Le consentement, pierre angulaire de la liberté sexuelle

Jean-Philippe Vauthier

Docteur en droit, chercheur associé à l'Institut François-Gény (EA 7301), chargé d'enseignements à l'Université de Guyane, juriste-assistant au Tribunal de Grande Instance de Cayenne

Résumé : Le déclin de la morale traditionnelle et l'évolution de la société ont permis l'affirmation d'une liberté sexuelle qui s'est construite autour de l'émancipation de l'individu et de la protection de son autonomie. Liberté sexuelle et consentement sont donc aujourd'hui deux notions interdépendantes et d'un point de vue juridique, la garantie de la liberté sexuelle passe essentiellement par la protection du consentement. Dans son aspect négatif, il s'agit pour le droit répressif de sanctionner les atteintes à la liberté sexuelle par l'incrimination des actes de nature sexuelle imposé à autrui. Dans son aspect positif, il s'agit de garantir à chacun, en vertu du droit au respect de la vie privée, la possibilité d'exercer cette liberté sexuelle en protégeant la faculté de consentir. L'exercice de la liberté sexuelle n'est toutefois pas sans limites et certaines atteintes peuvent y être portées malgré le consentement. De façon plus significative, plusieurs textes récents tendent à reconsidérer la place du consentement dans l'exercice de la liberté sexuelle.

Mots-clés : liberté sexuelle, consentement, autonomie, protection

Introduction

« Ce qu'il y a de plus subtil dans l'homme, c'est la sexualité. » Sans doute Louis-Ferdinand Céline tenait-il à exprimer par cette affirmation qu'une part importante de la spécificité du genre humain réside dans sa sexualité. Elle est certes indispensable à la survie de l'espèce, mais elle ne peut être réduite à ce seul aspect procréatif, tant la dimension récréative de l'activité sexuelle apparaît essentielle. Et parce que l'exercice de cette activité est intimement lié à la liberté, la déclaration de Céline résonnerait avec un écho tout aussi juste si les termes en étaient quelque peu changés pour énoncer que ce qu'il y a de plus libre dans l'être humain, c'est sa sexualité.

Tel n'a pourtant pas toujours été le cas, et aborder la notion de liberté sexuelle, telle qu'elle peut s'exercer aujourd'hui, impose un rapide retour sur le phénomène de la libération sexuelle. L'on songe certes aux événements de la fin des années 1960, qui ont marqué l'acception sociale de la sexualité, mais il faut, du point de vue juridique,

remonter bien avant. La première pierre du mouvement de libération sexuelle a en effet été posée à l'époque révolutionnaire. Si l'Ancien droit assimilait l'illicite au pêché, la Révolution française a permis de se détacher de l'influence religieuse pour admettre une conception laïque du Droit, notamment du droit pénal des infractions contre l'ordre sexuel [1]. Dans ce contexte était affirmé avec force le principe de la liberté individuelle à l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 [2], dont la liberté sexuelle n'est qu'une déclinaison [3]. Le Code pénal de 1810 marque ainsi le passage d'une conception morale des infractions contre l'ordre sexuel, à une conception sociale [4]. Derrière l'indifférence apparente des textes, leur nécessaire interprétation permit toutefois de faire perdurer une approche conservatrice de ce type d'infractions. Par exemple, dans son Code pénal annoté, Garçon note à propos de l'outrage public à la pudeur que si « la première condition du délit est un fait matériel contraire aux bonnes mœurs [,] la loi n'a pas déterminé, par une définition précise, la nature de ces actes, et elle ne le pouvait pas. Ce point est nécessairement abandonné à l'appréciation des juges [5] ». Puis il poursuit en précisant qu'« un certain nombre d'actes ne laisseront aucun doute : ce sont tous ceux qui présentent un caractère évident d'immoralité : les actes de luxure, les actes sexuels, les pratiques contre nature, accomplis publiquement [6] ». L'infraction et le vice ne sont donc pas encore tout à fait dissociés.

Il a fallu attendre la seconde moitié du XX^{e} siècle pour que la loi pénale change progressivement de discours à l'égard du sexe. Différentes réformes attestent d'un changement de paradigme, en faisant notamment sortir du champ de la répression de certains comportements. Pour l'infraction d'adultère par exemple, c'est la loi du 11 juillet 1975 [7] qui est venue abroger les articles 336 à 339 du Code pénal, supprimant également l'infraction de concubinage [8]. De même, l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal réprimant les relations homosexuelles avec un mineur de 15 à 18 ans fut abrogé par la loi du 4 août 1982 [9]. Marcela Iacub considère qu'il s'agit de « la fin du mariage considéré comme l'idéal juridico-sexuel, l'élément prééminent du dispositif des crimes et délits contre les mœurs, [qui] a nécessité que soient précisées les valeurs sociales que ces infractions devaient désormais protéger [10] ». Pour Michela Marzano :

1. V. notamment Merle, R. et Vitu, A. (dir.) (1982), *Traité de droit criminel*, Droit pénal spécial, tome 2, Cujas, p. 1498 – 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 », *D.*, p. 1508 – J.-P. Vauthier, « D'une loi à l'autre. Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », *in* Darsonville, A. et Leonhard, J.(dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, col « Santé, qualité de vie et handicap » p. 25.

2. « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

3. 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 », préc.

4. Merle, R. et Vitu, A. (dir.) (1982), *Traité de droit criminel*, loc. cit.

5. Garçon, É. (1952), *Code pénal annoté*, tome 2, Sirey, p. 173.

6. *Ibidem.*

7. Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 « portant réforme du divorce », JO 12 juillet 1971, p. 7171.

8. art. 339 C. pénal de 1810 : « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs ».

9. Loi n° 82-683 du 4 août 1982 « abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du code pénal », JO 5 août 1982, p. 2502.

10. Iacub, M. (2008), *Par le trou de la serrure. Une histoire de la pudeur publique XIX^{e}-XXI^{e} siècle*, Paris, Fayard, p. 243 et s.

> « [...] nous serions enfin passés d'une morale substantielle, selon laquelle il existe des critères universels en matière de sexe, à une morale formelle, selon laquelle un acte est légitimé par son cadre contractuel, les différents partenaires étant libres de fixer ou de créer leurs propres règles et de les confirmer par le consentement mutuel [11]. »

De ce nouvel ordre social est née la conception contemporaine de la liberté sexuelle qui, bien que non définie par les textes, peut être entendue comme la possibilité d'entretenir librement des relations sexuelles, dont la limite consiste dans le respect du consentement.

Il est aujourd'hui largement admis que pareille liberté relève du droit au respect de la vie privée et bénéficie à ce titre de la protection accordée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [12]. C'est sur ce fondement que la Cour européenne a ainsi affirmé que le sexe des personnes était indifférent pour l'exercice de la liberté sexuelle. Elle a en effet considéré en 1981, dans son arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, que la législation de l'Irlande du Nord érigeant en infraction pénale les relations homosexuelles entre hommes majeurs constituait une atteinte injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée [13]. Plus récemment, à l'occasion de son arrêt *K.A. et A.D.* contre Belgique du 17 février 2005, elle a déclaré que :

> « L'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel [...]. Ce droit implique d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...], en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et à ce titre protégé par cette disposition [...]. Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle [14]. »

Ainsi garanti par le principe d'autonomie, « soit littéralement la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme [15] » ou « le droit d'opérer des choix concernant son propre corps [16] », l'exercice de la liberté sexuelle réserve au consentement une place essentielle [17]. L'expression du consentement s'apparente d'ailleurs elle-même à l'exercice d'une liberté. Sur ce point, il apparaît utile de se référer à l'analyse qui peut être faite du consentement aux soins. En effet, les deux touchant au droit que l'individu

11. Marzano, M. (2008) « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs » / 1*, *Droits*, n° 48, p. 109. – Sur l'influence de la morale sur la liberté sexuelle, voir, dans cet ouvrage, la contribution d'André Moine.

12. « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

13. Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76.

14. Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et n° 45558/99, § 83.

15. 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 », préc.

16. Cour EDH, 22 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 66.– Sur la notion d'autonomie personnelle, voir également Levinet, M. (2009), « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, n° 49, p. 3.

17. Simard, D. (2015), « La question du consentement sexuel : entre liberté individuelle et dignité humaine », *Sexologies*, vol. 24, juillet-septembre, p. 140.

a sur son corps, il semble pertinent d'attacher au consentement à l'acte sexuel la même nature que celle reconnue consentement aux soins. S'agissant de ce dernier, il faut remarquer, avec Marion Girer, que « le consentement aux soins, longtemps dominé par la qualification contractuelle, a récemment quitté ce "carcan" contractuel pour être plus efficacement protégé par la référence aux droits fondamentaux de la personne humaine [18] ». Le juge administratif a d'ailleurs retenu les qualificatifs de « liberté fondamentale [19] » ou « liberté individuelle [20] » pour désigner ce consentement à l'occasion d'affaires concernant des transfusions sanguines pratiquées contre leur gré sur des personnes témoins de Jéhovah. Suivant la même logique, consentir à l'acte charnel traduit donc l'exercice d'une liberté individuelle qui garantit à la personne sa liberté sexuelle. C'est dire l'importance du consentement. Pourtant, les textes n'en donnent pas de définition précise. D'une manière générale, le Trésor informatisé de la langue française [21] précise qu'il s'agit de l'action de consentir ou le résultat de cette action. Le verbe consentir est lui-même définit comme « se prononcer en faveur de l'accomplissement d'un projet, d'un acte, etc. ». De la sorte, « ce qui semble caractériser le consentement est la posture de celui qui le donne, c'est-à-dire le fait que celui qui donne son consentement se trouve soit dans l'obligation de répondre à une sollicitation, soit dans l'état de celui qui prend l'initiative d'un acte et qui, à son tour, attend la réponse de quelqu'un d'autre [22] ». Quelque soit cette posture, le consentement à l'acte sexuel apparaît donc comme le précepte central de l'exercice de la liberté sexuelle : il en est un élément nécessaire, au service de sa garantie (1.), ce qui a pour corollaire qu'il est également un élément d'ajustement de l'exercice de cette liberté (2.).

1 La nécessité du consentement comme élément de protection de la liberté sexuelle

La liberté sexuelle implique pour les individus autant la faculté d'avoir que celle de ne pas avoir de relations sexuelles. Le consentement à l'acte sexuel doit donc pouvoir être exprimé et respecté, et c'est de ce double point de vue que se traduit juridiquement la nécessité et la protection du consentement dans l'exercice de la liberté sexuelle.

18. Girer, M. (2014), « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », *in* AFDS (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 55.

19. « Considérant que le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale – que toutefois les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, telle qu'elle est protégée par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et par celles de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état » : CE 16 août 2002, juge des référés, n° 249552 : *JCP* 2002, II, 10184, note Mistretta, P. – *LPA* 26 mars 2003, p. 4, note Clément, C. – *Dr. adm.* 2002, comm. 188, obs. Aubin, E. – *RJPF* 2002, n° 11, p. 11, obs. Putman, E.

20. « Considérant que les dispositions de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique réglementent le principe de l'inviolabilité du corps humain qui se rattache au principe constitutionnel de la sauvegarde de la personne humaine et de la liberté individuelle – que l'accomplissement d'un acte médical exige le consentement libre et éclairé du patient [...] » : TA Lille, juge des référés, 25 août 2002, n° 02-3138 : *JCP* 2003, II, 10098, note Flasaquier, M., Lambert-Garrel, L., Pitcho, B. et Vialla, F. – Resp. civ. et assur. 2002, chron. 21, note Porchy-Simon, S.

21. www.atilf.atilf.fr.

22. Marzano, M. (2008) « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », préc.

C'est d'abord l'apanage du droit répressif qui vient défendre la liberté de chacun en punissant l'auteur d'un acte sexuel imposé à autrui (1.1.). La voie d'un régime répressif pour l'exercice d'une liberté est davantage conforme à la définition de la liberté individuelle dans la mesure où ce type de régime ne sanctionne qu'*a posteriori* les atteintes ou abus commis dans la pratique de cette liberté, au contraire d'un régime dit préventif qui soumet sa mise en œuvre à certaines restrictions préalable [23]. C'est certainement pourquoi la protection pénale constitue l'expression la plus forte de la prééminence du consentement dans l'exercice de la liberté sexuelle. Les autres branches du droit ne sont toutefois pas restées indifférentes. De façon certes moins prégnante que le droit criminel, l'argument du droit au respect de la vie privée n'en joue pas moins un rôle important, non pas pour sanctionner la personne ayant porté atteinte à la liberté sexuelle d'autrui en lui imposant une relation non consentie, mais en ménageant la liberté sexuelle de chacun par la protection d'une faculté de consentir à l'acte sexuelle (1.2.).

1.1 La protection de la liberté sexuelle par la sanction du non-respect de la liberté de consentir

C'est essentiellement avec l'évolution de la répression des infractions sexuelles que s'est affirmée la liberté sexuelle. Le Code pénal de 1810 a rompu avec le droit de l'Ancien Régime qui confondait infraction et péché, et repose sur un principe de liberté des mœurs conforté par le Code pénal de 1992 [24]. Paradoxalement, le terme même de consentement est absent des textes incriminant les infractions sexuelles. Pourtant, cette notion est tout à fait centrale, mais implique la nécessité d'une démonstration de son absence. L'exigence du défaut de consentement de la victime confirme ainsi l'objectif de ces infractions qui est de protéger la liberté sexuelle et non la moralité [25].

Si les textes n'ont pas défini outre mesure ce qu'il fallait entendre par consentement, le droit pénal s'est attaché à préciser les éléments permettant de retenir son absence, condition essentielle pour la caractérisation des infractions sexuelles, regroupant principalement le viol et les autres agressions sexuelles, à l'exception notable de l'atteinte sexuelle dont il sera ultérieurement question. De la sorte, l'alinéa 1er de l'article 222-22 du Code pénal pose une définition générique selon laquelle : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. » Les termes de cette disposition, jugés suffisamment clairs par la Chambre criminelle pour refuser la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité [26], prévoient quatre moyens dont la démonstration est indispensable pour qu'un acte sexuel puisse être considéré comme ayant été imposé à autrui, et entraîner la condamnation de son auteur. La liste est certes limitative, mais les termes employés permettent de retenir une pluralité de comportements. « Le législateur envisage ainsi de nombreuses modalités d'atteintes au consentement de manière à assurer la répres-

23. Voir Deffains, N. (2011), « La liberté sexuelle : Quelle liberté ? Pour quel régime », *in* Deffains, N. et Py, B. (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy, PUN, p. 37.
24. André, C. (2017), *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Cours – Droit privé », 4^{e} éd., p. 163.
25. Malabat, V. (2002), « Infractions sexuelles », *Rép. pén. Dalloz*, n° 20.
26. Crim. 7 août 2013, n° 13-90.015 : Dr. pénal 2013, n° 151, obs. M. Véron.

sion des agressions sexuelles [27]. » S'agissant de la violence, elle « désigne les pressions physiques exercées sur la victime pour obtenir d'elle le comportement sexuel que l'on souhaite [28] ». Notons que cette violence peut aussi être morale. Cela rejoint d'ailleurs la notion de contrainte, qui désigne les pressions, physiques ou morales, exercées sur une personne de telle sorte que son consentement n'est plus libre. La notion de menace a été ajoutée à l'occasion de la réforme du Code pénal en 1992, mais ne présente que peu d'intérêt en raison de sa proximité à celles de violence [29] ou de contrainte [30]. Quant à la surprise, la Cour de cassation a précisé qu'elle consiste à surprendre le consentement de la victime et ne saurait se confondre avec la surprise exprimée par cette dernière [31]. Ce dernier moyen se distingue des autres en ce que la victime conserve une certaine part de sa liberté sexuelle qui n'est pas totalement supprimée mais seulement altérée [32]. Par l'effet de la surprise, elle ne prend pas la mesure complète des actes qu'elle est en train de subir. Ainsi, « le consentement surpris est celui qui n'est pas lucide [33] ». Remarquons que c'est sur ce motif d'un consentement surpris qu'un auteur a considéré que, pour la répression de la transmission volontaire du VIH par voie sexuelle, l'incrimination de viol était préférable à celle d'administration de substance nuisible d'ordinaire retenue par les juridictions pénales en pareilles circonstances [34]. Cette proposition doctrinale démontre combien la répression des infractions sexuelles s'articule autour de la protection du consentement. Mais l'illustration la plus significative reste certainement la reconnaissance des agressions sexuelles commises entre époux.

Rien dans les textes répressifs ne faisait obstacle à la responsabilité pénale de celui qui commettait un viol ou une agression sexuelle sur son conjoint. Toutefois, il résultait du devoir de cohabitation de l'article 215 du Code civil et d'une certaine conception traditionnelle du mariage, une sorte de « présomption civiliste de consentement aux relations sexuelles dans le couple marié [35] », qui excluait la répression du viol entre époux. Celle-ci ne fut admise que de façon progressive à partir du début des années 1990, par deux décisions de la Cour de cassation. Un arrêt du 5 septembre 1990 a en effet pour la première fois permis la condamnation du mari pour le viol commis sur sa femme, accompagné d'acte de tortures et de barbaries [36]. La Chambre criminelle a certes affirmé dans cet arrêt que le texte incriminant le viol « n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, [et] n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont

27. Desprez, F. (2012), « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », *Arch. Pol. Crim.*, Editions A. Pédone, n 34, p. 45.

28. Rassat, M.-L. (2014), *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 7e éd., Dalloz, coll. « Précis », p. 643.

29. Darsonville, A. (2011), « Viol », *Rép. pén.*, Dalloz, n° 27.

30. André C., *op. cit.*, p. 168.

31. Crim. 25 avril 2001, n° 00-85-467 : Bull. crim. n° 99, obs. Véron – *Dr. pén.* 2001, n° 97 – *RSC* 2001, p. 808, obs. Y. Mayaud – *JCP* 2003, II, 10001, note A. Prothais.

32. Darsonville, A. (2011), « Viol », préc., n. 30.

33. Malabat, V. (2002), « Infractions sexuelles », préc., n° 32.

34. Chapleau, B. (2006), « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Dr. pénal*, Étude 18.

35. Darsonville, A. (2011), « Viol », préc., n 38.

36. Crim., 5 septembre 1990, n° 90-83.786 : Bull. crim. n° 313 – D. 1991, p. 13, note H. Angevin – *JCP* 1991, II, 21629, note M.-L. Rassat – RSC 1991, p. 348, obs. G. Levasseur.

imposés dans les circonstances prévues par ce texte [37] », mais il semblait que c'était davantage la violence ayant entouré l'acte qui a été sanctionnée, plus que le caractère non consenti d'une relation sexuelle entre époux [38]. Il fallut attendre l'arrêt du 11 juin 1992 pour que soit affirmé, sans plus aucune ambiguïté, que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire [39] ». La solution de la Chambre criminelle a été consacrée par le législateur qui, avec la loi du 4 avril 2006 [40], a affirmé à l'alinéa 2 de l'article 222-22 du Code pénal, que le viol et les autres agressions sexuelles peuvent être retenues « 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 », en ajoutant que « dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ». Par la suite, la loi du 9 juillet 2010 est venue supprimer la présomption légale d'un consentement entre époux, celle-ci, instaurée initialement dans un objectif de « pédagogie », étant devenue « inutile » et même « inopportune sur un plan symbolique [41] ». En effet, le rappel de l'existence d'une présomption de consentement des époux à l'acte sexuel peut aller à l'encontre de l'objectif poursuivi qui est de réprimer toutes relations sexuelles non consenties indépendamment des liens unissant l'auteur à la victime [42].

La répression des infractions sexuelles fait donc du consentement le pivot de la garantie de l'exercice de la liberté sexuelle de chacun, en protégeant le choix de refuser la relation charnelle. La garantie de la liberté sexuelle ne s'arrête cependant pas à ce seul aspect négatif et comporte également un volet positif, tendant à permettre à l'individu d'exercer cette liberté, en le protégeant des atteintes qui consisteraient à affaiblir la force de son consentement.

1.2 La garantie de la liberté sexuelle par la protection de la liberté de consentir

Dès lors qu'il ne s'agit plus de démontrer l'absence du consentement mais d'en caractériser la présence, il importe que celui-ci réponde aux critères de validité qui lui sont propres. Or, les règles de protections applicables à certaines personnes considérées comme vulnérables vont justifier une certaine remise en cause du consentement exprimé par celles-ci. Outre le cas des mineurs qui sera abordé ultérieurement, cela concerne les majeurs protégés ou encore ceux qui, sans bénéficier d'un régime de protection juridique, vont faire l'objet d'une attention particulière en raison de certaines circonstances telles que leur âge, leur placement en institution ou leur admission en

37. *Ibidem.*

38. M.-L. Rassat, note sous Crim., 5 septembre 1990, JCP 1991, II, 21629 – Darsonville, A. (2011), « Viol », préc., n 38.

39. Crim., 11 juin 1992, n° 91-86.346 : Bull. crim. n° 232 – *D.* 1993, p. 117, note M.-L. Rassat – D. 1993, Somm., p. 13, obs. Azibert – *JCP* 1993, II, 22043, note T. Garé – RSC 1993, p. 330 et p. 780, obs. G. Levasseur.

40. Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 « renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », JO 5 avril 2006, p. 5097.

41. Pillet, F. (2010), Rapport fait au nom de la commission des lois, Sénat (2009-2010), n° 564, Enregistré à la Présidence du Sénat le 17 juin 2010, p. 96.

42. Robert, A.-G. (2010), « Loi n 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *RSC*, p. 911.

soins psychiatriques sans consentement. Se pose alors la question de savoir si la vulnérabilité de ces personnes doit justifier qu'elles soient privées de toute sexualité ? L'affirmer sans nuance serait contraire à la conception même de la liberté dont l'exercice suppose pour un individu, outre la garantie que l'exercice de cette liberté par autrui ne porte pas atteinte à la sienne, qu'il puisse tout de même jouir de cette liberté. Plus que le législateur, c'est ici le juge qui, armé du droit au respect de la vie privé, est venu protéger la liberté sexuelle en condamnant les atteintes excessives qui lui étaient portées.

S'agissant des personnes hospitalisées sans leur consentement, rappelons que l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique prévoit que « les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée ». Aussi, si une restriction à la liberté sexuelle est possible, elle doit être décidée au regard de la situation spécifique de la personne qu'elle concerne et ne saurait être systématique. La pratique de certains établissements accueillant des personnes hospitalisées sans leur consentement consistant à proscrire toute activité sexuelle à leurs pensionnaires n'apparaît donc pas justifiée, ni justifiable. C'est ainsi qu'a été censuré par le juge administratif le règlement intérieur d'une unité du Centre Hospitalier Spécialisé de Cadillac, aux termes duquel « les relations de nature sexuelle ne sont pas autorisées. Cette interdiction s'impose dans la mesure où les patients d'un établissement psychiatrique sont vulnérables et nécessitent d'être protégés ». Dans sa décision du 6 novembre 2012, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a en effet jugé que « l'interdiction en cause, qui s'impose à tous les patients de l'unité, quelle que soit la pathologie dont ils souffrent, son degré de gravité et pendant toute la durée de leur hospitalisation, présente un caractère général et absolu », ce qui constitue une atteinte excessive au regard du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et de l'article L. 3211-3 du code de la santé publique [43]. Pour parvenir à cette conclusion, le juge administratif rappelle que le droit au respect de la vie privée constitue une liberté individuelle dont le respect de la vie sexuelle est une composante. La vulnérabilité et l'argument de la protection des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement ne peuvent donc à eux seuls préjuger de l'incapacité à consentir à une relation sexuelle. Les personnes doivent pouvoir jouir de cette liberté sexuelle que seuls des motifs tenant à leur situation particulière permettront de restreindre. Cette solution vaut pour toutes les personnes majeures qui, sans être placées sous un régime de protection juridique, vont être considérées comme vulnérables, telles que les personnes âgées placées en institution. Isabelle Corpart note toutefois à cet égard que « la liberté sexuelle de la personne en institution continue de susciter des questionnements. S'il est certain que les règlements prohibitifs en ce sens seraient censurés par le juge administratif, le médecin conserve le droit d'interdire toute relation sexuelle à une personne selon son

43. CAA Bordeaux, 6 novembre 2012, n° 11BX01790 : *D.* 2013, p. 312, obs. F. Vialla, et p. 1304, spéc. p. 1307, obs. E. Péchillon – *AJDA* 2013, p. 115, concl. D. Katz – *RTD civ.* 2013, p. 91, obs. J. Hauser – F. Vialla, *RDS* 2013, n° 52, p. 141 –*JCP A* 2013, 2206, obs. E. Péchillon – *Dr. fam.* 2013, alerte 5, obs. M. Lamarche.

état, en vue de la protéger [44] ». C'est dire que si le juge rejette toute atteinte générale et absolue à la liberté sexuelle d'une personne vulnérable, il reste tout de même la question de l'appréciation des motifs qui pourront justifier sa restriction dans une situation donnée.

S'agissant du majeur sous tutelle, les modalités d'exercice de sa liberté sexuelle prennent une tournure singulière dans la mesure où les règles du droit civil viennent organiser dans une certaine mesure l'expression de son consentement. De la sorte, la loi du 5 mars 2007 a introduit une prise en compte graduée de la volonté de la personne. L'alinéa 1 de l'article 458 du Code civil prévoit d'abord que pour certains actes, seul le consentement de la personne protégée sera pris en compte [45]. Toutefois, l'alinéa 2 de cette même disposition nous livre une énumération de ces actes qualifiés de « strictement personnels », parmi lesquels ne figure pas la relation sexuelle [46]. Il est alors possible de se référer à l'article 459 alinéa 1 du même code qui prévoit que : « Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. » Si son état l'en empêche, l'alinéa 2 dispose que la personne pourra être représentée, mais l'alinéa 3 introduit une limite qui tient à ce que « la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée ». Envisager ainsi l'application des règles du droit civil au consentement donné à un acte aussi intime que la relation sexuelle peut paraître incongru, mais la question mérite d'être soulevée tant les enjeux pour le principal intéressé sont importants. La Cour de cassation n'a encore pas eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer sur ce point. Toutefois, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 mars 2016 mérite l'attention [47]. Il y était question du licenciement d'une psychologue travaillant au sein d'un établissement pour personnes âgées dépendantes à qui il avait été reproché d'avoir organisé le rapprochement de deux résidents afin que ceux-ci puissent avoir des relations intimes. Si cette espèce ne concerne pas, au premier abord, l'exercice de la liberté sexuelle des majeurs protégés, le juge n'en apporte pas moins un éclairage instructif sur le consentement à l'acte sexuel des personnes âgées placées sous un régime de tutelle. En effet, pour apprécier si le comportement de la psychologue à l'égard des pensionnaires justifiait son licenciement, la cour d'appel s'intéresse à la situation des deux individus, et particulièrement à leur capacité à consentir. Elle relève ainsi qu'« il convient de distinguer le discernement invoqué par [l'employeur], qui est la faculté d'apprécier sainement les choses, avec intelligence et sens critique, du consentement qui est l'action de donner son accord à un acte ». S'appuyant sur l'article 458 du Code civil concernant les actes relatifs à la personne du majeur protégé, elle considère que « les relations sexuelles

44. Corpart, I. (2016), « Les droits et libertés des personnes âgées et vulnérables renforcés par la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement », *RJPF*, Lamy, n° 6, p. 8.

45. art. 458 al. 1 C. civ. : « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. »

46. art. 458 al. 2 C. civ. : « Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. »

47. CA Paris, 9 mars 2016, n° 15/07071 : RDSS 2016, p. 781, obs. P. Véron.

relèvent par définition des actes strictement personnels de sorte que l'autorisation préalable du juge des tutelles n'est pas nécessaire ». Enfin, elle déduit notamment de l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles et de l'article 459-2 alinéa 2 du Code civil, « qu'un résident d'un établissement a droit au respect de sa vie privée et de son intimité, qu'il doit être protégé de toute action visant à lui interdire une relation intime mutuellement consentie ». De la sorte, était dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement de la psychologue qui a pu constater le consentement des deux pensionnaires à une relation sexuelle. Certes la portée de la Cour d'appel de Paris du 6 mars 2016 peut paraître limitée, s'agissant d'un arrêt d'appel dont le litige concerne à titre principal le domaine du droit du travail, mais l'analyse faite par les juges judiciaires du consentement du majeur protégé s'inscrit parfaitement dans celle faite par les magistrats de la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans leur décision du 6 novembre 2012, de sorte qu'il y a lieu de la considérer comme tout à fait pertinente.

Précisons qu'il ne s'agit pas de reconnaître un droit à la sexualité, mais de permettre l'exercice d'une liberté sexuelle en sanctionnant les restrictions injustifiées qui y sont portées. Comme le souligne Bruno Py : « Nul n'a un "droit à la sexualité". Chacun a un "droit de développer une sexualité". La nuance est essentielle [48]. »

Il existe donc une véritable interdépendance entre liberté sexuelle et consentement : la liberté de consentir vient garantir la liberté sexuelle lorsqu'il s'agit de protéger la personne dans sa faculté de refuser une relation intime par la sanction de celui qui l'aurait imposée ; et inversement, la liberté sexuelle vient garantir la liberté de consentir lorsqu'il est question de permettre à l'individu d'entretenir des relations sexuelles malgré une vulnérabilité qui pousserait à remettre en cause l'intégrité de son consentement. Ce lien étroit induit toutefois un effet singulier qui consiste à considérer le consentement comme une variable permettant de moduler les contours de l'exercice de la liberté sexuelle.

2 La modulation de la prise en compte du consentement comme élément d'ajustement de l'exercice de la liberté sexuelle

Le paradigme du consentement dans l'exercice de la liberté sexuelle conduit à s'interroger sur les limites de cette liberté. L'étendard du consentement ouvre-t-il la voie à toute sexualité, sans qu'aucune limite ne puisse lui être imposée ? Formulée ainsi, la question appelle une réponse *a priori* négative. D'autant plus qu'en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ménage la possibilité d'apporter des restrictions à l'exercice de la liberté sexuelle, sous réserve, selon son deuxième paragraphe, que l'ingérence soit prévue par la loi, qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique, et qu'elle poursuive l'un des objectifs visés par cette disposition [49].

48. Py, B. (2011), « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *RDS*, n° 40, p. 105.

49. À savoir : la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou la protection des droits et libertés d'autrui.

Une prise en compte variable du consentement apparaît ainsi comme un moyen d'apporter certaines limites à l'exercice de la liberté sexuelle. Il existe de la sorte des hypothèses de restrictions à la liberté sexuelle malgré le consentement des individus concernés (2.1.). Celui-ci est alors indifférent et insuffisant pour justifier certaines sexualités. Mais plus encore, une nouvelle tendance semble se dessiner et pousse plus loin les restrictions portées à la liberté sexuelle en allant jusqu'à postuler que le consentement n'est pas seulement indifférent, mais que l'individu n'est pas totalement libre de son consentement (2.2.).

2.1 Les restrictions à la liberté sexuelle malgré le consentement

Envisager de restreindre la liberté sexuelle des individus alors qu'ils sont consentants peut sembler surprenant tant l'exercice de cette liberté présente par essence un caractère intime et privé. Il est toutefois concevable que la pratique de la sexualité puisse heurter la liberté d'autrui dans certaines circonstances. C'est pourquoi l'article 222-32 du Code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public. Quand bien même le couple consent à une relation intime et que ce consentement va jusqu'à la publicité de l'acte, il ne peut pas pour autant en imposer le spectacle à autrui.

Lorsque l'activité sexuelle est pratiquée à l'abri des regards, il devient plus difficile de justifier une ingérence dans l'exercice de la liberté. Il en existe pourtant. De façon marginale, il peut d'abord être rappelé que l'adultère, s'il n'est plus constitutif d'une infraction pénale depuis la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, reste une faute civile qui pourra notamment justifier un divorce si les conditions de l'article 242 du Code civil sont réunies. Les relations sexuelles consenties avec un tiers sont donc limitées par le droit de la famille pour la personne mariée [50]. D'un point de vue pénal, l'accomplissement de certaines pratiques sexuelles soulève la question de l'opportunité de punir leurs auteurs alors même que ces pratiques seraient consenties. Deux hypothèses, bien qu'assez éloignées l'une de l'autre, illustrent cette possible ingérence du pouvoir répressif de l'État dans la sexualité des personnes : le cas du sadomasochisme et les relations sexuelles entre un majeur et un mineur de 15 ans.

Concernant la première hypothèse, remarquons que l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme place le principe d'autonomie personnelle au cœur de la garantie accordée à la liberté sexuelle [51], portait sur des faits de sadomasochisme. La position des juges strasbourgeois sur la question mérite ainsi que l'on s'y attarde. Dans une première affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* rendu le 19 février 1997, la Cour a considéré que « l'un des rôles incontestablement dévolu 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

50. Sur l'adultère, voir notamment Py, B. (1999), *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », p. 50 et s.

51. *cf.* supra.

change rien [52] ». Elle a ainsi admis qu'une sanction pénale puisse être infligée aux personnes, adultes et consentantes, se livrant à des pratiques sexuelles sadomasochistes. Avec sa décision *K.A. et A.D. c. Belgique* de 2005, la Cour devait toutefois adopter une toute autre position. Elle a déduit du principe d'autonomie personnelle que « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe 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 [53] ». Il semblerait donc que la Cour européenne accorde au consentement la valeur d'un fait justificatif neutralisant la répression pénale en cas de relations sexuelles accompagnées de violences consenties. Pareille conception va à l'encontre du principe classiquement retenu en droit criminel selon lequel le consentement de la victime n'est pas à lui seul un fait justificatif. Les juridictions internes ont ainsi pu opposer une certaine résistance à la jurisprudence européenne. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 11 mars 2009 qui vient confirmer la condamnation d'un individu pour violences aggravées, le prévenu ayant violenté sa compagne à l'occasion du tournage d'un film de genre sadomasochiste en la pendant par les mains et les pieds, en lui faisant couler de la cire chaude sur le corps, en lui pinçant le sexe et les seins avec des pinces à linge et en la fouettant. Face à l'argument du consentement la concubine, le juge d'appel déclare que « la violence inhérente au tournage d'un film à caractère sadomasochiste ne pourrait être légitimée par le consentement de [la victime] et ne saurait exonérer [l'auteur] de toute poursuite [54] ». Pour la pratiques des activités sexuelles violentes, le consentement occupe donc une place particulière : il justifie l'indifférence au nom de l'autonomie personnelle, garante de la liberté sexuelle, selon la Cour européenne [55], mais ne saurait légitimer la violence selon les juridictions pénales internes. C'est dire que le système répressif français tient à conserver un certain droit de regard sur la sexualité des personnes, et de façon plus évidente encore sur celle entre un majeur et une personne mineure.

Si les infractions sexuelles sont principalement centrées sur la caractérisation de l'absence de consentement de la victime [56], il reste une catégorie, celle des « atteintes » sexuelles, pour laquelle le consentement de la victime est au contraire un élément constitutif de l'infraction. La distinction entre agression et atteinte sexuelle est devenue aujourd'hui « la *summa divisio* des infractions contre les mœurs [57] » et se substitue à celle qui opposait le viol aux autres attentats à la pudeur. Les atteintes sexuelles concernent spécifiquement les mineurs et sont prévues aux articles 227-25 et suivants du Code pénal. L'article 227-25 prévoit ainsi que :

52. Cour EDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 21627/93, 21628/93 et 21974/93, § 43 : *RTD civ.* 1997, p. 1013, obs. J.-P. Marguénaud.

53. Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique,* préc., § 84.

54. CA Grenoble, 11 mars 2009, n° 08/00699 : *JCP* 29 juin 2009, 65, obs. A.-G. Robert. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt d'appel par une décision rendue le 2 décembre 2009 : Crim., 2 décembre 2009, n° 09-82.447 : Communication, Commerce électronique 2010, comm. 28, obs. A. Lepage.

55. Pour une approche détaillée et confrontant plusieurs points de vue, voir notamment : Fabre-Magnan, M., Levinet, M., Marguénaud, J.-P. et Tulkens, F. (2008), « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, n° 48, p. 3.

56. *cf.* supra.

57. Rassat, M.-L. (2014), *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 7^{e} éd., Dalloz, coll. « Précis », p. 642.

> « 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 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

Lorsque le mineur est âgé de plus de 15 ans, l'article 227-27 incrimine l'atteinte sexuelle lorsque le majeur en cause est soit un ascendant, soit une personne ayant une autorité de droit ou de fait sur le mineur ou qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. Avec ces infractions :

> « Le législateur, portant un jugement de valeur, considère simplement que les relations ou les actes de nature sexuelle avec une victime mineure pourtant consentante constituent une infraction soit parce qu'elle est trop jeune [...], soit, pour les mineurs de quinze à dix-huit ans, parce que l'auteur est une personne ayant autorité sur la victime, ce qui remet en cause la validité du consentement donné par cette dernière [58]. »

Il y a donc bien une ingérence dans l'exercice de la liberté sexuelle puisque le droit répressif trouve à intervenir malgré le consentement des principaux intéressés, dès lors que l'un des partenaires est mineur. La situation est pour le moins paradoxale : les textes réprimant les atteintes sexuelles admettent, indirectement, que le mineur est en capacité de consentir à l'acte sexuel, dans la mesure où le défaut d'un tel consentement conduira nécessairement à ce que soient retenues les infractions d'agression sexuelle ou de viol, aggravées éventuellement par l'âge de la victime [59] où la qualité de l'auteur [60]. Mais cette reconnaissance de la capacité du mineur à consentir à l'acte sexuel se fait à son détriment puisque les textes en cause viennent limiter l'exercice de sa liberté sexuelle. En d'autres termes, le mineur, s'il peut consentir à la relation intime, ne peut pas pour autant toujours s'y adonner. L'objectif poursuivi est assurément de protéger les plus jeunes d'entre nous d'une sexualité pour laquelle ils ne sont peut-être pas encore prêts. Cela étant, l'interdit ne concerne pas le mineur mais la personne majeure qui a obtenu de celui-ci qu'il consente à une relation sexuelle. De la sorte, la répression des atteintes sexuelles, qui justifie l'application d'une peine moindre par rapport à celles encourues pour le viol et les autres agressions sexuelles, se justifie au regard du doute émis sur la sincérité du consentement de la victime, en raison du fait qu'il a été obtenu d'une personne jeune, de moins de 15 ans, ou par une personne ayant autorité. L'argument du consentement apparaît ainsi fragilisé. Delors Germain dénonçait d'ailleurs « l'inanité des atteintes sexuelle sans violence » et s'interrogeait de la sorte :

> « Comment [...] expliquer qu'une pénétration sexuelle commise avec violence, menace, surprise ou contrainte contre un mineur soit un viol alors que sous le couvert du pseudo-consentement des mineurs, les atteintes sexuelles impliquant une pénétration commise sans violence ne constituent pas un viol [61] ? »

58. Malabat, V. (2002), « Infractions sexuelles », préc., n° 59.
59. S'il s'agit d'un mineur de 15 ans : art. 222-24, 2° C. pén. pour le viol et 222-29-1 C. pén. pour les autres agressions sexuelles.
60. art. 222-24, 4° et 5° C. pén. pour le viol et 222-28, 2° et 3° C. pén. pour les autres agressions sexuelles.
61. Germain, D. (2011), « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *RSC*, p. 817.

On remarquera que l'auteur, en évoquant le pseudo-consentement des mineurs, émet des réserves sur leur capacité à consentir. Cette critique dépasse la seule question des restrictions apportées à la liberté sexuelle malgré le consentement, et participe d'un certain mouvement de remise en cause de la liberté de consentir au préjudice de la liberté sexuelle.

2.2 Une remise en cause de la liberté de consentir au préjudice de la liberté sexuelle

Michela Marzano nous mettait en garde :

> « Faire du consentement le seul critère capable de départager le légitime de l'illégitime au nom du respect des libertés fondamentales de l'être humain amène à vider de l'intérieur les droits de l'homme. Après avoir été justement valorisé comme un moyen de défense contre le pouvoir des plus forts et avoir été considéré comme l'expression de l'autonomie personnelle, le consentement se transformera, si on n'y prend pas garde, en un moyen d'oppression très efficace : il servira à justifier des attitudes de violence et de maîtrise qui profiteront des fragilités et des failles des êtres humains les plus exposés [62]. »

Le paradigme du consentement, en tant que seul et unique garant d'une sexualité libre, serait également le terreau d'une forme de tyrannie qui légitimerait les atteintes portées aux plus faibles. Aussi, faut-il avoir peur du consentement ? L'individu doit-il abandonner une part de son autonomie personnelle au profit d'une norme bienveillante qui lui dicterait les limites de l'acceptable ? Certains indices laissent à penser qu'il s'opérerait une certaine remise en cause de la place du consentement dans l'exercice de la liberté sexuelle.

L'évolution récente des règles entourant la prostitution en est un premier. Face à cette activité, l'attitude du législateur français est, de longue date, celle de l'indifférence. Elle n'est soumise en effet, ni à un régime réglementariste qui viendrait l'encadrer, ni à un régime prohibitionniste qui l'interdirait, mais à un régime abolitionniste qui se caractérise par une absence d'organisation juridique particulière [63]. Hormis la répression du proxénétisme [64] et de quelques hypothèses particulières [65], la prostitution relève du domaine de la vie privée, de l'intimité, et donc de la liberté sexuelle.

> « Tout individu ayant le choix de sa sexualité, peut librement décider de monnayer ses faveurs. La prostitution est l'objet d'un simple blâme moral qui n'est pas une sanction pénale [66]. »

62. Marzano, M. (2008), « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », préc.

63. Sur les politiques pénales de la prostitution et leur évolution en droit français, voir notamment Py, B. (2006), « Prostitution – Proxénétisme – Racolage », *Rép. pén. Dalloz*, n° 4 et suiv. voir également H. Duffuler-Vialle, « Une approche de la prostitution en histoire du droit sous le prisme des rapports sociaux de sexe », *in* Darsonville, A. et Leonhard, J.(dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, col « Santé, qualité de vie et handicap », p. 159.

64. art. 225-5 et suiv. C. pén.

65. Concernant la prostitution de mineurs et de personnes vulnérables (art. 225-12-1 al. 2 C. pén.).

66. Py, B. (1999), *Le sexe et le droit*, *op. cit.*, p. 74-75.

Une loi du 13 avril 2016 [67] est venue toutefois bouleverser quelque peu cet équilibre. Ce texte vient en effet sanctionner le client de la prostitution avec l'insertion au Code pénal d'un article 611-1 qui prévoit notamment que :

> « 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. »

Il s'agira d'un délit puni d'une amende de 3 750 euros en cas de récidive [68] et différentes circonstances aggravantes sont également applicables lorsqu'il est question d'un mineur ou d'une personne vulnérable [69]. En outre, par l'instauration de différentes mesures d'accompagnement et d'assistance, la loi de 2016 crée une sorte de statut de « victime de la prostitution ». De ce statut, dont il peut être noté avec Arnaud Casado que la dénomination est juridiquement inappropriée en l'absence d'incrimination de la prostitution [70], Aloïse Quesne déduit qu'il tend « implicitement à considérer que le consentement de ces personnes soit vicié, notamment d'un vice de violence [71] ».

La loi du 13 avril 2016, qui instaure indiscutablement une nouvelle limite à la liberté sexuelle, trouve ainsi ses partisans et ses détracteurs. Audrey Darsonville voyait ainsi dans la proposition de loi originelle :

> « [...] un texte novateur porteur d'une volonté affichée de lutter contre la prostitution non consentie. Elle [la proposition de loi] affirme que le droit pénal a pour finalité d'assurer la protection de la société même si pour ce faire, il doit ignorer certains intérêts individuels, ceux des prostitués consentants [72]. »

En revanche, pour Patrick Mistretta :

> « Lutter contre la prostitution forcée ne doit pas impliquer de renoncer à la prostitution librement consentie. En décider autrement est synonyme de décadence, de régression tant il est vrai que le droit pénal ne gagne rien à tirer les libertés vers le bas [73]. »

Avec cette loi, le système français a en somme opté pour une quatrième voie de prise en compte juridique de la prostitution, entre l'abolitionnisme et le prohibitionnisme,

67. Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 « visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées », JO 14 avril 2016, texte n° 1.

68. art. 225-12-1 al. 1 C. pén.

69. art. 225-12-1 al. 2 et 225-12-2 C. pén.

70. Casado, A. (2016), « Brèves remarques à la lecture de la loi n 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées », *Dr. pén.*, Étude 12.

71. Quesne, A. (2017), « La prostitution depuis la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, sous l'angle du droit des contrats », *LPA*, p. 7.

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

73. Mistretta, P. (2017), « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC*, p. 273.

qui est celle de l'abolitionnisme avec pénalisation du client [74] ou la doctrine de la victimisation [75]. Selon Bruno Py, ce courant contemporain, dont l'argument principal tient à ce que nul ne se prostitue par choix, est révélateur d'un écueil qui consiste à confondre consentement et désir [76]. Il note ainsi que :

> « Cette posture heurte le juriste qui ne confond pas consentement et mobile. [...] La sexualité est toujours une question de consentement, lequel est parfois seulement motivé par le désir. Faire du désir un critère de licéité supposerait de créer une police du désir, des experts du désir et un jour... des juges du désir [77]. »

Quoi qu'il en soit, on assiste certainement en matière de prostitution, outre à une victimisation, à une forme de « vulnérabilisation » des individus, en l'occurrence les personnes se livrant à cette activité, justifiant la remise en cause de leur consentement, au détriment donc de la liberté sexuelle. Du reste, convenons avec Coralie Courtaigne-Deslandes que la réponse pénale n'est certainement pas la mieux adaptée, et persister dans cette voie, c'est courir le risque d'ouvrir « la boîte de Pandore consistant à considérer comme des incapables majeurs tous ceux qui ne feraient pas des choix conformes à une idéologie cherchant à protéger l'individu contre lui-même [78] ».

À côté de la question de la prostitution, c'est encore celle du consentement des mineurs à l'acte sexuel qui illustre ce mouvement de reconsidération des limites de la liberté sexuelle. En effet, la question de l'influence de l'âge de la victime sur sa capacité à consentir a généré plusieurs attitudes. La Chambre criminelle a pu d'abord considérer que le jeune âge de la victime était, à lui seul, un élément insuffisant pour en déduire que son consentement a été surpris [79]. Cette affirmation a été par la suite nuancée à l'occasion de décisions où elle a admis que :

> « L'état de contrainte ou surprise [pouvait résulter] du très jeune âge [des enfants], suffisamment peu élevé pour qu'ils ne puissent avoir aucune idée de ce qu'est la sexualité, ce qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés [80]. »

Ou encore que :

74. Morvan, P. (2016), « Quand le "cave" devient délinquant : la pénalisation des clients de prostitué(e)s », *JCP*, 487.

75. Casado, A. (2016), « Brèves remarques à la lecture de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées », préc.

76. Py, B. (2015), « Les mots du sexe dans la loi pénale », *in* Darsonville, A. et Leonhard, J. (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, col « Santé, qualité de vie et handicap », p. 45.

77. *ibid.*, p. 58.

78. Courtaigne-Deslandes, C. (2013), « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Dr. pénal*, Étude 5.

79. Crim. 1er mars 1995, n° 94-85.393 : Bull. crim. n 92 – *Dr. pénal* 1995, 171, note M. Véron D. 1996, Somm., p. 241, obs. Malbrancq-Decourcelle. Voir également Crim. 21 octobre 1998 n° 98-83.843 : Bull. crim. n° 274 – *D.* 1999, p. 75, note Y. Mayaud – *JCP* 1998, II, 10215, note D. Mayer, et 1999, I, 112, n 4, obs. M. Véron.

80. Crim., 7 décembre 2005, n° 05-81.316 : Bull. crim. N 326 – D. 2006, Pan., p. 1655, obs. T. Garé – *Dr. pénal* 2006, comm. 31, obs. M. Véron – *RSC* 2006, p. 319, obs. Y. Mayaud – *AJ pénal* 2006, p. 81, obs. C. Saas.

> « La contrainte résulte de l'incapacité de la fillette, en raison de son tout jeune âge, six ans lors des premiers faits, à résister à l'emprise de son père et à donner un consentement valable à ses sollicitations [81]. »

Le principe est donc que le droit pénal ne fixe pas de critère impératif pour établir si la relation sexuelle d'un mineur a été consentie ou non. Tout est une appréciation d'espèce, centrée sur la capacité de discernement du mineur, et dont l'enjeu sera de déterminer si l'infraction qui pourra être retenue est celle de viol ou agression sexuelle, ou simplement celle d'atteinte sexuelle, voire aucune. Les juges disposent ainsi d'une marge d'appréciation importante, d'où il peut ressortir certaines difficultés. Pour faciliter la démonstration de l'absence de consentement du mineur, la loi du 8 février 2010 a créé au sein du Code pénal un article 222-22-1 aux termes duquel « la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». Avec cet article, le législateur a instauré une forme de présomption simple de contrainte [82], mais l'objectif de faciliter la tâche des juges dans la caractérisation de l'absence de consentement ne saurait occulter la maladresse de cette disposition. En effet, elle opère une confusion entre d'une part un élément constitutif de l'infraction, à savoir la contrainte, et d'autre part, des circonstances aggravantes de cette infraction, à savoir la minorité de la victime ou la qualité d'auteur ayant autorité [83]. Or, « parce qu'une circonstance aggravante ne peut, par hypothèse, que se greffer sur ce qui est constitutif, il n'est pas possible de s'en servir pour se convaincre de l'existence de l'infraction sur laquelle elle s'adosse [84] ». En outre, le critère de la différence d'âge entre l'auteur est la victime présente le défaut d'inclure dans l'appréciation l'âge de l'agresseur et de la sorte, « il amoindrit la portée du critère le plus pertinent dans cette conception de la contrainte ainsi consacrée par le législateur, à savoir le jeune âge de la victime [85] ».

Du reste, la modification apportée par la loi de 2010, outre l'imperfection de sa rédaction, paraît encore insatisfaisante tant aujourd'hui c'est l'admission même du consentement du mineur qui est remise en question. Que l'on puisse discuter et ainsi envisager qu'un mineur ait pu consentir à un acte sexuel devient choquant, et la médiatisation d'affaires où l'infraction d'atteinte sexuelle est préférée à celle de viol en cas de relations sexuelles entre un majeur et une personne mineure, est immanquablement l'occasion d'une vive émotion de l'opinion publique [86]. Les pressions se font alors plus fortes et nombre d'auteurs soulignent que le droit français fait figure

81. Crim., 5 décembre 2007, n° 07-80.068 : D. 2008, Pan., p. 1854, obs. P. Bonfils.

82. Desprez, F. (2012), « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », préc.

83. Darsonville, A. (2011), « Viol », préc., n° 32 et suiv.

84. Mayaud, Y. (2006), « Le jeune âge de la victime, facteur de contrainte ou de surprise constitutive d'agression sexuelle », *RSC*, p. 319.

85. Lepage, A. (2010), « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010, *JCP*, doctr. 335.

86. Voir dernièrement la situation d'une fillette de 11 ans ayant entretenu des rapports avec un homme de 28 ans contre qui les poursuites ont été exercées sous la qualification d'atteinte sexuelle. L'affaire a été révélée par le site *Médiapart* le 25 septembre 2017, par un article intitulé « Relation sexuelle à onze ans : le parquet de Pontoise ne poursuit pas pour viol », et largement relayée par les autres médias. Également, la médiatisation de la décision de la Cour d'assises de Seine-et-Marne du 7 novembre 2017 qui a acquitté un homme de 30 ans du viol commis sur une fille de 11 ans, faute d'avoir pu démontrer l'absence de consentement. *Le Monde*, 11 novembre 2017, « Une cour d'assises acquitte un homme accusé d'avoir violé une fille de 11 ans ».

d'exception par rapport aux autres États européens [87], et recommandent d'instaurer un seuil d'âge en deçà duquel le mineur serait présumé ne pas avoir consenti à tout acte de nature sexuelle [88]. Dans un avis du 5 octobre 2016, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes préconise que ce seuil d'âge soit fixé à 13 ans [89].

Ces aspirations à une évolution du droit sur ce point traduisent là encore une volonté de limiter la liberté sexuelle par une neutralisation des effets du consentement. S'il faut convenir que la situation particulière des mineurs appelle certainement des mécanismes spécifiques de protection, il convient tout de même de se garder d'une législation qui ne laisserait plus de place à une appréciation concrète de chaque situation. Le projet de loi « renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », enregistré à l'Assemblée nationale le 21 mars 2018, ne s'oriente toutefois pas dans cette voie. Ce texte ambitionne de répondre aux difficultés rencontrées par les juridictions qui connaissent « des débats complexes et parfois contestables quant à la possibilité pour un mineur en dessous d'un certain âge de consentir en connaissance de cause à un acte sexuel avec une personne majeure [90] ». Il envisage ainsi de compléter l'article 222-22-1 du Code pénal d'un nouvel alinéa disposant que :

> « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise peuvent résulter de l'abus de l'ignorance de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à ces actes ».

Pareille formulation laisse quelque peu songeur tant, plutôt que de la faciliter, elle semble davantage complexifier la caractérisation d'une contrainte ou d'une surprise en l'orientant vers la caractérisation d'éléments peu précis. Comment en effet doit-on entendre un « abus d'ignorance » ? Faut-il démontrer que la victime ne disposait pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à l'acte sexuel ou cela doit-il être compris comme résultant de son âge, la disposition étant réservée aux victimes mineures de 15 ans ? Espérons que les travaux parlementaires permettront au texte de gagner en pertinence et en lisibilité.

D'une manière générale, l'appréhension juridique des infractions sexuelles fait l'objet depuis ces deux dernières décennies d'un véritable « surinvestissement législatif [91] ». L'essor de nouveaux textes d'incriminations en la matière laisse entrevoir la résurgence

87. Une étude de législation comparée du Sénat de 2004 précise ainsi que « toutes les législations [des pays étudiés : Allemagne, Angleterre, pays de Galles, Belgique, Danemark, Espagne, Pays-Bas et Portugal] présument l'absence de consentement des enfants qui n'ont pas atteint un certain âge, compris entre treize et seize ans » : Sénat (2004), « Les infractions sexuelles commises sur les mineurs », Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, LC n° 133, p. 7. Voir également : Guéry, C. (1998), « L'inceste : étude de droit comparé », *D.*, p. 47.

88. Voir notamment Germain, D. (2011), « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », préc. – Koering-Joulin, R. (2006), « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, p. 389.

89. HCE, « Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles », 5 octobre 2016, p. 30.

90. Exposé des motifs

91. Darsonville, A. (2012) « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *Arch. Pol. Crim.*, Éditions A. Pédone, n° 34, p. 31.

d'une certaine moralité publique, porteuse du risque d'une dérive moralisatrice [92]. Au final, si le consentement apparaît bien comme la pierre angulaire de la liberté sexuelle, cette pierre souffre tout de même d'une certaine érosion.

Après avoir considéré le sexe comme un pêché, puis comme un vice, l'appréhension juridique de la sexualité a opté pour une sorte d'absolutisme du consentement dans l'exercice de la liberté sexuelle. Au lendemain de la révolution sexuelle, l'autonomie personnelle conserve une place essentielle mais on assiste à un rééquilibrage des valeurs dont l'objectif tendrait à instaurer une forme de démocratie sexuelle, à la fois respectueuse des libertés de chacun et soucieuse de la protection de tous. Toutefois, nous n'y sommes pas encore. Aussi, restons vigilants sur le sort de nos libertés en général, et de notre liberté sexuelle en particulier.

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, 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. Pour une approché détaillée de la question de la sexualité dans le droit européen, voir, dans cet ouvrage, la contribution de J.-P. Marguénaud.

92. Courtaigne-Deslandes, C. (2013), « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », préc.