Les infractions sexuelles et la morale : de l'amour à la haine ?

Julie Leonhard

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Institut François-Gény (EA7301), Université de Lorraine, France

Résumé : Les représentations de la sexualité intègrent, sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'expression « bonnes mœurs ». Aujourd'hui officiellement abandonnée, la notion de bonnes mœurs a été reconnue comme une véritable percée de la morale dans le droit. La seule référence à l'étymologie du mot « morale » – *moralis*, relatif aux mœurs – le démontre. L'Histoire confirme que la morale et les bonnes mœurs formaient un couple solide. Dans le droit canon, les bonnes mœurs sont celles-là seules qui sont conformes à la morale. Cette conception d'un rapport étroit entre la morale et le droit n'était pas transposable dans les sociétés modernes, laïcisées et pluralistes. De fait, l'un des traits les plus caractéristiques de la codification du début du XIX^{e} siècle réside dans la séparation du droit d'avec la morale, « particulièrement dans le domaine des actes contraires aux mœurs, [...] en réaction avec la législation des siècles précédents [1] ». La Morale et le Droit ne couvrent plus désormais exactement les mêmes domaines : tout ce qui est permis n'est pas nécessairement moral et tout ce qui est amoral n'est pas nécessairement illégal. À titre d'exemple, les désaccords sur la valeur à reconnaître à la pornographie, réalisée entre majeurs et à destination des seuls majeurs, semblent traduire qu'elle n'est pas toujours considérée comme morale alors qu'il existe assurément une pornographie « légale ». Toutefois la morale n'a pas complètement disparu de la lettre de la loi, et même, tend, ces derniers temps, à se développer implicitement de plus en plus, principalement dans le domaine des infractions sexuelles.

Mots-clés : droit, morale, sexualité, infractions sexuelles, consentement

Introduction

« Ne pas parler de sexualité, c'est ne pas parler de soi [2]. » La sexualité, entendue comme l'ensemble des comportements sexuels, constitue un thème de prédilection pour la recherche. Elle se présente, depuis toujours, comme l'une des préoccupations majeures de tous les êtres vivants, au même titre que l'alimentation [3]. Toutefois, la

1. Ost, F. et Van de Kerchove, M. (1994), « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », *in* CURAPP (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie) (dir.), *Bonnes Mœurs*, PUF, p. 110.

2. Conte, M. (1980), *Nu... comme dans nuage*, Boucherville, éd. De Mortagne, p. 25.

3. de Beaumarchais, P.-A.-C. (1778), *Le mariage de Figaro*, II, p. 21 : « Boire sans soif et faire l'amour en tout temps, Madame, il n'y a que ça qui nous distingue des autres bêtes. »

pratique d'une activité sexuelle motivée par le seul plaisir distingue certains mammifères, dont l'humain [4]. Non seulement l'homme s'adonne aux joies de la sexualité par seul assouvissement du désir, mais il fait également de la sexualité un art, un commerce, et même un objet de recherche. La sexualité présente ainsi deux faces principales, qui semblent aux antipodes l'une de l'autre. D'une part, elle est source de beauté, d'émerveillement et de plaisir (une activité positive) ; d'autre part, elle peut s'apparenter à un fléau, être une cause de maladie, voire de traumatisme (une activité dont il faudrait se protéger). Ces deux expressions de la sexualité justifient que le droit s'immisce depuis longtemps dans une activité qui concerne essentiellement la sphère privée. L'Histoire nous enseigne ainsi que la sexualité et le droit n'ont jamais été totalement étrangers l'un à l'autre. De loin ou de près, dans l'ombre ou la lumière, ils s'accompagnent depuis toujours, principalement pour combattre les conflits et les dangers de « l'anarchie sexuelle, si paradisiaque qu'elle puisse sembler [5] », qu'il s'agisse de s'intéresser aux organes sexuels, à l'activité sexuelle ou au spectacle sexuel [6].

Jean Carbonnier a affirmé que « le droit n'est pas le seul à régler, rythmer la vie de la société, à imposer aux hommes en société une certaine unité de conduite. L'individu est enserré dans plusieurs [autres] réseaux de normes [7] », notamment la morale [8]. En effet, les normes qui autorisent, interdisent, prescrivent, régissent les comportements humains peuvent être de sources différentes : morale, juridique ou religieuse, etc. [9] S'il est difficile de donner une définition unique et complète du droit, nul ne peut nier qu'il s'agit d'un système normatif qui tend à réglementer les comportements humains. La morale, elle, se présente comme une « science qui a pour objet les règles de la conduite et les fins de l'action humaine [10] » et se définit comme un ensemble de principes, de jugements et de conduites qui s'impose à la conscience individuelle ou collective. Elle se fonde sur les impératifs du Bien et fournit des règles, des obligations et des valeurs. Droit et morale visent tous deux une bonne coexistence des individus [11].

4. Py, B. (2010), « Le sexe et le Droit : un couple sulfureux », *in* Deffains, N. et Py, B. (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », p. 15 : « [...] au contraire des autres animaux, les fonctionnements corporels humains ne sont pas limités par des processus naturels. Il n'y a quasiment pas de frein biologique (saison de rut, ovulation, gestation...) à l'attractivité de l'accouplement. »

5. Py, B. (1999), *Le sexe et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je », n° 3466, p. 3.

6. Le Droit s'intéresse ainsi aux trois sens reconnus à la sexualité. Dorlin, E. (2008), *Sexe, genre et sexualités*, PUF, coll. « Philosophies » : « Le sexe désigne communément trois choses : le sexe biologique, tel qu'il nous est assigné à la naissance – sexe mâle ou femelle –, le rôle ou le comportement sexuels qui sont censés lui correspondre – le genre, provisoirement défini comme les attributs du féminin et du masculin – que la socialisation et l'éducation différenciées des individus produisent et reproduisent ; enfin, la sexualité, c'est-à-dire le fait d'avoir une sexualité, d'"avoir" ou de "faire" du sexe. »

7. Carbonnier, J. (1996), *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Flammarion, coll. « Champs essais », p. 114.

8. Fenouillet, D., Bureau, D. et Drummond, F. (dir.) (2011), *Droit et Morale*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires ».

9. Mazaeud, H. (1996), *Droit civil*, Montchrétien, p. 6 : « Il est indispensable, pour que la vie en société soit possible, qu'il existe une règle de conduite. Si chacun de nous suivait son bon plaisir, chacun deviendrait un ennemi pour son voisin. »

10. Trésor de la langue française informatisé (TILF), dictionnaire de la langue française des XIX^e^ et XX^e^ siècles, consulté le 26 août 2011, Voir MORALE. Le TILF est créé par l'ATILF (Analyse et Traitement Informatique de la Langue Française), une unité mixte de recherche associée au CNRS (Centre National de la Recherche Scientifique) et à l'université Nancy 2. Consulté le 15 octobre 2017.

11. Droit et Morale présentent une proximité apparente, tant sur le contenu que dans la forme sur certains points. Voir Favoreux, L. (2000), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz Droit public », p. 2 ; Terré, F. (2000), *Introduction générale au droit*, Dalloz, p. 10 et s. ; Kelsen, H. (1996), *Théorie générale des normes*, PUF, coll. « Léviathan », p. 27-28.

Mais ce dessein commun ne les empêche pas de présenter des différences notables. La distinction la plus classique faite entre le droit et la morale se situe au plan de leurs fonctions respectives, car ils ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Le droit vise le Juste, la morale, le Bien. La morale désigne la réalisation d'un ordre individuel, alors que la règle de droit vise la réalisation d'un ordre collectif : « À la morale revient le soin de régler les questions de conscience individuelle. À la loi pénale incombe la mission d'interdire les comportements dangereux [12]. »

Ces différences n'excluent pas que la loi juridique et la loi morale puissent parfois être liées dans l'appréhension d'une notion. Ainsi, la morale a longtemps influencé le droit en matière de sexualité [13] (1.), jusqu'à ce que leurs divergences les séparent expressément, plus ou moins définitivement (2.).

1 L'abandon apparent de la morale

Aujourd'hui officiellement abandonnée, la notion de bonnes mœurs a été reconnue comme une véritable percée de la morale dans le droit. La seule référence à l'étymologie du mot « morale » – *moralis*, relatif aux mœurs – le démontre. La morale et les bonnes mœurs ont longtemps formé un couple solide : dans le droit canon, les bonnes mœurs sont celles-là seules qui sont conformes à la morale (1.1.). Cette conception d'un rapport étroit entre la morale et le droit n'était pas transposable dans les sociétés modernes, laïcisées et pluralistes. De fait, l'un des traits les plus caractéristiques de la codification du début du XIX^{e} siècle réside dans la séparation du droit d'avec la morale [14]. La morale et le droit ne couvrent plus désormais exactement les mêmes domaines : tout ce qui est permis n'est pas nécessairement moral et tout ce qui est amoral n'est pas nécessairement illégal (1.2.).

1.1 L'ancien Code pénal : des interdits imprégnés de morale

L'Histoire témoigne du poids de la morale publique qui a longtemps influencé le législateur, jusqu'à lui permettre d'imposer implicitement, par la notion de bonnes mœurs, pendant un temps, une véritable morale sexuelle. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, au nom de la collectivité publique, le Droit réprime des conduites considérées comme immorales. Sexualiser la vie sociale ou prôner le libertinage ne peuvent être acceptés, seules les mœurs fondées sur le mariage peuvent être propagées. Ainsi, le Droit vise « à imposer comme objective, évidente, incontestable, l'image de l'ordre

12. Perier-Daville, D. (1992), « Les atteintes contre les mœurs dans le futur Code pénal », *Gaz. Pal.*, p. 445 ; Tenzer, N. (1998), *Philosophie politique*, 2^{e} éd., PUF, coll. « Premier cycle », p. 369 : « La morale a pour siège exclusif l'individu ; le droit est toujours social. La première pose des exigences absolues irréfragables ; le second définit des normes relatives et changeantes ; la morale se vit dans l'intériorité de la conscience ; le droit s'exprime dans des lois publiques et publiées. [...] Le droit constamment bafoué ou inappliqué n'existe plus ; la morale, même violée, reste dans sa permanence une loi absolue. [...] La morale, dont la force est intérieure et absolue, est faible lorsqu'elle tend à s'exprimer en société. »

13. Carbonnier, J. (1996), *Droit et passion du droit sous la V^{e} République*, Flammarion, coll. « Champs essais », p. 116 : « Les appréciations morales variaient naturellement d'une conscience de juge à un autre, et objectivement elles pouvaient être influencées par le climat du moment. »

14. Ost, F. et Van de Kerchove, M. (1994), « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », *in* CURAPP (dir.), *Les bonnes Mœurs*, PUF, p. 110 : « particulièrement dans le domaine des actes contraires aux mœurs, [...] en réaction avec la législation des siècles précédents [...]. »

social qu'il dessine, laquelle incite à se conformer aux normes qu'il édicte [15] ». Le Droit tend à distinguer les pratiques sexuelles normales licites des pratiques sexuelles anormales illicites, à créer une véritable morale sexuelle : les bonnes mœurs. Hormis l'exercice de la sexualité matrimoniale, manifester une appétence particulière pour le nu ou s'adonner aux plaisirs de la chair révèle une conduite amorale et honteuse [16], un danger pour la société. La sexualité licite se résume aux bonnes mœurs, et uniquement si elle se pratique dans l'intimité [17].

Le terme « mœurs » désigne globalement les habitudes de vie d'un lieu et d'une époque déterminés. Ce sens général semble encore être celui retenu par la langue française [18], bien qu'aucune définition universelle et figée du concept ne peut être déterminée [19], puisque la notion de mœurs, qui relève principalement de la sociologie, « recouvre des faits bien différents suivant les époques [...] et surtout les endroits [20] ». L'expression « bonnes mœurs », pour sa part, appartient au lexique du droit et renvoie à un contenu juridique. La notion trouve son origine dans le droit romain : les *boni mores* désignent un critère employé lors des premiers recensements, qui consistent à dénombrer, mais aussi classer les citoyens en fonction de leurs fortunes et de leurs mérites ; les censeurs procèdent alors à un contrôle de moralité des citoyens, à une évaluation de leurs *boni mores* [21]. L'ancien Code pénal, en commandant de respecter les bonnes mœurs, sous-tend l'existence de « mauvaises mœurs » interdites [22]. L'emploi de l'adjectif « bonnes » renvoie à une appréciation juridique des mœurs empreinte de morale [23], une utilisation du Droit comme instrument de « censure » des mauvaises mœurs. Les bonnes mœurs semblent correspondre, de ce fait, aux mœurs de la majorité de la population, aux mœurs admises par la société.

---

15. Lochak, D. (1994), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *in* CURAPP (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, p. 17.

16. Burns, G. (1896-1996) : « Je me souviens d'une époque où l'air était propre et le sexe, sale. »

17. Doucet, J.-P., *Dictionnaire de Droit criminel*, Voir BONNES MŒURS, site en ligne, consulté le 22 août 2010, http ://ledroitcriminel.free.fr/index.htm : « Les mœurs sont les habitudes de vie d'une personne, ou d'un ensemble des personnes. Elles sont considérées comme bonnes ou mauvaises selon qu'elles sont conformes ou contraires aux règles de la morale, et plus particulièrement de la morale sexuelle. »

18. TILF, *op. cit.*, Voir MŒURS, consultation le 19 août 2010 : « Ensemble de comportements propres à un groupe humain ou à un individu et considérés dans leurs rapports avec une morale collective ; règles de vie, modèles de conduite plus ou moins imposés par une société à ses membres. »

19. Il existe toutefois des définitions subjectives de la notion. Ainsi, les mœurs désignent, pour Montesquieu, « la manière dont on doit jouir des plaisirs attachés à l'usage des sens et à l'union des corps » : Montesquieu (1951), *De l'esprit des lois*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la pléiade », t. II, p. 434. Ou encore les mœurs constituent « un ensemble de rituels sociaux auquel nous participons d'ailleurs spontanément sans toujours nous interroger sur leurs portée, leur bien-fondé, leur conformité à notre idéal de vie, *etc* » : Lahaye, N. (1984), « Outrage aux mœurs, infraction à contenu variable », *in* Perelman, C. et Vander-Elst, R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, p. 57.

20. Legros, R. (1984), « Les notions variables en droit pénal », *in* Perelman, C. et Vander-Elst, R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, p. 21.

21. Lavaud-Legendre, B. (2005), *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, coll. « Partage du savoir », p. 2 et s. : « Les *boni mores* s'articulent autour de six axes : la religion, la reconnaissance, le respect, la piété, la *vindicatio* et la bonne foi. Pour assurer leur maintien, le censeur dispose du pouvoir d'interroger le citoyen, et en cas de violation de celles-ci, il a la possibilité de rédiger une *nota censoria.* »

22. Lochak, D. (1994), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », *in* CURAPP (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, p. 18 : « Inscrire sous une forme ou sous une autre dans la loi l'obligation de respecter les bonnes mœurs, c'est donc, donner force de loi à une impossible définition des bonnes mœurs, du moins faire admettre comme postulat nécessaire qu'il y a des bonnes mœurs et donc des mauvaises mœurs [...]. »

23. Ost, F. et Van de Kercove, M. (1988), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ. Voir MŒURS (bonnes) : en dépit du discours officiel, c'est bien « la morale, les goûts et les modes de vie de l'élite culturelle dominants qui servent d'étalon des bonnes mœurs ».

L'expression « attentat aux mœurs » utilisée en 1810 par le législateur symbolise le regroupement de plusieurs infractions visant à protéger soit la collectivité (entendue comme le public en général), soit une partie du public (notamment les mineurs) : l'attentat à la pudeur (avec ou sans violence [24]), l'outrage public à la pudeur [25], l'outrage aux bonnes mœurs [26] et l'excitation de mineurs à la débauche [27]. L'attentat à la pudeur se distingue des suivantes en ce qu'elle constitue une agression contre les personnes ; elle requiert une victime déterminée. L'outrage public à la pudeur et l'outrage aux bonnes mœurs, au contraire, sont des délits non contre une personne, mais contre la collectivité [28].

Par le biais de l'outrage aux bonnes mœurs, la collectivité est protégée du « Mal » des représentations visuelles, mais aussi de l'impact des mots sur l'imagination, dès lors que les œuvres sont considérées comme suffisamment explicites pour laisser imaginer un acte sexuel ou une simple nudité à l'esprit du lecteur. Les représentations de la nudité, ou pire de la sexualité, sont considérées comme obscènes et donc interdites au public, qu'elles soient explicites ou simplement très imagées. L'ancien Code pénal incrimine également, l'outrage public à la pudeur. Est strictement prohibée toute représentation du sexe relative non seulement aux actes sexuels proprement dits, mais aussi à l'exhibition des parties sexuelles et des gestes sexuels sans exhibition [29]. Toute manifestation publique de la sexualité ou apparition publique de la nudité est interdite. L'incrimination n'aspire pas à prôner une sexualité « normale » – uniquement consommée par un mariage – puisqu'elle vise tout acte sexuel accompli dans l'espace public, véritable lieu de bannissement [30]. Par conséquent, un couple marié ne peut laisser libre cours à une manifestation charnelle de son amour en public. Il résulte du cumul de ces deux infractions que non seulement la société se protège de toute nudité et de toute autre sexualité que celle matrimoniale, car assurément immorale, mais que l'exercice même du devoir conjugal est réservé aux espaces privés.

24. Ancien Code pénal, art. 331 et s. L'attentat à la pudeur est l'ancêtre des agressions et atteintes sexuelles actuelles.

25. Ancien Code pénal, art. 330 : « Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur, sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an d'emprisonnement, et d'une amende de 16 francs à 200 francs. »

26. Ancien Code pénal, art. 283 et s.

27. Ancien Code pénal, art. 334-2 : « Sera puni des peines prévues à l'article précédent quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de 18 ans ou même occasionnellement des mineurs de 16 ans [...]. »

28. Cass. crim., 27 oct. 1932, Bull. crim., n° 220 : « A la différence de l'attentat à la pudeur, la prévention d'outrage public à la pudeur n'a pas essentiellement pour objet la répression d'actes impudiques, en tant que commis à l'égard d'une personne déterminée, mais la réparation du scandale causé par de tels actes à raison de leur publicité ». Ce raisonnement jurisprudentiel est transposable à l'outrage aux bonnes mœurs, puisque toutes deux visent la protection du sens moral de la société.

29. Iacub, M. (2008), *Par le trou de la serrure*, Fayard, p. 9 : « Ainsi, grâce à la pudeur publique, la société de jadis pouvait couvrir d'un voile les choses du sexe afin qu'elles ne viennent pas perturber l'ordre social. [...] C'est ainsi que l'outrage public à la pudeur devient paradigmatique d'une société qui avait fait de la sexualité une menace, une activité honteuse et dangereuse contre laquelle il fallait se protéger. »

30. Iacub, M. (2008), *Par le trou de la serrure*, Fayard, p. 9 : « Pour ne pas être condamné pour outrage public à la pudeur, il fallait faire preuve d'une vigilance et d'un zèle sans failles, la moindre négligence pouvant se révéler fatale. [...] Les passages qui faisaient communiquer la sexualité privée avec l'espace public pouvaient à tout moment transformer les nudités et les plaisirs pacifiques en un délit. »

1.2 Le nouveau Code pénal : de nouveaux interdits « neutres »

« Les mœurs ont leurs périodes, comme les saisons [31]. » Dès lors, plus le poids de la Morale s'est affaibli, plus la société a admis, et même revendiqué, la sexualité et ses représentations. Plus le principe de la neutralité s'est alors imposé [32].

> « À mesure que s'est affaibli le poids de la morale traditionnelle, à forte connotation religieuse, la liberté sexuelle s'est progressivement affirmée comme une dimension fondamentale de l'autonomie individuelle et une composante essentielle du droit au respect de la vie privée [33]. »

Au fil du temps, les nombreux interdits traditionnels ont vu leurs frontières reculer pour laisser plus de champ au « permis », à une sexualité « libérée » des carcans moraux. Les modifications des mentalités au cours des années 1960-1970, période historique parfois qualifiée de véritable « révolution », ont modifié en partie le système juridique en place avec l'émergence d'une morale du consentement fondée sur l'autonomie individuelle. Les sociétés contemporaines ont entériné la dissociation entre le sexe-procréateur et le sexe-plaisir. Un grand nombre d'exemples illustre ce mouvement. Aussi, les pantalons taille basse, qui suggèrent ou laissent clairement apparaître les sous-vêtements, se développent [34], tandis que les seins nus s'affichent davantage au cinéma [35] et dans la vie [36]. La pilule contraceptive, mise en circulation en 1960 aux États-Unis d'Amérique, arrive en France en 1967 [37]. À la radio et dans les magazines féminins, sont abordées les relations hommes / femmes [38] et les unions libres. La littérature sulfureuse d'Henry Miller et d'Anaïs Nin circule partout. Les ouvrages de Wilhelm Reich [39] et d'Herbert Marcuse [40] deviennent de véritables manifestes [41]. Les

31. Tacite, *Annales*, entre 110 et 116.

32. Roman, D. (2005), « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *Recueil Dalloz*, p. 1508 : « [...] une tendance se confirme : sous l'influence du juge le droit renonce à s'immiscer dans la sphère éminemment intime des relations sexuelles. »

33. Borillo, D. et Lochak, D. (2005), « Introduction », *in* Borillo, D. et Lochak, D. (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, p. 1.

34. Les pantalons taille basse sont très vite appelés *hip huggers* (haut des hanches) car ils dévoilent *a minima* ventre et nombril. Jusqu'en 1970 ils sont réservés aux pyjamas de femme, puis se propagent et deviennent « à la mode ». Aujourd'hui, l'expression « queue de baleine » désigne le morceau en « Y » des *strings* visibles lorsque celui-ci dépasse du pantalon, volontairement ou non.

35. Par ex. : *Quelles drôles de nuits* de Metz V. et Marchesi M. (1951). Sophia Loren y dévoile sa voluptueuse poitrine.

36. Kaufmann, J.-C. (1995), *Corps de femmes, regards d'hommes, Sociologie des seins nus*, Paris, Nathan, coll. « Essais et recherches » : le livre traite de la pratique des seins nus sur la plage.

37. Mise au point en 1956 aux États-Unis d'Amérique par le médecin Grégory Pincus et l'obstétricien John Rock, à la suite de la synthétisation de la noréthistérone par Luis Miramontes aux États-Unis mexicains en 1951. La loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique (JORF 29 déc. 1967, p. 12861) autorise la contraception orale sur prescription médicale.

38. La sexualité des hommes comme des femmes devient un sujet de conversations et de débats. Pour la sexualité féminine, voir Rousseau, Jean-Jacques (1712-1728) *Les Confessions*, Livre 1er : l'auteur aborde les « livres qu'une belle dame de par le monde trouve incommode, en ce qu'on ne peut, dit-elle, les lire que d'une main. »

39. Reich, W., *La Révolution sexuelle*, publié en 1945 par l'Orgone Institute Press (réédité par Christian Bourgeois en 1982).

40. Marcuse, H., *Eros et civilisation*, publié en 1955 et réédité par les éditions de Minuit en 1963.

41. Weinberg, A. (2002), « La libération sexuelle et ses lendemains », *Sciences humaines*, n° 130 : « Les pratiques deviennent plus libres et plus diversifiées. L'âge du premier rapport sexuel a baissé de 5 ans en moyenne entre 1968 et 1981 et se stabilise à partir de cette date autour de 17 ans et demi en moyenne.

évènements de « Mai 1968 » précipitent ce changement. Le mouvement hippie, apparu sur la côte ouest des États-Unis d'Amérique à la fin des années 1960 [42], se répand en Europe et en France. Les revendications hédonistes se multiplient : la « révolution sexuelle » est née [43].

Si cette révolution sexuelle ne doit pas être entendue comme un dénouement, une fin en soi, ni même comme un renversement fulgurant des mœurs, nul ne contestera qu'elle a engendré une marche vers une certaine libéralisation du nu et une désacralisation de la sexualité [44]. Cette quête des corps dénudés et d'une sexualité libre a impulsé une évolution sensible des mentalités, une marche vers une plus grande liberté sexuelle. Les formules de l'époque affichent cette soif de liberté, revendiquée et espérée, comme en témoignent les célèbres slogans : « Jouissons sans entrave » ; « Plus je fais l'amour, plus j'ai envie de faire la révolution. Plus je fais la révolution, plus j'ai envie de faire l'amour » ; « Les réserves imposées au plaisir excitent le plaisir de vivre sans réserve » ; « Je jouis dans les pavés » ; « Faites l'amour, pas la guerre » [45]... Aujourd'hui, c'est avec complaisance et douce moquerie que l'on évoque le souvenir de ces livres qui choquaient l'opinion publique [46], ou du scandale provoqué par des amants se tenant la main en public [47] ou encore par les baisers d'un couple dans un film. La morale sexuelle de nos aïeux paraît archaïque et guindée [48].

Les fortifications passées, imposées par les rapports du droit et de la morale, ont peu à peu cédé et une certaine liberté sexuelle s'est progressivement dévoilée. Mais cette liberté n'est évidemment pas absolue et demeure encadrée par la loi pénale [49]. Le

Dans la catégorie des 15/25 ans, l'évolution est surtout marquée par une nouvelle forme d'entrée dans la vie sexuelle. Le modèle de la jeune fille qui arrive vierge au mariage, et ne connaît au cours de sa vie qu'un seul partenaire, a quasiment disparu. La sexualité féminine s'épanouit. Les femmes osent affirmer leur plaisir et deviennent plus actives dans la relation. La permissivité plus grande. Dans les années 80, les soixante-huitards sont devenus parents. Ils ont laissé leurs enfants plus libres à l'égard de la sexualité. Si la précocité des rapports s'est stabilisée depuis 20 ans, il y a eu en revanche multiplication des partenaires chez les jeunes. Les relations sexuelles avant le mariage sont devenues la règle. »

42. A San Francisco se regroupent des milliers de jeunes routards, hippies, pour écouter de la musique, consommer de la drogue et... s'aimer. Les journalistes parlaient de l'« été de l'amour en Californie ».

43. Giami, A., Hekma, G. (dir.) (2015), *Révolutions sexuelles*. Paris, la Musardine.

44. Iacub, M. et Maniglier, F., *Antimanuel d'éducation sexuelle*, *op. cit.*, p. 29 : « Rien n'est plus caractéristique du succès de la "révolution sexuelle" que ce renversement dans les discours : ce n'est plus celui qui témoigne d'un goût prononcé pour les choses du sexe qui est un vicieux, mais celui qui s'en sent coupable qui est un malade. »

45. Voir Besançon, J. (2007), *Les murs ont la parole – Journal mural mai 1968, Sorbonne, Odéon, Nanterre, etc*, Tchou éditeur.

46. Par ex. : *Les Diaboliques* (1874) de Barbey d'Aurevilly, Jules, ou *Le con d'Irène* (1928) d'Aragon, Louis.

47. Dans *Le Rouge et le Noir* de Stendhal (publié en 1830 aux éditions Levasseur), le héros, Julien Sorel est conduit à tenir en cachette seulement la main de Mme Renal.

48. Iacub, M. et Maniglier, P. (2005), *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Bréal, coll. « Antimanuel », p. 31 : « Cette morale sexuelle nous semble à la nôtre ce que les voitures à pédales sont aux bolides à moteur, ou les ballons de Phileas Fogg à nos supersoniques. »

49. Au nom de la protection des droits d'autrui, la sexualité non consentie fait l'objet d'une pénalisation. Py, B. (2010), « Le sexe et le Droit : un couple sulfureux », *in* Deffains, N. et Py, B. (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », p. 15 : « Mise à part la loi de 1975 dépénalisant l'adultère, toutes visent à limiter, à prohiber ou à renforcer la répression. La loi de 1980 étend notablement la définition du viol. La loi de 1992 introduit en France la notion de harcèlement sexuel. Le nouveau Code pénal remplace l'infraction d'outrage public à la pudeur par le délit d'exhibition. La loi du 17 juin 1998 aggrave la répression des infractions sexuelles contre les mineurs et punit spécifiquement le tourisme sexuel. La loi du 18 mars 2003 incrimine le racolage passif, la prostitution des mineurs et la zoophilie. En 2004, la loi Perben 2 crée le FIJAIS. La loi du 12 décembre 2005 permet la prescription du médicament inhibiteur de libido aux délinquants sexuels. La loi du 5 mars 2007 crée le délit de propositions sexuelles à un mineur. »

droit n'a pas rendu les armes, il s'est adapté aux changements sociétaux et présente aujourd'hui une artillerie moderne destinée à protéger une pudeur nouvelle. Ne sont plus interdits aujourd'hui que les comportements sexuels qui portent atteinte à autrui. Il s'agit d'une part des actes sexuels portant atteinte à l'intégrité sexuelle, d'autrui, c'est-à-dire les actes imposés (viols et agressions sexuelles), mais aussi pour les mineurs de moins de 15 ans les actes consentis (le mineur de moins de 15 ans n'étant pas apte à véritablement consentir). Le consentement et la protection des mineurs sont devenus ainsi les deux principaux fondements des infractions sexuelles contemporaines. Il s'agit d'autre part des actes portant atteinte à l'intégrité psychique d'autrui : le spectacle de la sexualité imposé à la vue d'autrui en général (exhibition sexuelle) ou aux mineurs (l'interdiction de leur montrer de la pornographie), mais aussi le harcèlement sexuel.

2 Le maintien d'une morale dissimulée

La société moderne, clairement laïcisée, affiche une tolérance croissante à la différence en matière sexuelle et dévoile peu à peu des réticences à se concentrer et se retrancher derrière une morale déterminée. La dépénalisation de pratiques sexuelles longtemps considérées comme déviantes et choquantes, telles l'homosexualité [50] ou l'adultère [51], illustre significativement la disparition d'une norme sexuelle imposée par le Droit pénal positif. Toutefois la morale n'a pas complètement disparue de la lettre de la loi, et même, tend à se développer de plus en plus dans le domaine des infractions sexuelles [52]. Ainsi, dès la réécriture du Code pénal, sont maintenues des formes résiduelles de morale (2.1.) et les manifestations de son « retour » sont dernièrement encore plus évidentes (2.2.).

2.1 Une conservation *ab initio*

Il est vrai que les situations qui amènent un individu à lever le voile sur sa nudité et sa sexualité se sont multipliées et variées, et que l'acceptation d'une permissivité sexuelle croissante par la société s'est peu à peu consolidée. Toutefois, en 1992, le législateur n'abandonne pas toute idée de défense d'une forme de morale et sa stratégie repose, non plus sur une protection de la morale publique, sur les mœurs de la collectivité, mais principalement sur la fragilité psychique des mineurs et sur le respect de l'intimité, les « nouveaux habits de la morale [53] ». Bien que les mots de la morale, ne figurent plus littéralement dans les textes, les lois relatives à la sexualité demeurent empreintes

50. Le Droit pénal français n'a jamais sanctionné l'homosexualité entre majeurs, mais l'ancien Code pénal, à l'article 331 alinéa 2, sanctionnait les attentats commis sans violence sur les mineurs de plus de 15 ans par une personne du même sexe. Ce n'est que la loi du 4 août 1982 (Loi n° 82-683 du 4 août 1982, tendant à abroger l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal, JORF du 5 août 1982 p. 2502) qui a supprimé l'incrimination.

51. L'adultère a été pénalement sanctionné jusqu'à la loi du 11 juillet 1975 : Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce, JORF 12 juill. 1975, p. 7171.

52. Voir Courtaignes-Deslandes, C. (2013), « A la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Droit pénal*, n° 2, février, étude 5. En sus du nouvel interdit de l'article 611-1 du Code pénal, pour en être convaincu, il suffit d'étudier les infractions relatives à la pornographie (C. pén., art. 227-23 et 227-24), la corruption de mineurs (C. pén., art. 227-22) et la diffusion de messages contraires à la décence (C. pén., art. R. 624-2) ; ou encore de se rappeler la tentative de réintroduction de l'inceste dans le Code pénal en février 2010, avortée en septembre 2011.

53. Lochak, D. (2005), « Une liberté (pas) comme les autres ? », *in* Borillo, D. et Lochak, D. (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, p. 7.

d'une certaine morale, tant individuelle que collective. Plusieurs interdits en sont de parfaits manifestes, telle les infractions relatives à la pornographie.

Concernant la pornographie, l'article 227-24 du Code pénal interdit toute œuvre à caractère pornographique accessible aux mineurs – ils ne peuvent être spectateurs – et l'article 227-23 du Code pénal [54] interdit la pornographie préjudiciable au mineur du fait de la représentation de son corps – ils ne peuvent être objet de scènes pornographiques. En dépit de la séparation du droit et de la morale en 1994, deux manifestations d'une forme de morale sexuelle peuvent être relevées dans ces deux nouveaux délits créés dans le nouveau Code pénal.

D'une part, il s'agit du choix des mots utilisés pour désigner les comportements interdits. En effet, si le législateur et la jurisprudence ont définitivement cessé d'utiliser le terme de bonnes mœurs de façon formelle pour désigner le rapport du droit pénal à la représentation de la sexualité, la notion demeure présente en filigrane. En effet, une partie de la doctrine recourt toujours au terme, « car les agissements réprimés par les nouveaux textes consistent dans des conduites contraires à une certaine morale [55] ». Et non seulement, la notion est toujours utilisée pour présenter les infractions relatives à la pornographie, mais la même sémantique que celle désignant autrefois les outrages aux bonnes mœurs, continue à être utilisée pour préciser le contenu des images ou des messages à caractère pornographique, tant par les auteurs que par la jurisprudence. Ainsi, se retrouvent les termes de débauche [56] ou de perversion [57], ou encore les qualificatifs suivants :

- graveleux [58],
- dégradant [59],
- équivoque [60],
- obscène [61],

54. L'article 227-23 du Code pénal interdit quatre comportements différents : la fabrication en vue de la diffusion d'image ou représentation de mineurs présentant un caractère pornographique, la diffusion de ladite image ou représentation, la détention de matériel pédopornographique et la consultation habituelle de sites pédopornographiques permettant de visionner ces images et représentations interdites.

55. Colombet, S. et Vignaud, M. (2003), « Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir… », *Légipresse*, n° 204, II, p. 109.

56. Par ex. : Cass. crim., 29 mai 1995, pourvoi n° 93-85.654 : les prévenus ont diffusé des annonces relatives à la vente de cassettes pornographiques dans des revues spécialisées. Lesdites cassettes vendues montraient des « scènes de débauche, perversions et violences sexuelles, à l'exception toutefois de pédophilie ou de zoophilie ».

57. Par ex. : CA Aix-en-Provence, 19e ch. corr., 14 oct. 2009, n° Juris-Data : 2009-015786 ; Comm. com. électr. 2010, n° 3, comm. 30 : le prévenu est poursuivi pour détention d'images pédopornographiques, des « images de soumission sexuelle de très jeunes enfants, des garçons et filles paraissant le plus souvent âgés de moins d'une dizaine d'années, voire d'un bébé, tous livrés à la perversion d'adultes… ».

58. Par ex. : CA Rouen, ch. corr., 27 juin 1996, n° Juris-Data : 1996-046577 : plusieurs prévenus sont soupçonnés d'avoir recelé des images pédopornographiques. Pour la cour, lesdites images offrent « le spectacle de très jeunes filles, parfois partiellement dévêtues, filmées certes sans guère talent, mais jamais dans des situations évoquant de près ou de loin un érotisme graveleux […]. »

59. Par ex. : CA Aix-en-Provence, 19e ch. corr. Corr., 7 mars 2006, n° Juris-Data : 2006-312418 : le prévenu est poursuivi pour importation d'images pédopornographiques. L'expertise met en évidence des images de mineures dans « des attitudes et postures […] dégradantes ».

60. Par ex. : CA Grenoble, 1re ch. corr., 21 juin 2006, *ibidem* : la cour considère que les images de mineurs sont à caractère pornographique car ils y sont représentés dans des « positions équivoques, voire obscènes ».

61. Par ex. : CA Grenoble, 1re ch. corr., 21 juin 2006, n° Juris-Data : 2006-314267 : le prévenu a détenu des images de mineurs présentant un caractère pornographique, des mineurs représentés dans des « positions équivoques, voire obscènes ».

- provocant [62],
- suggestif [63],
- malsain [64],
- éloquent [65],
- ambiguë [66],
- cru [67],
- pernicieux [68]...

D'autre part, les interdits de l'article 227-23 du Code pénal visent une image pornographique représentant un mineur de 18 ans, réel ou virtuel. Et la loi pénale pose, en plus, une présomption générale de minorité [69]. L'interdit d'une image pédopornographique virtuelle interroge doublement. Non seulement, la détermination de l'âge du mineur imaginaire – simplement virtuel – semble tout simplement incertaine, mais surtout, la valeur sociale du délit questionne le juriste : est-ce toujours l'image du mineur qui est au cœur de l'interdit lorsque celui-ci est purement fictif ? Ne serait-ce pas plutôt parce que la société refuse de voir la sexualité d'un mineur, y compris inexistant ? Il n'est dans cette hypothèse pas question de l'image du mineur puisqu'il n'existe pas. Il semble qu'il s'agisse plus d'une forme de morale publique.

2.2 Une consolidation *a posteriori*

Le souhait formulé par Michel Foucault en 1976, « plutôt qu'une société vouée à la répression du sexe, je verrai la nôtre vouée à son expression [70] », paraît avoir été

62. Par ex. : CA Grenoble, 1re ch. corr., 21 juin 2006, *ibid.* : pour la cour, les images litigieuses « [...] méritent le qualificatif pornographique, les représentations mettant en scène des personnes exhibant de manière obscène et provocante, leurs corps dénudés et particulièrement leurs organes sexuels ».

63. Par ex. : CA Douai, 9e ch. corr., 16 mai 2007, n° Juris-Data : 2007-337309 : le prévenu est poursuivi du chef de détention d'images pédopornographiques : « Le fait d'avoir détenu jusqu'au 24 novembre 2005 sur le disque dur de son ordinateur une image représentant son fils Aymeric affublé d'un sexe surdimensionné n'apparaît pas pénalement répréhensible dans la mesure où cette image, qui représente un nourrisson dont le sexe a été fictivement grossi par un effet de loupe, ne met en scène aucun acte ou posture suggestive ou licencieuse et ne présente aucun caractère pornographique. »

64. Par ex. : CA Douai, 9e ch. corr., 10 oct. 2007, n° Juris-Data : 2007-349387 : le prévenu est poursuivi pour détention d'images pédopornographiques. Pour la cour, « le goût manifeste [du prévenu] pour des images mettant en scène des enfants dans des situations à caractère pornographique doit être rapproché des clichés pris par lui de sa propre petite fille [...], présentant un caractère manifestement malsain et pour le moins inadapté concernant une enfant de cet âge ».

65. Par ex. : CA Rouen, ch. corr., 28 févr. 2008, n° Juris-Data : 2008-369018 : le prévenu est poursuivi pour détention d'images pédopornographiques, des images d'« enfants de 16 ans et moins dans des positions scabreuses ainsi que des actes sexuels entre enfants ou avec des articles ».

66. Par ex. : CA Paris, 3e Pôle, 5e ch., 9 déc. 2009, n° Juris-Data : 2009-019596 : le prévenu est poursuivi pour détention d'images pédopornographiques. Il a détenu *« un disque CD-Rom contenant 74 images de jeunes filles mineures nues ou dénudées dans des positions suggestives ou* ambiguës *»*.

67. Par ex. : CA Paris, 13e ch. corr., sect. A, 2 avril 2002, n° Juris-Data : 2002-172666 : le gérant de trois sites Internet proposant des images pornographiques est poursuivi sur le fondement de 227-24 du Code pénal : « étaient montré des organes génitaux féminins offerts, des organes génitaux masculins en érection et des actes de pénétration génitale, buccale, anale, des photos de transsexuels, images présentées en plans rapprochés, et assorties de commentaires particulièrement crus. »

68. Par ex. : CA Toulouse, 3e ch. corr., 12 janv. 2010, n° Juris-Data : 2010-380928 : le prévenu, professeur de français pour les 6e et 5e dans un collège a mis en ligne sur son blog, destiné à apprendre aux jeunes à mieux parler et écrire la langue française, un texte qu'il aurait trouvé sur un autre site Internet, qui serait écrit par un mineur de 13 ans et qui raconte le viol d'une enfant de 6 ans par son père. Les juges considèrent que ce texte contient un « langage et style attractifs, ce qui le rend encore plus pernicieux ».

69. C. pén., art. 227-23 *in fine* : « Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de 18 ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image. »

70. Foucault, M., *Le Monde*, 5 nov. 1976.

exaucé. La sexualité « paonne » dans la sphère publique : les ébats sexuels d'une candidate de téléréalité sont filmés dans la désormais célèbre piscine du Loft [71], certaines villes voient la réalisation d'actes sexuels sur la voie publique aux yeux de tous les passants [72], le *Kâma-sûtra* se vend dans les grandes surfaces, les réunions dites « *sex-toys* » se déroulent dans l'intimité des foyers, les enquêtes sur le sexe prolifèrent dans la presse, les séries télévisuelles sur le sexe connaissent un triomphe certain [73], le succès du cybersexe est sans appel [74]. Toutefois, de récentes lois relatives à la sexualité semblent, parallèlement à cette désacralisation de la sexualité et du nu, réintroduire davantage de morale dans les interdits sexuels contemporains. La récente loi du 13 avril 2016 en est le parfait manifeste, tant dans son contenu que dans sa portée [75].

Après avoir fait l'objet de longs débats, sociétaux [76] et juridiques [77], pendant presque cinq ans, l'interdiction de l'achat d'actes sexuels a été insérée dans le Code pénal [78] par la loi du 13 avril 2016 visant à affaiblir le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées [79]. Cette loi intervient soixante-dix ans après, jour pour jour, la loi du 13 avril 1946 dite Marthe Richard [80] tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme. La République française rejoint ainsi le camp des pays européens sanctionnant les clients de personnes

71. Loana, une participante à une émission de télé-réalité offre une scène mythique dans l'émission Loft story en 2001 en pratiquant des actes sexuels dans la piscine.

72. Il en est ainsi à Barcelone, en dépit de la législation du pays : Voir *20 minutes*, 4 sept. 2009.

73. Par ex. : La série *Sex and the city*, créé par Darren Star, est diffusée de mai 1998 à février 2004 (en France depuis 1999). La série brosse le portrait de quatre amies new-yorkaises, trentenaires et célibataires : Carrie, journaliste, tenant une rubrique dans laquelle elle dissèque les relations hommes-femmes ; Charlotte, galériste naïve et romantique en quête du « grand amour » ; Miranda, avocate cérébrale et cynique qui privilégie sa carrière à sa vie amoureuse ; et Samantha, attachée de presse, dévoreuse d'hommes.

74. Les sites à caractère pornographique, payants mais aussi gratuits (comme *youporn* ou *miamovie*), se multiplient. Voir *20 minutes*, 14 déc. 2007.

75. Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, JORF du 14 avril 2016, texte n° 1. Aux côtés des mesures d'accompagnement proposées aux personnes prostituées, visant pour l'essentiel à leur permettre de sortir de la prostitution (CASF, art. L. 121-9), cette loi sanctionne l'achat de tout acte sexuel et dépénalise le racolage.

76. Voir *Le manifeste des 343 salauds* à l'initiative de Beigbeder F., Zammou E., Bend N. et Rioufol I. Un manifeste baptisé *Touche pas à ma pute* en octobre 2013, pour protester contre le projet de loi de l'époque et en référence évidente au *Manifeste des 343 salopes* en 1974 de Beavoir S. à propos de l'interruption volontaire de grossesse.

77. La proposition de loi relative à la lutte contre le système prostitutionnel avait été enregistrée à l'Assemblée nationale le 10 oct. 2013 et faisait suite à une proposition de loi visant à l'abrogation du délit de racolage public enregistrée au Sénat le 2 oct. 2012 et adoptée en première lecture le 28 mars 2013. Voir : Clément, É. (2015), « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs. Étude à l'occasion de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel », *Revue de sciences criminelles,* p. 813-825 – Fleuriot, C. (2016), « Prostitution : les députés adoptent à nouveau la pénalisation des clients », *Dalloz Actualité.fr,* février – 825 – Fleuriot, C. (2015), « Prostitution : les députés rétablissent la pénalisation du client », *Dalloz Actualité.fr,* juin – Fleuriot, C. (2013), « Prostitution : les députés adoptent la pénalisation des clients », *Dalloz Actualité.fr*, décembre.

78. C. pén., art. 611-1 al. 1 : « 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 5^{e} classe. »

79. Voir Parizot, R. (2016), « La prostitution, infraction sans texte », *RSC*, p. 373 : « Même si la personne prostituée ne peut plus être poursuivie pour racolage, le législateur ne se montre pas pour autant plus indulgent à l'égard de la prostitution. En effet, ses fourches caudines ne visent plus la personne prostituée, mais le client. »

80. Loi n° 46-685 du 13 avril 1946 dite Marthe Richard tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme, JORF du 14 avril 1946, p. 3138.

prostituées, aux côtés du Royaume de la Suède – pionnière en 1999 [81], du Royaume de Norvège, de la République d'Islande et du Royaume-Uni.

La prohibition du recours à la prostitution n'est, elle aussi, pas nouvelle. En effet, depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale [82] sont pénalement punissables les clients de mineurs prostitués [83]. Puis, avec la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure [84], l'interdit du recours à la prostitution de mineurs [85] est étendu à la prostitution des personnes « d'une particulière vulnérabilité due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse [86] ». Ce délit, puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, est susceptible de circonstances aggravantes [87]. Notons que la loi du 13 avril 2016 a remplacé l'expression « déficience physique ou psychique » par la notion plus explicite, mais tout aussi sensible, de « handicap ». Et dans les deux hypothèses, tout comme dans le nouvel interdit de recours général à la prostitution, la personne prostituée est la victime de l'infraction et ce sont bien les potentiels clients qui sont les auteurs punissables.

Lorsqu'il s'agit d'étudier le contenu de l'interdit, de véritables difficultés s'amoncellent [88]. La principale surgit lorsque la contravention de l'article 611-1 du Code pénal est analysée sous le prisme du principe de légalité criminelle, hérité du siècle des Lumières [89]. Le législateur tient en effet des articles [90] 111-2 et 111-3 du Code pénal l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Or, la légalité criminelle « érigée en "garde flou" du droit répressif [91] », pierre angulaire du Droit pénal, semble ici bien malmenée. L'interdit renvoie à deux notions non définies : la prostitution et les relations de nature sexuelle. S'il est possible d'écarter un temps l'obstacle pour la prostitution en se référant à sa définition prétorienne [92], la gêne demeure avec les relations de nature sexuelle [93] : que faut-il comprendre ? Si un coït répond assurément

81. Voir Gylden, A. (2003), « Prostitution : le modèle suédois », *L'Express*, mars – Py, B. (2006), « Prostitution, racolage, proxénétisme, *Rép. Pén. Dalloz*, n° 31 : « La Suède, dans le cadre d'un plan gouvernemental baptisé "Kvinnofrid" (la paix des femmes), a décidé d'une révision du Code pénal (L. 1998-408 entrée en vigueur le 1er janv. 1999) qui pénalise l'achat de services sexuels ».

82. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161.

83. Voir l'affaire dite « Zahia » qui a mis en cause, en 2010, des joueurs de l'équipe de France de l'époque qui ont été clients d'une prostituée mineure, Melle Zahia.

84. Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JORF n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761.

85. C. pén., art. 225-12-1, al. 1, rédaction antérieure à la loi du 13 avril 2016.

86. C. pén., art. 225-12-1, al. 2, rédaction antérieure à la loi du 13 avril 2016.

87. C. pén, art. 225-12-1, al. 2.

88. Par exemple sur la peine complémentaire du stage de sensibilisation, Voir Mistretta, P. (2013), « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP G*, n° 42, octobre, p. 1063 – Pour l'efficacité de la peine contraventionnelle en la matière, Voir Morvan, P. (2016), « Lutte contre la prostitution – Quand le "cave" devient délinquant : la pénalisation des clients de prostituée(e)s », *JCP G*, n° 17, avril, p. 487.

89. Giudicelli, A. (2007), « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC*, p. 509 : « Aux origines du principe de la légalité criminelle, les pénalistes français ne manquent jamais de situer les écrits de Montesquieu, dont ils en font l'inventeur, et de Cesare Beccaria, qui en dégageant sa portée première a jeté les fondements du Droit pénal classique. »

90. Le principe de légalité criminelle fait l'objet d'une dualité d'expression textuelle. L'article 111-2 du Code pénal expose le principe de façon positive, alors que l'article 111-3 du même Code l'expose d'une manière négative.

91. Plançon, M. (2004), *Le flou en droit criminel*, Thèse dactylographiée, Nancy, n° 118.

92. Cass. crim., 27 mars 1996, n° 95-82.016 : « la prostitution consiste, à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui. »

93. Leonhard, J. (2011), *Etude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse dactylographiée, Nancy.

à la notion, qu'en est-il des simples caresses sur les organes sexuels ? Des caresses sur les zones érogènes ? Et même du simple échange de baiser ?

Bien que le but premier du droit pénal ne soit pas de protéger les individus, mais de punir les auteurs de comportements prohibés, il est admis que rien ne garantit mieux [94] les valeurs que reconnaît une société que la manière dont elle les protège et les impose par son système législatif [95]. Se pose ainsi la question de la valeur sociale de la nouvelle infraction : pourquoi avoir voulu interdire le recours à la prostitution ? Deux professeurs ont tenté de répondre à la question avant même l'entrée en vigueur de la loi : l'un pour la répression (une femme [96]) au nom de la dignité et de la protection des personnes se livrant à la prostitution, l'autre contre (un homme [97]) au nom de la liberté sexuelle et de l'autonomie du consentement des personnes prostituées. Deux professeurs aux idées *a priori* contraires. *a priori* seulement, car la réalité permet de retenir les deux analyses qui ne s'opposent pas. La première perception s'entend lorsqu'il s'agit de prostitution forcée et la seconde est tout aussi légitime lorsqu'il s'agit de prostitution libre. Une nouvelle critique de la loi du 13 avril 2016 émerge ainsi : pourquoi avoir généralisé l'interdit à toutes les hypothèses de la prostitution alors qu'il n'est pas raisonnable de nier l'existence d'une prostitution librement consentie ? Comment identifier la valeur sociale d'un interdit aussi large ? Cela paraît presque impossible, sauf à admettre qu'il s'agit de prohiber le sexe contre de l'argent au nom de la morale.

Sous couvert d'un protectionnisme nécessaire des personnes contraintes à la prostitution, la loi du 13 avril 2016 vise à réintroduire de la morale en droit. En effet, il ne peut être avancé qu'il s'agit uniquement de renforcer l'arsenal répressif en matière de prostitution forcée, puisque celle-ci peut déjà faire l'objet de poursuites pénales et faire encourir une peine bien plus sévère qu'une contravention de la 5^{e} classe [98]. La loi du 13 avril 2016 semble donc bien interdire le sexe contre de l'argent car il serait moralement gênant, voire intolérable. Comment expliquer autrement l'incrimination ? Pourquoi ce nouvel interdit sinon parce qu'il serait plus amoral de faire l'amour contre de l'argent avec un professionnel que pour certain par obligation, par routine, au nom du mariage, par jeu avec un inconnu, pour « avoir la paix » avec son/sa compagnon/pagne, voire même pour obtenir un bijou ou une montre de son/sa chéri/e ? Et il est donc, dans cette logique, tout aussi « moral » de ne plus condamner la personne prostituée (considérée comme la victime), mais le client (le pervers).

94. Comme le disait le doyen CARBONNIER (Carbonnier, J. (2004), *Sociologie juridique*, 2^{e} éd., PUF, coll. « Quadrige », p. 398), « toute loi pénale a deux bras : un interdit et une menace contre ceux qui le violeraient, l'incrimination et la pénalité ». C'est l'effet symbolique de la loi pénale (à ne pas confondre avec son effet instrumental : la répression), qui traduit l'identification de certaines valeurs protégées par le Droit pénal.

95. Leclerc, H. (1994), *Le nouveau Code pénal*, Seuil, coll. « Point », p. 12 : « Un Code pénal n'est pas seulement une collection de textes répressifs. Au travers des interdits qu'il définit et de leur gravité relative se dessinent en creux les valeurs qu'une société veut protéger et leur hiérarchie. »

96. Darsonville, A. (2014), « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », *Dalloz-actualité.fr*.

97. Mistretta, P. (2013), « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP G*, n° 42, octobre, p. 1063.

98. C. pén., art. 225-4-1 ; la traite des êtres humains fait encourir une peine de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Conclusion

> « Parmi les paradoxes de notre société, il est intéressant de souligner que la sexualité est désormais apparente, extériorisée, affichée, mais aussi dissimulée, masquée, occultée. Le sexe est devenu à la fois omniprésent et caché. Nous vivons une époque simultanément obsédée et frustrée [99]. »

À ces mots du professeur Bruno Py écrits en 2010, nous sommes tentés d'ajouter aujourd'hui que la morale est, elle aussi, devenue à la fois omniprésente et cachée. Malgré la séparation officielle du droit et de la morale en 1994, des traces de morale peuvent être relevées dans le nouveau Code pénal. Et ces vestiges du droit canon ne peuvent pas être perçus comme de simples conséquences d'un divorce mal réglé entre la loi et la morale, puisque la morale guide encore aujourd'hui parfois la plume du législateur… Alors *quid* à présent des rapports entre le droit et la morale dans le domaine des infractions sexuelles : amour ou haine ? Peu importe à vrai dire, puisque la haine, c'est encore de l'amour, non pas un amour du passé définitivement oublié.

Ouverture : « Droits sexuels »

La notion de « droits sexuels » existe-t-elle en droit aujourd'hui ? Si de tels droits devaient être reconnus, ils seraient nécessairement des droits subjectifs, c'est-à-dire une prérogative accordée à certaines personnes, dont elles pourraient se prévaloir dans leur propre intérêt. Or en matière de sexualité, il est surtout question de liberté sexuelle. En effet, les modifications des mentalités au cours des années 1960-1970, période historique parfois qualifiée de véritable « révolution », ont modifié en partie le système juridique en place avec l'émergence d'une morale du consentement fondée sur l'autonomie individuelle. Les sociétés contemporaines ont entériné la dissociation entre le sexe-procréateur et le sexe-plaisir. Si cette révolution sexuelle ne doit pas être entendue comme un dénouement, une fin en soi, ni même comme un renversement fulgurant des mœurs, nul ne contestera qu'elle a engendré une marche vers une certaine libéralisation du nu, une désacralisation de la sexualité et surtout vers la naissance de la liberté sexuelle. « 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 » [100]. Par liberté sexuelle, il est entendu la faculté pour chacun de choisir sa sexualité et d'entretenir des relations sexuelles [101]. L'autonomie de la volonté et le consentement constituent ses deux piliers [102]. Bien que précisée, la place de la liberté sexuelle demeure incertaine.

99. Py, B. (2010), « Le sexe et le Droit : un couple sulfureux », *in* Deffains, N. et Py, B. (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

100. Lochak, D. (2005), « Une liberté (pas) comme les autres ? », *in* Borillo, D. et Lochak, D. (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, p. 7.

101. Voir Marguénaud, J.-P. (2009), « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, n° 49, p. 19.

102. Borillo, D. (2005), « Liberté érotique et "exception sexuelle" », *in* Borillo, D. et Lochak, D. (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, p. 38 : la liberté sexuelle peut se définir comme « la capacité d'un individu à agir érotiquement sans contrainte ».

Est-on aujourd'hui passé de la liberté sexuelle aux « droits sexuels » ? Si comme toute liberté, la liberté sexuelle n'est pas absolue, mais nécessairement limitée [103], il convient de préciser qu'à la différence d'autres libertés, la liberté sexuelle ne possède aucune reconnaissance textuelle explicite. Cette absence de fondement formel ne l'empêche pas d'être reconnue mais constitue certainement l'une de ses faiblesses et fonde l'interrogation sur l'émergence de « droits sexuels ». La liberté sexuelle est en effet uniquement garantie comme composante d'autres droits : le droit de disposer librement de soi, le droit à une vie familiale normale, et surtout le droit au respect de la vie privée [104]. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît ainsi son existence et la consacre en tant que manifestation du droit de disposer de son corps dans son arrêt *K.A. et A.D.* c/ Belgique. La Cour rappelle que la vie sexuelle fait partie intégrante de la vie privée [105] 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 [106] ». Mais la Cour européenne ne va pas jusqu'à admettre, explicitement ou implicitement, l'existence de « droits sexuels » au sens propre. Aussi, pour l'auteur de ces lignes, les « droits sexuels » n'existent toujours pas aujourd'hui. Ils sont au mieux une notion à venir dont certains rêvent, au pire un étendard que d'autres revendiquent déjà.

103. Rivero, J. (1998), « Les limites de la liberté », *Mélanges Jacques ROBERT – Libertés*, Montchrétien, 1998, p. 189.

104. Lebreton, G. (2009), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8e éd., Armand Collin, p. 264 : « 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 *». Voir Cour européenne des droits de l'homme,* Dudgeon c/ Royaume-Uni, *22 oct. 1981, Série A n° 45, p. 18 : la Cour affirme le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix et l'impossibilité corrélative de réprimer pénalement les actes homosexuels réalisés en privé entre adultes consentants. Voir Cour européenne des droits de l'homme,* X c/ Islande*, 18 mai 1976, req. n° 6825/75, DR 5, p. 86 : la vie comprend « dans une certaine mesure le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité ».*

105. Cour européenne des droits de l'homme, *K.A et A.D. c/ Belgique*, 17 févr. 2005, req. n° 42758 et 45558/99, § 79 : « [...] l'expression de "vie privée" est large et ne se prête pas à une définition exhaustive. Des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8 ».

106. Cour européenne des droits de l'homme, *K.A et A.D. c/ Belgique*, 17 févr. 2005, req. n° 42758 et 45558/99, § 83.