, encadrement strict du don d'organe, etc.

Dans l'affaire *Mara*, les juges avaient même été plus loin en relevant que non seulement le consentement des femmes ne changeait rien au caractère dégradant des actes, mais que l'apparence même de consentement était susceptible de rendre les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants. Or, comme le relève Marcela Iacub à propos de la prostitution, dire que vendre un service sexuel équivaut à une forme d'esclavage ou attente à la dignité de la femme, c'est prendre parti sur ce que la sexualité devrait signifier pour chacun(e), en contradiction avec les principes d'une morale consensualiste[53].

… à la protection des droits et intérêts d'autrui

La réticence à invoquer la protection de la morale conduit à se tourner vers d'autres motifs de restriction aux libertés, et notamment vers celui qui paraît le moins contestable et le plus neutre : la protection des droits et intérêts d'autrui. Mais l'impératif de la protection d'autrui n'est parfois qu'une autre face de la préservation de la morale. Concernant la pornographie, on l'a vu, la référence à la morale s'est effacée devant l'objectif de protection des enfants (c'est notamment l'article 227-24 du nouveau code pénal qui incrimine la diffusion de messages pornographiques au nom de la mise en péril des mineurs) ou de sauvegarde de la dignité des femmes ; mais, comme l'a également montré l'analyse de la jurisprudence canadienne, ces objectifs sont étroitement imbriqués les uns dans les autres : réprimer les comportements jugés attentatoires à la dignité, c'est une façon à la fois de veiller à la protection des droits d'autrui et d'imposer le respect de certaines valeurs.

La jurisprudence de la Cour européenne atteste l'existence de ce lien entre la protection des droits et intérêts d'autrui et la protection de la morale[54]. À côté de la protection de la morale « en soi », qui tend à « la sauvegarde de l'éthique ou des valeurs morales d'une société dans son ensemble », la Cour fait place à la protection de la morale de catégories particulièrement vulnérables de la société, qui est aussi une façon de veiller à la défense des droits et intérêts d'autrui. Dans l'affaire *Handyside* (1976), la Cour, ayant à se prononcer sur l'interdiction d'un ouvrage destiné aux écoliers, dont les autorités estimaient que certains passages consacrés à la sexualité risquaient de les encourager à se livrer des expériences précoces et nuisibles, examine la question exclusivement sous l'angle de la protection de la morale ; mais, pour rejeter la requête, elle prend soin de relever que l'interdiction avait pour but essentiel de protéger la morale des adolescents et des enfants. Si l'on ne trouve donc dans l'arrêt aucune référence directe à la protection des droits et intérêts d'autrui, la Cour va pourtant réutiliser ultérieurement le raisonnement suivi ici pour montrer l'existence d'un lien entre les deux objectifs.

Dans l'arrêt *Dudgeon* (1981), en effet, la Cour, après avoir pris soin de relever, pour condamner la pénalisation des rapports homosexuels privés entre adultes consentants, qu'ils ne menacent ni la morale de la collectivité, ni la morale des jeunes, s'attache à réfuter l'argument du gouvernement britannique selon lequel la législation visait également à protéger « les droit et libertés

---

[53] Marcela Iacub, *Le crime était presque sexuel*, *op. cit.*, p. 140-141. Michela Marzano, à partir de prémisses opposées, puisque, pour elle, la pornographie et la prostitution portent bien atteinte à la dignité humaine, relève aussi le paradoxe qui consiste à sanctionner un individu en s'appuyant sur le fait qu'on « sait » mieux que lui ce qui est *bien* pour lui, puisque, ce faisant, on lui refuse la possibilité de choisir et de juger et donc on lui dénie une partie de sa dignité. V. *La pornographie ou l'épuisement du désir*, Buchet-Chastel, 2003, p. 18 ; "Et si je meurs avant mon suicide, c'est qu'on m'aura assassinée. Pensées libres autour de la prostitution", *Raisons Politiques*, 11, 2003, pp. 133-148.

[54] Nous empruntons ici à l'analyse de Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone 2004, p. 139 et s.

d'autrui ». Elle fait valoir qu'il est artificiel d'établir une distinction rigide entre la protection des droits et libertés d'autrui et celle de la morale, laquelle peut englober, à côté de la sauvegarde de l'éthique ou des valeurs morales d'une société dans son ensemble, « la défense des intérêts et du bien-être moraux d'une fraction donnée de celle-ci ». Et, ajoute-t-elle, « quand il s'agit des intérêts et du bien-être moraux de personnes ou catégories de personnes appelant une protection spéciale pour des raisons telles qu'immaturité, débilité mentale ou état de dépendance, la protection des droits et libertés d'autrui se ramène à un aspect de celle de la morale ».

*

La liberté sexuelle soulève, en somme, des questions classiques : la détermination des bornes de la liberté, le rôle dévolu à la loi pénale pour marquer certains interdits, les rapports du droit et de la morale, enfin et surtout. Et si la « neutralité éthique » de l'État est ici souvent prise en défaut, on ne saurait ni s'en étonner, ni s'en indigner : aucune législation ne peut faire abstraction de considérations éthiques, à condition d'entendre par là non pas des concessions à une morale figée, mais la prise en compte de valeurs considérées, à un moment donné, dans une société donnée, comme essentielles au maintien du lien social. Le vrai problème est de savoir comment, dans une société démocratique, caractérisée par le pluralisme des valeurs et des convictions, se mettre d'accord sur des règles contraignantes qui restreignent le libre arbitre de chacun, sans que ces restrictions apparaissent comme arbitraires. Ceci suppose, au minimum, qu'il n'y ait pas une trop grande distance entre le contenu des règles édictées et les principes affirmés et notamment, s'agissant de la liberté sexuelle, qu'on ne perde pas de vue la primauté accordée au droit de s'autodéterminer aussi longtemps qu'on ne nuit pas à autrui.