Liberté sexuelle et ordre public

André Moine

Maître de conférences en droit public, Institut de recherches sur l'évolution de la nation et de l'État, Université de Lorraine, France

Résumé : Chaque individu a la liberté d'entretenir (ou non) de libres relations sexuelles et d'en décider les modalités pratiques. Cependant, cet individu étant un être social, sa « vie sexuelle » est souvent partagée avec d'autres ou peut concerner la société dans son ensemble. Dès lors, au nom de l'ordre public, la sexualité d'une personne peut être limitée par une réglementation qui protège autrui ou préserve le « vivre ensemble ». Dans ce cadre, il s'agit pour les autorités publiques de concilier les exigences d'ordre public, de manière à le maintenir ou le rétablir, et une liberté sexuelle adossée sur la libre disposition qu'a une personne de son corps et le respect de la vie privée.

Mots-clés : droit, sexualité, ordre public, vie privée, décence, consentement

Introduction

La liberté sexuelle est le corollaire de l'imagination sexuelle et, si celle-ci peut heurter des morales individuelles, sa mise en œuvre ne provoque que rarement un désordre public dans une société dont les mœurs se sont libéralisées. Dès lors, la sexualité et les pratiques qui l'accompagnent ne font l'objet que d'une relativement faible réglementation en France. Le droit positif est donc généralement permissif – c'est-à-dire muet – en la matière sauf si le consentement fait défaut, auquel cas la sanction des violences sexuelles est consacrée, ou sauf si la sexualité déborde dans l'espace public et heurte la morale collective. Le désordre public alors provoqué par ces situations conduit à des interventions des pouvoirs publics restrictives de la liberté sexuelle [1].

La notion d'ordre public n'a pas de contours définis [2]. Selon un rapport du Conseil d'État de 2010 [3], « la notion d'ordre public [...] n'a jamais fait l'objet d'une définition

1. Les interrogations philosophiques, sociales et juridiques relatives aux identités sexuelles ou de genre diffèrent de celles relatives à la liberté sexuelle et à ses modalités pratiques et ne seront dès lors pas développées ici.

2. On se reportera utilement à l'étude approfondie entreprise par la Cour de cassation sur « L'ordre public », étude figurant dans le livre 3 du Rapport annuel de 2013, p. 111-488.

3. Conseil d'État, 25 mars 2010, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, p. 24-26.

à la fois consacrée et partagée [4] [...] ». Toutefois, on peut retenir une conception plus ou moins large de l'ordre public. Le rapport précité retient que « l'ordre public revêt [...] une dimension "matérielle" qui regroupe les trois composantes traditionnelles que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques » mais qu'il revêt également « une dimension "non matérielle", qui regroupe pour l'essentiel : la moralité publique [...] et le respect de la dignité de la personne humaine [...] ». Le Conseil d'État ajoute enfin que l'ordre public pourrait être regardé comme « le socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société [...] ». Guillaume Drago, dans le même sens, affirme :

> « Notion complexe et protéiforme, l'ordre public apparaît comme l'horizon de l'État légal fixant les bornes de ce qui est possible et de ce qui est interdit, comme le rappel des limites qu'il ne faut pas franchir afin de conserver ce vouloir vivre ensemble qui fait une nation [5]. »

Jean-Marc Sauvé énonçant pour sa part :

> « [...] si l'ordre public est inséparable d'une certaine conception des exigences de la vie sociale pouvant conduire à restreindre des libertés et des droits individuels, il est aussi plus largement indissociable d'une certaine vision du bien commun, des buts essentiels que notre société s'assigne [6] [...]. »

Ces dimensions matérielle, morale ou sociétale de l'ordre public sont présentes dans le panorama des restrictions légales ou jurisprudentielles à la liberté sexuelle. Par ailleurs, la notion de règles d'ordre public fait référence à un corpus indéfini de normes auxquelles on ne peut déroger par convention. L'article 1102 du Code civil affirme en ce sens que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public » relayant l'article 6 du même code selon lequel : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Ces règles d'ordre public auxquelles on ne peut déroger, le principe d'autonomie de la volonté cédant devant un intérêt général supérieur, ne concernent que peu le domaine de la sexualité sauf lorsque celle-ci fait l'objet de conventions particulières [7]. Quant à la notion de « bonnes mœurs [8] », *a priori*

4. *cf.* à ce sujet, la première phrase de présentation de l'ouvrage collectif « Ordre public » : « Bien qu'omniprésent dans la vie quotidienne, l'ordre public demeure difficile à définir juridiquement tant la notion renvoie à des réalités diverses et variées. De fait, il n'existe pas une mais des notions d'ordre public qui s'étendent bien au-delà du seul ordre matériel et extérieur, objet de la police administrative ». Dubrueil, C.-A. (dir.) (2013), *L'ordre public*, Cujas, coll. « Actes & études », p. 344.

5. Drago G., avant-propos à *L'ordre public*, Rapport annuel de la Cour de cassation de 2013, Étude, Livre III, p. 91.

6. Sauvé Jean-Marc, 24 février 2017, Introduction du colloque intitulé « L'ordre public – Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation », http ://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-ordre-public-Regards-croises-du-Conseil-d-État-et-de-la-Cour-de-cassation#*ftn9.

7. La contrariété des conventions de gestation pour autrui avec les exigences de l'ordre public ne concerne pas directement la liberté sexuelle des personnes mais l'orientation sexuelle de certains couples d'hommes peut les amener à recourir à ce mode de reproduction. Toutefois la conjugaison de l'article 16-7 du Code civil, en vertu duquel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » et de l'article 16-9 du même Code selon lequel cette disposition est d'ordre public interdisent de fait la gestation pour autrui en France.

8. *cf.* à ce sujet les réflexions de Danièle Lochak : « D'un côté [...] le droit est mis à contribution comme instrument de promotion des bonnes mœurs – plus exactement [...] comme instrument de censure

adaptée au domaine de la sexualité, elle ne trouve cependant que peu de traduction juridique en la matière [9], voire semble en voie d'abandon par la Cour de cassation [10] et le législateur.

La liberté sexuelle trouve, pour sa part, sa source dans deux droits fondamentaux largement établis : le droit au respect de la vie privée [11] et le droit de disposer librement de son corps (partie intégrante de l'autonomie personnelle pour la Cour européenne des droits de l'homme). Ces deux droits ont conduit les juridictions saisies à considérer que le libre entretien de relations sexuelles était juridiquement consacré bien que sans être énoncé dans un instrument juridique relatif aux droits de l'homme. Le Comité des droits de l'Homme affirme que « la sexualité consentante, en privé, est couverte par la notion de vie privée [12] ». La Cour européenne des droits de l'homme considère que la vie sexuelle est comprise dans la vie privée dont l'article 8 § 1 impose le respect [13], que « les pratiques sexuelles consenties relèvent du libre arbitre des individus [14] » et qu'il faut « des raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité [15] ». La législation est d'ailleurs assez peu interventionniste dans ce domaine dans lequel l'individu reste essentiellement libre. Toutefois, si par ce silence, la législation est assez permissive elle ne consacre pas, sauf exception, de droit à des relations sexuelles [16]. Par ailleurs, cette liberté de principe impose qu'elle soit partagée et le défaut de consentement de l'un au moins des partenaires suscite une condamnation aujourd'hui généralement sévère.

Au vu de ces exigences reconnues d'ordre public et de liberté sexuelle, le législateur et les autorités en charge du maintien de l'ordre, adoptent des mesures qui tentent de trouver un équilibre entre ces aspirations lorsqu'elles entrent en contradiction. La liberté étant, comme c'est aujourd'hui généralement le cas dans les sociétés libérales,

---

ou de répression des mauvaises mœurs. Mais de l'autre il s'abstient de définir ce dont il parle et qu'il prétend régir : les bonnes mœurs restent conceptuellement insaisissables. [...] On constate la raréfaction progressive de cette notion et des notions voisines dans le corpus juridique [...] », Lochak, D. (1994), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs – Puissance et impuissance de la norme juridique », *in* Chevallier, J. (dir.), *Les bonnes mœurs*, Paris, PUF, p. 16.

9. L'article 1387 du Code civil énonce « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs [...] » mais cet article ne semble pas *a priori* viser la sexualité des époux. Non plus que l'article 21-23 du même code qui énonce : « Nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de bonnes vie et mœurs [...] », sauf la restriction relative à la polygamie (*cf.* infra).

10. *cf.* Cour de cassation, 4 novembre 2011, n° 10-20114, « [...] le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée [...] ».

11. Le Conseil constitutionnel considère que la liberté proclamée l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique le respect de la vie privée [...] », Conseil constitutionnel, 21 octobre 2016, Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne, n° 2016-590 QPC, § 3. Le Code civil énonce pour sa part que « Chacun a droit au respect de sa vie privée » (article 9) et la Convention européenne des droits de l'homme proclame dans son article 8 que « toute personne a droit au respect de sa vie privée [...] ».

12. Comité des droits de l'homme, 31 mars 1994, *N. Toonen c. Australie*, n° 488/1992.

13. CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76.

14. CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.

15. *Ibid.*

16. Voire à ce sujet dans ces pages, la contribution Bruno Py « Assistance sexuelle / Accompagnement sexuel » et, sur la distinction plus générale entre droit et liberté, Racine, J.-B. (2014), « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *Petites affiches*, n° 190, p. 7.

le principe et les restrictions l'exception [17]. Ces restrictions doivent dès lors être adaptées, nécessaires et proportionnées [18] et soumises à un contrôle juridictionnel de leur conformité constitutionnelle, conventionnelle ou légale selon la nature juridique de la disposition. Ainsi, la sexualité malgré son caractère *a priori* privé est susceptible de provoquer un désordre public que les autorités ont pour mission de prévenir ou de réprimer. Ces autorités ont alors à concilier la liberté de principe et fondamentale de la sexualité et la défense de l'ordre public qu'elle est susceptible de troubler [19]. En ce sens, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme applicable à la situation, après avoir énoncé le principe selon lequel « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...] », ajoute qu'il peut y avoir cependant une ingérence législative dans ce droit si elle est nécessaire « à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Le Conseil constitutionnel a pour sa part affirmé que la sauvegarde de l'ordre public est un objectif à valeur constitutionnelle pour le législateur et que celui-ci doit dès lors assurer la conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et l'exercice des libertés garanties par la Constitution [20]. L'ordre public étant de plus un garant de l'exercice de ces mêmes libertés puisqu'il appartient au législateur, toujours selon le Conseil constitutionnel, « d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré [21] ». Ainsi, comme le retient Guillaume Drago, « l'ordre public [...] est tantôt un ordre de limitation des libertés, tantôt un ordre de protection de ces libertés, mais aussi un ordre de fondation de valeurs [22] », ce qui est particulièrement juste dans le domaine de la sexualité.

Les autorités compétentes doivent donc, au nom de l'ordre public, protéger autrui de relations sexuelles non voulues et protéger la société des désordres potentiels dus aux manifestations publiques ou réprouvées de la sexualité des individus. La Déclara-

17. « La liberté est la règle et la restriction de police l'exception », énonçait le Commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'affaire Baldy (CE, 10 août 1917, n° 59855).

18. Le Conseil constitutionnel opère cette analyse à propos des législations qui lui sont soumises et charge également le juge administratif « de s'assurer que chacune de ces mesures est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit », Conseil constitutionnel, 19 février 2016, n° 2016-535 QPC, Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence. Le juge administratif le rejoint : « Lorsqu'il examine, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, la légalité d'une mesure portant atteinte aux droits fondamentaux des personnes, le juge de l'excès de pouvoir examine successivement si la mesure en cause est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit », Conseil d'État, 26 octobre 2011, n° 317827.

19. Étienne Picard évoque en ce sens « cette clause générale et implicite d'ordre public qui veut que tout droit et toute liberté, même de rang constitutionnel, ne puisse s'exercer que sous réserve des exigences de l'ordre public », Picard, E. (2001), « Introduction générale », *in* Redor, M.-J. (dir.), *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, p. 36.

20. Voir notamment Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, 2003-467 DC, loi pour la sécurité intérieure, § 71.

21. Conseil constitutionnel, 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, § 3. Voir également la décision dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme : « la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle [...] », Conseil constitutionnel, 5 août 1993, 93-323 DC, loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, § 9.

22. Guillaume Drago se référant ici au plan de la thèse de Marie-Caroline Vincent-Legoux. Vincent-Legoux, M.-C. (2001), L'Ordre public. *Étude de droit comparé interne*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », G., *Avant-propos à L'ordre public*, Rapport annuel de la Cour de cassation de 2013, Étude, Livre III, p. 94.

tion des droits de l'Homme et du citoyen énonce, dans son article 4, que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et, dans son article 5, que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ». La seconde assertion permet aux autorités publiques de lutter contre les nuisances sociales éventuellement provoquées par la sexualité des individus (2.), et, la première de réprimer plus spécifiquement celles qui nuisent à autrui essentiellement du fait du défaut de son consentement [23] (1.).

1 Le désordre public causé par une relation sexuelle non consentie

Le rapport sexuel étant un échange, il suppose l'accord des partenaires. Passer outre le refus de l'un d'eux est donc la négation de sa liberté et ce comportement nuisible pour autrui est de ce fait sanctionné par le droit. Cette atteinte potentielle touchant à l'intimité et souvent à l'intégrité physique d'une personne est généralement fortement réprimée. La formule de la Cour européenne des droits de l'homme [24] peut, en ce sens, être aménagée : les pratiques sexuelles consenties relèvent du libre arbitre « de tous les » individus y participant. Dans cette affirmation apparaissent deux éléments essentiels : le libre arbitre individuel, c'est-à-dire l'autonomie de la personne, et le consentement de chacun. Ce consentement est capital parce qu'il témoigne de l'exercice par les « partenaires » de leurs libres arbitres et rejette alors, en principe, toute intervention répressive extérieure. Comme l'exprime Daniel Borrillo, « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus [25] ». En revanche, l'absence de consentement crée un désordre public que le législateur sanctionne notamment par des incriminations, *a fortiori* lorsqu'il résulte d'une contrainte (1.1.). L'absence de consentement est parfois présumée par le législateur au regard de la vulnérabilité de la victime potentielle ou avérée (1.2.).

1.1 Le désordre public né de l'absence de consentement effectif aux relations sexuelles

Hormis les situations de pratique sexuelle solitaire [26], la dualité ou pluralité des acteurs d'un rapport sexuel conduisent au nécessaire agrément de chacun d'eux au nom de la libre disposition de leur corps et du respect de leur intégrité physique. À défaut, c'est-à-dire dans les hypothèses de rapports sexuels contraints, l'auteur de l'abus est pénalement sanctionné. Un acte sexuel non voulu par la victime, obtenu par une contrainte physique ou morale, trouble en effet l'ordre public (1.1.1.) sauf l'hypothèse marginale mais singulière du consentement légal initial des époux (1.1.2.).

23. Pour une mise en cause vivifiante du libre consentement, lire Marzano, M. (2008), « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Revue Droits*, n° 48, p. 109-130 ou encore Fabre-Magnan, M., Levinet, M., Marguénaud, J.-P. et Tulkens, F. (2008), « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Revue Droits*, n° 48, p. 3-58.

24. « Les pratiques sexuelles consenties relèvent du libre arbitre des individus », CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique,* n° 42758/98 et 45558/99.

25. Borrillo D. (2015), *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », p. 29.

26. Dont la masturbation qui a été l'objet d'une forte réprobation morale et religieuse jusqu'au milieu du XX^{e} siècle mais qui n'a pas été sanctionnée en droit.

1.1.1 La sanction pénale des violences sexuelles

Les agressions sexuelles créent aujourd'hui des désordres publics majeurs et constituent des délits ou des crimes. « Toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise [27] » est pénalement sanctionnée et, si elle s'accompagne d'un acte de pénétration sexuelle quelconque, elle est un viol puni de quinze ans de réclusion criminelle [28]. L'agression sexuelle commise sur un mineur trouble particulièrement l'ordre social. Le législateur a choisi dans ce domaine de considérer que la contrainte peut résulter de « la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits [29] ». De plus, cette différence d'âge permet de poursuivre « les agressions sexuelles [...] commises à l'étranger contre un mineur par un Français [30] ». La peine encourue en cas de viol sur mineur est de vingt ans de réclusion criminelle [31]. Cette condamnation vise aussi le viol commis sur « une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur [32] ». La réprobation sociale à l'égard d'agressions sexuelles sur ces personnes, provoquant *a priori* un désordre public plus grand, conduit le législateur à aggraver la sanction encourue par leurs auteurs.

Le harcèlement sexuel, dont le rejet social et la sanction juridique progressent [33], est une autre incrimination découlant du désordre public suscité par un désir sexuel unilatéral qui se manifeste au mépris du refus de la personne qui en est « l'objet ». Le désordre aujourd'hui pénalement sanctionné provient de comportements ou de propos à connotation sexuelle dégradants, humiliants ou encore intimidants, hostiles ou offensants pour la personne visée et portant de ce fait atteinte à sa dignité [34]. Subsiste par ailleurs l'infraction constituée au regard du but recherché par l'harceleur puisqu'est également puni de deux ans d'emprisonnement (trois si l'auteur a autorité ou si la victime est vulnérable) « le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle [35] ». La réprobation publique du harcèlement sexuel est aujourd'hui grandissante et pourrait conduire à des plaintes et des condamnations plus fréquentes malgré la difficulté d'en apporter la preuve et malgré la réticence des victimes à porter plainte au vu des conséquences souvent négatives de la dénonciation sur leur situation, notamment dans le domaine professionnel.

27. C. pén., art. 222-22.
28. C. pén., art. 222-23.
29. C. pén., art. 222-22-1.
30. C. pén., art. 222-22. article qui déroge à l'article 113-6 al. 2 du Code pénal, selon lequel la loi française n'est applicable aux délits commis par les Français à l'étranger que « si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ».
31. C. pén., art. 222-24, 2° .
32. C. pén., art. 222-29.
33. Outre le Code pénal, le Code du travail contient des dispositions à ce sujet dans les articles 1153-1 et suivants dont celle-ci : « Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits. » C. trav., art. L. 1153-1.
34. C. pén., art. 222-33.
35. C. pén., art. 222-33.

1.1.2 La règlementation hésitante de la sexualité entre époux

L'article 222-22 du Code pénal prend spécifiquement en compte la situation des relations maritales :

> « Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime [...] quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. »

Ces liens du mariage ne permettent donc pas à un époux de contraindre l'autre à un rapport sexuel. Le consentement initial à une communauté de vie ne permet pas, même si celle-ci implique dans la jurisprudence, une « communauté de lit », l'imposition de rapports sexuels. Le viol d'un conjoint est même une circonstance aggravante puisqu'il est puni de vingt ans de réclusion criminelle « 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 [36] ». Toutefois, le consentement initial des époux leur impose de façon singulière, un devoir conjugal, c'est-à-dire l'obligation pour un époux d'entretenir des rapports sexuels [37] sauf à justifier une demande de divorce de la part de l'autre [38]. Le désordre public dû à l'atteinte à la libre disposition de son corps de l'un des conjoints cède devant le désordre public résultant de l'atteinte à un modèle d'union maritale dans lequel s'intègrent des rapports sexuels qualifiés de réguliers et modérés. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'« en principe le refus de relations sexuelles d'un conjoint peut constituer une faute au sens de l'article 242 du code civil [39] », ou encore que « l'inexécution du devoir conjugal [...] peut justifier le prononcé du divorce [...] si elle est volontaire et révèle une marque de mépris ou d'indifférence [40] ». Dans un arrêt de 2011, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence considérait ainsi que « les attentes de l'épouse étaient légitimes dans la mesure où les rapports sexuels entre époux 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 ». Dès lors, du fait de son engagement marital, un époux doit avoir avec son conjoint, y compris contre son gré [41], des rapports sexuels si celui-ci les souhaite. De plus, les époux ne pourraient par convention se dégager de cette exigence, les devoirs entre époux étant d'ordre public [42].

36. C. pén., art. 222-24 – 11° .

37. Le « devoir conjugal » ne figure pas expressément dans les dispositions relatives aux devoirs des époux mais il déduit et consacré par la jurisprudence au regard des articles 212 et 215 du Code civil selon lesquels « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance » et « s'obligent mutuellement à une communauté de vie ».

38. Dans la pratique, le divorce est rarement prononcé sur ce seul motif.

39. Cass., 1ère civ., 28 janvier 2015, n° 13-27466.

40. Cass., 2e civ., 17 décembre 1997, n° 96-15704.

41. La Cour de cassation estime en ce sens que « l'élément de contrainte ne saurait se déduire du fait, pour l'épouse, d'accepter, dans le cadre du devoir conjugal, "en se laissant faire", des rapports sexuels non désirés avec son mari » ou encore que « le simple fait, pour un époux, d'insister, fût-ce en élevant la voix, pour avoir des relations sexuelles avec sa femme lorsque celle-ci ne les désire pas ne caractérise pas la contrainte nécessaire au crime de viol », Cass, crim., 16 mai 2007, n° 07-81592.

42. Au sens de règle à laquelle il est interdit de déroger par convention.

Sauf cette exception « contractuelle », l'absence de consentement interdit toute atteinte ou volonté d'atteinte sexuelle. Cette absence de consentement est parfois présumée par le législateur.

1.2 Le désordre public né de l'absence présumée de consentement à des rapports sexuels

Certaines restrictions à la liberté sexuelle visent à prévenir les abus que pourraient subir certaines personnes vulnérables. Un individu, profitant de cette vulnérabilité, pourrait en effet tenter de satisfaire son envie de rapports sexuels grâce à un consentement qui ne serait qu'apparent. La société prend garde à ces personnes fragiles [43] du fait de l'inacceptable désordre public que constituerait leur sexualité abusée. Cette protection légale concerne des personnes qui se trouvent dans une situation de faiblesse ou de contrainte et dont le consentement est implicitement vicié ; ce sont notamment les mineurs (1.2.1.) et les prostitués (1.2.2.).

1.2.1 La portée limitée du consentement d'un mineur à des rapports sexuels

Afin qu'ils ne soient pas victimes d'abus, la liberté sexuelle des mineurs est limitée. Si, malgré une réticence sociale sous-jacente, les rapports sexuels ne sont pas interdits entre mineurs, y compris s'ils ont moins de quinze ans, en revanche, d'éventuelles relations sexuelles avec des majeurs sont réglementées. Interdites avec un mineur de moins de quinze ans, elles sont possibles ensuite sous réserve de l'absence d'autorité du majeur sur le mineur. Le consentement de ce dernier étant alors susceptible d'être vicié [44].

Toutefois, le Code pénal ne sanctionne, dans son article 227-25, que d'une peine de cinq ans d'emprisonnement « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans ». Le désordre public constitué par cette situation [45] et sa règlementation indulgente pourrait conduire le législateur à modifier cet état du droit afin que soit sanctionné plus fortement ce comportement d'un majeur à l'encontre d'un mineur de quinze ans fût-il « consentant » ; ce consentement étant mal ou non éclairé du fait du jeune âge du « partenaire » et de la conscience qu'en a le majeur. Le trouble à l'ordre public constitué par une atteinte sexuelle sur un mineur de plus de quinze ans est considéré comme moins grave puisque la sanction n'est plus que de trois ans d'emprisonnement. Les peines encourues étant toutefois des maxima, les juridictions

43. Sans leur accord.

44. Comme dans l'infraction de corruption de mineur prévu à l'article 227-22 du Code pénal : « 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. [...] Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe ou d'assister en connaissance de cause à de telles réunions. » De plus, l'article 227-22-1 du Code pénal incrimine « 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 [...]. »

45. *Cf.* la situation récemment médiatisée dans laquelle un homme de 28 ans, ayant eu une relation sexuelle avec une enfant de 11 ans, est poursuivi pour « atteinte sexuelle » alors que la famille de la victime souhaite un procès pour « viol », *cf. Le Monde* du 26 septembre 2017, http ://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.

peuvent adapter la sanction à la gravité des actes au vu notamment des âges et de la maturité des personnes concernées.

Un triple désordre public résulte du l'agression sexuelle incestueuse sur mineur puisque sont socialement réprouvés l'agression sexuelle, l'inceste [46] et l'abus dû à la minorité. Les actes incestueux commis sur mineurs sont désormais en principe des viols ou des agressions sexuelles, l'agresseur [47] ayant généralement une différence d'âge et une autorité sur sa victime [48]. Cependant la qualification d'inceste, si elle est infâmante pour le condamné, n'entraîne pas de peine plus lourde ; elle permet toutefois à la juridiction de jugement, si l'inceste est le fait d'une personne titulaire de l'autorité parentale, « de se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité [49] ».

1.2.2 L'absence de consentement supposé des personnes à la prostitution

La France a traditionnellement une position dite abolitionniste, c'est-à-dire qu'elle vise, sans l'interdire, la disparition de la prostitution [50] ; celle-ci constitue ainsi un désordre public par nature mais n'est pas pour autant interdite. La loi du 6 avril 2016 modifie cependant fondamentalement l'approche antérieure. Considérant que la grande majorité des personnes qui se prostituent le font par contrainte (physique, morale ou matérielle), la loi supprime le délit de racolage et institue l'infraction de sollicitation [51]. C'est-à-dire que le dispositif pénal protège le ou la prostituée d'un rapport auquel il ou elle ne consent *a priori* que parce qu'il ou elle y est contraint [52]. La loi matérialise ainsi le refus social d'une prostitution qui est de fait généralement non librement consenti. Elle contient en ce sens un ensemble de mesures qui visent à aider les personnes prostituées à sortir de la prostitution en organisant notamment un système de protection et d'assistance. En fait, même si ce ne sont pas les termes de la loi, celle-ci sanctionne « le client » car celui-ci profite de la situation contrainte de la personne prostituée afin de satisfaire ses besoins sexuels. Ce raisonnement et cette législation ne tiennent pas compte, au grand dam des – rares – personnes concernées, des prostitués volontaires, c'est-à-dire des personnes qui usant de la libre et fondamentale disposition qu'elles ont de leur corps choisissent d'offrir des prestations sexuelles contre rémunération. Par ailleurs, le législateur avec la même logique, en l'occurrence moins critiquée, cherche à protéger de la prostitution des personnes doublement fra-

46. *cf.* infra.

47. Soit « 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2° , s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait », C. pén., art. 222-31-1.

48. *cf.* l'article 222-22-1 du Code pénal.

49. C. pén., art. 222-31-2.

50. Selon la Cour de cassation, « la prostitution consiste à se prêter moyennant rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui », Cass. crim., 27 mars 1996, n° 95-82016.

51. 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 récidive est punie de 3 750 euros d'amende (C. pén., art. 225-12-1).

52. Le proxénétisme est en ce sens réprimé, la peine encourue étant de sept ans d'emprisonnement si une personne exerce une pression sur une autre pour qu'elle se prostitue, si elle en tire profit ou encore si elle « se contente » de l'aider ou de la protéger. *cf.* C. pén., art. 225-5. Les établissements de prostitution sont également interdits (C. pén., art. 225-10).

giles, c'est-à-dire les mineurs ou les personnes particulièrement vulnérables du fait de leur maladie, leur infirmité, leur handicap ou leur état de grossesse apparents. Les personnes qui recourraient à leur service sexuel risquent, en vertu de l'article 225-12-1 du Code pénal [53], une peine de trois ans d'emprisonnement.

Le désordre public provoqué par la prostitution est variable dans ses justifications implicites ou explicites, telle l'immoralité de l'entretien rémunéré de relations intimes [54] ou la protection de personnes qui sont livrées à la prostitution. Il permet cependant une atteinte à la liberté sexuelle du prostitué ou de la prostituée qui s'y livrerait volontairement.

La pratique zoophile est à l'articulation entre le désordre public né d'une absence de consentement et celui né d'une pratique socialement refusée quand bien même serait-elle consentie. L'absence d'expression possible d'un consentement à des rapports sexuels de la part des animaux et la réprobation morale apparente d'une telle pratique ont conduit le législateur à réprimer la zoophilie [55]. Au sein de l'infraction visant la cruauté envers les animaux figurent les sévices de nature sexuelle. Prévoyant une peine de deux ans d'emprisonnement, l'article 521-1 du Code pénal semble ne viser que les pratiques qui constituent des sévices et non les relations sexuelles qui n'en constitueraient pas. Cependant, la Cour de cassation dans un arrêt de 2007 a semblé affirmer que toute pénétration [56] est constitutive de sévices. Les autres pratiques sexuelles, caresses manuelles ou buccales ou encore pénétration par l'animal ne sont pas *a priori* des sévices. Toutefois, exceptés les hypothèses d'actes de maltraitance ou cruels, la législation en la matière et son interprétation jurisprudentielle [57], résultent moins de l'absence discutable de « consentement » de l'animal que du refus social et donc du désordre public provoqué par de telle pratiques sexuelles.

2 Le désordre public causé par certaines manifestations de la liberté sexuelle

Lorsque la sexualité est publique, les mesures restrictives ou d'interdiction ne s'appuient généralement plus sur l'absence de consentement d'autrui mais sur la nécessité de sauvegarder l'ordre public [58] en l'occurrence une certaine morale ou décence publiques (2.1.). De même, dans la sphère privée, où la proscription morale de telle ou telle pratique entraîne sa sanction sociale et donc, de fait, la disparition de son caractère privé (2.2.). L'ensemble de ces dispositifs n'est pas nécessairement cohérent.

53. C. pén., art. 225-12-1, al. 2.

54. Quoique la Cour de cassation ait considéré que « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère », Cass., ass. plén., 29 octobre 2004, n° 03-11238.

55. C. pén., art. 521-1, al. 1.

56. Cass. crim., 4 septembre 2007, n° 06-82785.

57. En tenant compte du peu de probabilité de dénonciation de ces actes, les affaires ne sont pas rares. Ainsi, le Tribunal correctionnel de Rouen a condamné, le 29 mars 2017, un individu à trois mois de prison avec sursis pour avoir eu des relations sexuelles avec une poule et le Tribunal correctionnel de Beauvais a condamné, le 15 septembre 2017, à quatre mois de prison avec sursis un individu pour pénétrations « manuelles » sur une jument.

58. « [...] les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public », Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure, § 9.

2.1 Les réticences à l'exposition publique de la sexualité

Les justifications principales des mesures tendant à rendre invisible l'expression publique de la sexualité sont la protection des mineurs [59] et le caractère potentiellement choquant de comportements souvent qualifiés d'indécents. Cette indécence apparaît en effet implicitement ou expressément comme une composante de l'ordre public. L'expression de la sexualité (2.1.1.) ou son exposition (2.1.2.) font dès lors l'objet de règlementations restrictives lorsqu'elles interviennent dans l'espace public.

2.1.1 Le caractère choquant de l'expression médiatisée de la sexualité

Les limites d'ordre public à l'expression publique de la sexualité reflètent la conception qu'à l'État de ce qui ne devrait pas être vu par les mineurs ou avec réserve pour les majeurs. Il s'agit, notamment, du fait de la diffusion sans bornes de la pornographie sur le réseau Internet [60], d'une limite illusoire mais par laquelle les autorités publiques et leurs juges définissent ce qui peut être décemment vu dans l'espace public.

C'est le cas de façon significative du critère sexuel du visa cinématographique [61]. Du fait d'un régime exceptionnel d'autorisation, les films doivent pour être diffusés obtenir un visa d'exploitation et font de ce fait l'objet d'un classement par le ministre de la Culture. Celui-ci recourt à des critères lui permettant de distinguer la représentation de la sexualité qui peut être vue par des mineurs, par des majeurs, hors des salles de cinéma ou ne doit pas être vue du tout [62]. Ce faisant l'autorité ministérielle et le juge qui la contrôle circonscrivent la sexualité publiquement visible. La classification proposée par la Commission de classification [63] et opérée le ministre de la Culture doit aujourd'hui tenir compte de la présence dans le film de « scènes de sexe [...] qui sont de nature, en particulier par leur accumulation, à troubler gravement la sensibilité des mineurs [64] [...] ». Le classement « film pornographique » qui entrave la distribution et les subventions – et qui ne concerne pas les mineurs – ne semble justifié dans l'actuel Code du cinéma que par le respect de la dignité humaine figurant en référence dans le même article R. 211-12 ; aucune autre disposition n'étant opérante. La jurisprudence

59. C. pén., art. 227-24 du Code pénal : « 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 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. » Par ailleurs, le Ministre de l'intérieur peut interdire de vendre ou d'exposer à des mineurs de 18 ans, des publications présentant un danger pour la jeunesse en raison leur caractère licencieux ou pornographique.

60. Sur le réseau Internet, la diffusion de la pornographie est autorisée pour les adultes (sous réserve d'un contenu illicite et particulièrement de la pédopornographie). Elle ne devrait pas être accessible aux mineurs mais cette limite juridique s'avère en l'occurrence inefficace.

61. *cf.* à ce sujet Moine A. (2012), « La représentation de la sexualité au cinéma – Les critères juridiques de sa visibilité », *in* Deffains, N. et Py, B. (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », p. 166-213.

62. Des films peuvent être interdits, par exemple en cas de scènes de pédophilie, cependant tombant sous le coup de la loi pénale, les producteurs et réalisateurs de ce genre de film ne demandent évidemment pas de visa d'exploitation.

63. La Commission de classification apprécie, selon ses propres dires, « l'œuvre dans son ensemble. Elle prend en compte le sujet et son traitement et replace les scènes, les événements, dans la logique propre de la narration pour tenir compte de la distanciation de la mise en scène ou de la complaisance dans le traitement », http ://www.cnc.fr/Web/fr/activite-de-la-commission-de-classification. Consulté le 16 août 2017.

64. C. cinéma, art. R. 211-12. Le texte de cet article R. 211-12 du Code du cinéma a changé le 10 février 2017, le texte antérieur utilisant le critère de « scènes de sexe non simulées » pour décider du classement.

bien établie à ce sujet se poursuivra sans doute sous l'empire du texte réformé en 2017[65] :

> « Même s'il comporte [...] des scènes de sexe non simulées, qui justifient son interdiction aux mineurs de dix-huit ans, le film *Baise-moi* ne revêt pas, compte tenu de son thème et des conditions de sa mise en scène, le caractère d'un film pornographique[66] [...]. »

Ainsi, le parti pris esthétique ou le procédé narratif sur lequel repose l'œuvre ou le document peuvent justifier que le visa d'exploitation ne soit accompagné que d'une restriction aux mineurs. Ce faisant, le ministre de la culture et le juge s'il est saisi doivent porter une appréciation sur les qualités artistiques du film ce qui est bien hasardeux (sinon prétentieux) et générateur d'insécurité juridique[67]. De plus, la présence de scènes d'activités sexuelles dans un film que le spectateur choisit d'aller voir trouble-t-elle encore ou vraiment l'ordre public ? Un avertissement serait peut-être suffisant.

Le raisonnement est différent pour les affiches qui, elles, s'imposent à la vue du passant et dont le contenu peut les choquer ; ce qui peut entraîner leur interdiction ou leur retrait au nom de la préservation de l'ordre public. La réticence à l'exposition de certaines affiches et leur contestation concernent le plus souvent soit des images sexuellement suggestives soit des images susceptibles de froisser un sentiment religieux[68]. L'interdiction peut aussi être le fait de maires au nom du maintien d'un ordre public local menacé par la représentation du corps nu ou une référence à la sexualité. Ainsi, le maire d'Arcueil avait interdit sur le territoire de sa commune l'affichage publicitaire en faveur des « messageries roses » ; le Conseil d'État considéra que « le caractère immoral desdites messageries, à le supposer établi, ne [pouvait] fonder légalement une interdiction de toute publicité en leur faveur[69] ». Cependant, le trouble justificatif n'est pas nécessairement majoritaire dans le pays ou la localité et dès lors une minorité rétive à l'exposition de cette sexualité peut en obtenir ou tenter d'en obtenir le retrait ou encore un maire en interdire l'affichage. En novembre 2016, les affiches d'une campagne pour la prévention du VIH, pourtant initiée par le ministère de la santé, ont été interdites par certains maires, au nom de l'ordre public et de la protection de l'enfance, en raison notamment des slogans très suggestifs retenus. La protection de l'enfance et des mineurs est en effet souvent la justification, sinon le prétexte, de l'interdiction de certaines affiches comme elle l'est pour certaines publications ou pour l'interdiction de l'installation de sex-shop. Dans un arrêt de 2005, le Conseil d'État retient pour valider l'interdiction de l'installation d'un *sex-*

65. Voir notamment à ce sujet les classements successifs du film *Baise-moi* de Despentes, V. (1993) et Trinh-Thi, C. (2000) et les arrêts du Conseil d'État correspondants CE, 30 juin 2000, *Association Promouvoir*, n° 222194 et CE, 14 juin 2002, n° 237910.

66. CE, 14 juin 2002, n° 237910.

67. À titre d'illustration de ce caractère hasardeux, la controverse sur le classement du film *Antichrist* de Lars von Trier (2009). Voir l'épilogue dans CE, 13 janvier 2017, n° 397819.

68. Voir à ce sujet la tentative d'interdiction, rejeté par le TGI de Paris le 20 février 1997 des affiches du film *Larry Flynt* de Forman, M. (1996) qui représentaient un acteur dans la position du Christ en croix sur fond de pubis féminin, ce qui heurtait tant la conviction religieuse que la morale des requérants.

69. CE, 8 décembre 1997, n° 171134.

shop[70], malgré l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie qu'elle constitue, le trouble à l'ordre public résultant de l'hostilité des habitants du quartier et de la proximité d'écoles maternelle et primaire[71]. L'interdiction du racolage[72] sur la voie publique obéissait au même objectif soit celui de la dissimulation dans l'espace public des « choses du sexe ».

2.1.2 Le caractère indécent de l'exhibition sexuelle[73] *en public*

« 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[74]. » Cependant, la nudité dans un milieu naturiste n'est pas un délit[75]. Ce qu'il l'est c'est la nudité visible par des personnes ne l'ayant pas souhaité. Toutefois, une présomption implicite s'applique : les gens ne souhaitent pas en général et *a priori* en voir d'autres plus ou moins nus dans un espace public.

À titre d'exemple actuel, plusieurs militantes « femen », revendiquant les seins nus, ont été condamnées en première instance pour délit d'exhibition sexuelle. En appel, l'une d'entre elles a été relaxée en janvier 2017 par la Cour d'appel de Paris, une autre a vu sa condamnation à un mois de prison avec sursis confirmée par la même juridiction en février 2017. Dans la première affaire, la Cour d'appel considère que « l'exposition d'un torse nu de femme à la vue d'autrui en dehors de tout élément intentionnel de nature sexuelle, ne peut dans les circonstances dans lesquelles cette exposition s'est déroulée [...], recouvrir la qualification d'exhibition sexuelle[76] [...] ». Dans la seconde affaire, la Cour d'appel, après avoir rappelé que l'exhibition sexuelle est le fait par quiconque de montrer à la vue d'une personne non consentante ses parties sexuelles et ce, dans un lieu accessible aux regards du public, considère que les seins sont des parties sexuelles, notamment du fait que la qualification d'agression sexuelle peut les concerner, et que cette exhibition « inadmissible dans un lieu de culte[77] » est intervenue à la vue de personnes non consentantes et rejette l'argument de la liberté d'expression défendu par la prévenue. Les sentiments individuels des juges apparaissent en filigrane dans les décisions et leur motivation. La jurisprudence ne semblait ainsi pas fixée à cet égard, toutefois la Cour de cassation a cassé la première décision considérant que l'exhibition volontaire de la poitrine suffisait à caractériser l'infraction[78].

70. Voir aussi les arrêts anciens relatifs aux lieux de « débauche » : CE, 17 déc. 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris*, Rec. 990, CE, 11 déc. 1946, *Dames Hubert et Crepelle*, Rec. 300 et CE, 30 septembre 1960, Jauffret, rec. 504 ; ce dernier rendu à propos des « lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique et par là générateurs d'un [...] trouble [à l'ordre public] ».

71. CE, 8 juin 2005, n° 281084.

72. Le délit de racolage a été supprimé par la loi sur la prostitution du 6 avril 2016.

73. Ce délit d'exhibition (ancien attentat à la pudeur) suppose que le corps ou la partie du corps volontairement exposé à la vue d'autrui soit ou paraisse dénudé (Cass. crim., 4 janvier 2006, n° 05-80960).

74. C. pén., art. 222-32.

75. Le naturisme peut être autorisé dans des zones déterminées, un certain nombre de plages lui sont réservées et, sur décision du Conseil de Paris, un espace autorisé au naturisme a été ouvert à titre expérimental du 1er septembre au 15 octobre 2017 dans le bois de Vincennes.

76. CA Paris, 17 janv. 2017, n° 15-00309.

77. CA Paris, 15 février 2017, n° 15-01363.

78. Cass. crim., 10 janv. 2018, n° 17-80.816.

Dans des circonstances très différentes, et contrôlés par un autre juge, de nombreux arrêtés pris par les maires des communes balnéaires restreignent les déplacements de personnes en maillots de bain en dehors des plages au nom de l'ordre public [79]. La dimension de l'ordre public potentiellement atteint par ces déambulations en maillots de bain est sans doute celle de la « décence », retenue expressément au début du XX^{e} siècle [80]. La tranquillité publique a été invoquée par certains maires pour interdire sur les plages de leurs communes le port de la tenue de bain dénommée « burkini », non parce qu'elle était indécente [81], mais parce qu'elle rappelait, selon eux, un islam intégriste susceptible de heurter les autres usagers de la plage après l'attentat terroriste de Nice. Le Conseil d'État a ordonné, en l'absence de risque de troubles avérés, la suspension de ces arrêtés [82].

2.2 Des comportements sexuels privés fauteurs de trouble à l'ordre public

L'individualisme libéral conduit au rejet de la plupart des restrictions à l'exercice des libertés individuelles dans la mesure où elles ne nuisent pas à autrui et s'exercent dans la sphère privée ; ce qui est particulièrement le cas de la liberté sexuelle. De plus, du fait du caractère généralement privé voire secret de ces relations sexuelles, une législation restrictive n'a guère d'efficacité. Cependant, les sociétés humaines refusent généralement, pour des raisons sans doute psychosociologiques, certaines pratiques sexuelles au nom d'un ordre public reposant alors sur des valeurs ou des aspirations communes. Le rejet de certaines pratiques sexuelles (2.2.1.) ou la conception, supposée commune, des relations familiales (2.2.2.) contribuent à la définition collective de relations sexuelles « normales » ou acceptées.

2.2.1 Des pratiques sexuelles privées contraires à l'ordre public ?

S'il est des pratiques que la morale réprouve, cette morale n'est généralement pas publique. Cependant, l'État a pu tenter d'interdire telle ou telle pratique comme contraire aux bonnes mœurs. Dans certains États fédérés des États-Unis, était pénalisée et qualifiée de sodomie toute pratique sexuelle non reproductive (donc aussi la fellation ou le cunnilingus). La Cour suprême des États-Unis n'a mis un terme à cette pénalisation de la sodomie qu'en 2003 dans l'arrêt « *Lawrence v. Texas* [83] ». Aujourd'hui, en France, les seules pratiques sexuelles privées entre adultes consentants [84]

79. Voir par exemple, mais la jurisprudence est finalement assez rare, le jugement du Tribunal administratif de Montpellier du 18 décembre 2007, Bauer, n° 053863.

80. Voire notamment l'arrêt ancien et classique du Conseil d'État « Beaugé » relatif au détournement de pouvoir mais où le maire de la commune de Biarritz avait au nom de la décence interdit de se vêtir et de se dévêtir sur les plages, Conseil d'État 4 juillet 1924, *Beaugé*, Rec. 641.

81. Dans cette situation très spécifique, pour satisfaire à l'exigence du maire il aurait fallu que ces femmes portent un maillot de bain « normal » et donc dévoilent, pour des raisons d'ordre public, une partie de leur corps...

82. Voir notamment CE, 26 août 2016, n° 402742.

83. 13 États maintiennent cependant cette législation interdisant la sodomie dans leur code pénal.

84. L'État s'abstient notamment d'intervenir dans la pratique l'échangisme. Celui-ci consistant en un échange de partenaire sexuel entre couples ne heurte *a priori* aucune exigence d'ordre public quelle que soit l'éventuelle réprobation morale que certaines personnes peuvent avoir à l'égard de cette pratique sexuelle.

qui génèrent un contentieux – très rare [85] mais très commenté – sont les pratiques sadomasochistes.

Elles témoignent de la difficulté qu'il y a à définir les champs de compétence respectifs de la société et de l'individu dans ce domaine très particulier de la libre disposition de son corps dans les rapports sexuels [86]. Dans la pratique sadomasochiste, l'individu masochiste revendique, aux fins de son plaisir sexuel, des atteintes à son intégrité physique alors que celles-ci sont en principe pénalement sanctionnées. En droit français, les dispositions du code pénal sont d'ordre public et donc la volonté de la victime n'a pas d'effet sur l'incrimination (sauf si l'absence de consentement est un élément de l'infraction comme pour le viol). Dès lors, l'atteinte à l'intégrité physique résultant de pratiques sadomasochistes est susceptible d'être poursuivie et d'entraîner la condamnation de son auteur (le sadique). La Cour européenne des droits de l'homme, considère [87] à l'inverse, que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus » et que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle [88] ». La Cour européenne retenant que « 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 [89] », consacre ainsi la liberté sexuelle de l'individu et, parallèlement bien qu'implicitement, l'exclusion de l'État et donc des éventuelles considérations d'ordre public dans ce domaine.

2.2.2 Le modèle sous-jacent d'une sexualité de couple conforme à l'ordre public

Au vu des exigences de l'ordre public, généralement entendu, se dessine un modèle d'association familiale et de sexualité « normale ». Cependant, ce modèle est contrecarré par la vigueur de la liberté sexuelle individuelle. De plus, issu des mœurs, le modèle varie dans l'espace et évolue dans le temps. Dès lors, les exigences d'ordre public liées à un modèle de relations affectives, familiales et donc sexuelles, s'effacent devant la liberté sexuelle ou lui résistent voire incidemment viennent à son service.

Ainsi, l'exigence d'une abstinence sexuelle antérieure au mariage s'oppose potentiellement à des exigences d'ordre public. La Cour d'appel de Douai, dans une affaire très médiatisée et très commentée, considère que la virginité « n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale [90] ». Le défaut de virginité n'est donc pas, selon cette décision, un motif d'annulation du mariage pour erreur sur les qualités essentielles et que cette appréciation n'est pas laissée

85. Tant que ces pratiques sont consenties, les partenaires n'ont aucune raison de porter plainte.

86. Un autre domaine où cette opposition se manifeste est celui de la mort volontaire (suicide assisté, euthanasie, refus de soins).

87. Elle a modifié à ce sujet sa jurisprudence, elle considérait en effet que « l'un des rôles incontestablement dévolus à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien [. . .] », CEDH, 19 fév. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93, § 43.

88. CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. contre Belgique*, n° 42758/98.

89. CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. contre Belgique*, n° 42758/98. À noter, qu'en l'absence de consentement, les actes en cause dans cette affaire seraient qualifiés d'actes de torture par la Cour européenne (au sens de l'article 3 de la Convention) mais ce n'était pas l'objet de la requête.

90. CA Douai, 17 novembre 2008, n° 08/03786.

à la discrétion des époux car elle est d'ordre public. La liberté sexuelle antérieure de la mariée est ainsi *a posteriori* consacrée.

La liberté sexuelle de l'homosexuel a, pour sa part, conquis l'ordre public lorsque l'homosexualité est sortie de son refus social et de sa proscription. La relation affective, familiale et sexuelle de personnes de même sexe n'est désormais plus contraire à l'ordre public ni pénalement répréhensible. Le choix du sexe du ou des partenaires sexuels échappe à la règlementation ; homo-, hétéro-, ou bi-sexualité sont non seulement acceptées mais la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle [91] est interdite et certaines sanctions pénales aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime [92]. Le couple « institutionnalisé », par le mariage ou le pacte civil de solidarité, peut être composé de personnes de sexes différents ou de même sexe [93]. Cependant, le modèle du couple hétérosexuel résiste encore pour l'obtention d'une assistance médicale à la procréation. Certes, contrairement à la gestation pour autrui, il ne s'agit pas d'une interdiction d'ordre public [94], c'est-à-dire à laquelle il ne peut être dérogé par convention, mais le législateur maintient une distinction d'ordre public « familial » entre le couple hétérosexuel dont l'infertilité est prise en charge et celle du couple homosexuel auquel on refuse une assistance [95]. De même, l'adoption par une personne homosexuelle s'est longtemps heurtée à un refus des autorités publiques [96].

Autre mode d'association familiale, la polygamie reste en revanche proscrite. S'il est loisible à un individu de vivre et d'entretenir des rapports sexuels avec une, deux ou plusieurs personnes quels que soient leurs sexes, en revanche il ne peut être marié simultanément avec deux ou plusieurs personnes. L'État ayant institutionnalisé le mariage définit ainsi ce qui pour lui est une association familiale « normale ». De plus, l'interdiction de la polygamie en France est un principe d'ordre public. Sa violation est sanctionnée par l'annulation du mariage irrégulier et constitue un délit [97]. Cette exigence s'étend aux étrangers qui, bien que légalement polygames dans leur pays, subissent des restrictions à leurs droits du fait de leur état de polygamie [98]. Le Conseil constitutionnel a entériné ce rejet au regard des conditions d'une « vie

91. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle en ce sens que « la simple existence d'une législation prohibant les pratiques homosexuelles masculines accomplies en privé est de nature à atteindre en permanence et directement une personne dans sa vie privée [...] », CEDH, *A.D.T. c. Royaume Uni*, 31 juillet 2000, n° 35765/97, § 23.

92. C. pén., art. 222-13 5° ter.

93. À noter qu'il n'est – heureusement – pas demandé de certificat d'homo ou d'hétérosexualité aux couples souhaitant se marier ; cependant le devoir conjugal permet à chacun des époux, s'il le souhaite, de revendiquer des rapports sexuels (*cf.* supra).

94. Cour de cassation, 22 septembre 2014, Avis n° 15011 : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. »

95. Sans entrer ici dans le débat et les arguments justifiant ou dénonçant cette discrimination.

96. Sans entrer ici, non plus, dans le débat et les arguments justifiant ou dénonçant cette discrimination. Voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n° 43546/02.

97. C. pén., art. 433-20, al. 1.

98. Notamment, en matière de reconduite à la frontière, d'interdiction de territoire ou encore de regroupement familial.

familiale française normale » : « Les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie [99]. »

Le rejet social concerne également et plus encore l'inceste. Les relations sexuelles incestueuses n'ont pas un régime juridique spécifique en droit français [100]. Elles sont proscrites pour les mineurs du fait de la réglementation générale et de dispositions particulières tel l'article 222-31-1 du Code pénal qui détermine les liens familiaux concernés [101]. Le Conseil constitutionnel considère à cet égard que la prohibition de l'inceste est une règle d'ordre public régissant le droit des personnes [102]. Le mariage incestueux est ainsi interdit et la filiation incestueuse non reconnue. Cette dernière restriction, issue de l'article 310-2 du Code civil [103], peut entrer en contradiction avec l'intérêt de l'enfant. C'est cet intérêt supérieur qu'a retenu la Cour d'appel de Caen, dans une décision novatrice du 8 juin 2017 [104], en décidant de laisser subsister le double lien de filiation d'une enfant née d'un inceste. En dehors de ces enjeux de filiation et d'union, les relations sexuelles librement consenties entre des personnes majeures ayant un lien de parenté ne sont pas sanctionnées.

> « Une sexualité imprégnée d'amour, s'apparentant à un don de soi sans contrepartie financière, sans violence, entre adultes consentants et qui s'insère dans un projet à long terme en vue de fonder une famille ; telle est la vision d'un "idéal sexuel" qui ressort de la politique que les autorités nationales s'emploient à imposer aux citoyens [105]. »

Certes, il s'agit sans doute de l'horizon des autorités étatiques au vu de ce qu'elles ressentent des aspirations majoritaires des citoyens, mais, dans le domaine particulièrement privé de la sexualité [106], l'État n'a que peu de prise et, hormis la répression des agressions sexuelles, il se contente généralement d'établir ce qui lui semble acceptable sinon souhaitable entre adultes consentants et dans l'espace public. Cependant pour ce faire, il doit évaluer si un comportement sexuel menace l'ordre public, c'est-à-dire, si du fait de l'absence de consensus ou d'acceptation sociale, telle ou telle manifestation de la sexualité cause un désordre public. Le départage auquel doit ainsi procéder l'État est délicat et constant. La législation doit s'adapter tantôt à la libération des mœurs, comme pour la pornographie ou l'échangisme, tantôt à la réprobation accrue

99. Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, § 77.

100. D'autres pays y compris européens font au contraire de l'inceste une infraction spécifique, indépendamment de toute violence, notamment au titre des infractions contre la famille et le mariage.

101. L'article 222-31-1 du Code pénal dispose que : « Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2° , s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. »

102. Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC.

103. L'article 310-2 du Code civil dispose que : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit. »

104. CA Caen, 3e ch. civ., 8 juin 2017, n° 16/01314.

105. Bugnon, C. (2009), « La construction d'un ordre public sexuel », *Sciences Humaines Combinées* [en ligne], n° 4, Actes du colloque inter-doctoral 2009. http ://revuesshs.u-bourgogne.fr/lisit491/document.php ?id=487 ISSN 1961-9936.

106. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « un aspect des plus intimes de la vie privée », CEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady contre Royaume Uni*, n° 33985/96 et 33986/96.

de certains actes tels le harcèlement sexuel ou le viol. La règlementation, en la matière comme ailleurs, a aussi pour rôle d'apaiser les tensions et, par l'équilibre juridique trouvé, de rendre acceptable pour chacun la diversité des aspirations sexuelles.

« Un homme libre doit pouvoir supposer que ses semblables agissent et vivent d'une façon différente de celle qu'il estime être la bonne [107] [...]. » Un équilibre juridiquement consacré – bien que toujours provisoire – entre une décence publique et une libre sexualité privée peut l'y aider.

107. Von Mises, L. (2006), *Le libéralisme. La seule solution possible vers le progrès économique et social*, Éditions Charles-Coquelin, p. 56 cité par Feldman, J.-P. (2008), « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Revue Droits*, n° 48, p. 99.