

## Recueil Dalloz 2005 p.1508

« 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

Diane Roman, Professeure de droit public, Université François-Rabelais, Tours

\*  
\*\*

### L'essentiel

Les juges occidentaux, qu'ils soient européens, sud-africain ou nord-américain ont, dans une remarquable communauté de vue, consacré une liberté sexuelle, pourvu qu'elle soit consensuelle. L'affirmation d'une autonomie de la personne marque ainsi l'avènement d'une société pluraliste, dans laquelle la garantie du respect de la vie privée confère à la personne une sphère d'intimité et d'immunité. Le droit étatique n'est plus le relais mécanique des prescriptions morales ou religieuses et la sexualité peut désormais être plurielle... Toutefois, cette convergence jurisprudentielle trouve ses limites : l'indifférence du droit à l'égard des orientations sexuelles n'entraîne pas une reconnaissance juridique et sociale identique des couples et des familles qui en sont issues ; de plus, cette évolution du droit vers l'égalité des orientations ne saurait masquer le fait que, entre sexualité réprouvée, tolérée ou acceptée, toutes les quêtes érotiques ne bénéficient pas d'une même protection.

« Il est interdit d'interdire »... Bien avant d'être détournée par une enseignante de grande distribution, l'exclamation de 1968 marquait l'aspiration d'une génération à une société moins corsetée et plus libérale. S'il avait une portée générale, le slogan trouvait tout naturellement une application particulière à ce qui prenait alors le nom de « moeurs »... Le mouvement de libération sexuelle aspirait à jouir « sans entraves », ce qui supposait de jeter au feu les symboles de l'aliénation de la femme ou de l'asservissement du désir. Parmi ceux-ci, pêle-mêle, le soutien-gorge et le mariage... La force de la revendication sociale relayée par la conceptualisation intellectuelle <sup>[1]</sup> ont ainsi permis, à partir des années 70, la consécration d'une liberté sexuelle, entendue comme la faculté, garantie par l'ordre juridique, d'entretenir des relations intimes consenties <sup>[2]</sup>. Le mariage comme institution monogame et procréative devient une forme parmi d'autres d'exercice de la liberté sexuelle ; d'autres sexualités sont désormais admises. L'éclatement de la norme maritale a son corollaire : la procréation devient également une liberté. Conçue autrefois comme une obligation (« croissez et multipliez ») indissociablement liée au mariage, elle devient une liberté à la fois négative - ne pas avoir d'enfants, grâce à la contraception et à l'avortement - et positive - le droit et la science se conjuguant à travers l'adoption et la procréation médicalement assistée pour pallier les rigueurs et les obstacles de la nature.

Le déclin de la prescription morale et la disparition relative de la notion de « bonnes moeurs » ouvrent ainsi le champ à une liberté sexuelle consacrée haut et fort par de nombreuses juridictions occidentales. Parmi d'autres <sup>[3]</sup>, la Cour constitutionnelle sud-africaine, la Cour suprême américaine, la Cour européenne des droits de l'homme semblent entonner un couplet en canon pour consacrer l'autonomie de la personne et son droit au respect de sa vie privée. Malgré l'absence de proclamation expresse, le droit français n'est pas en reste. Dès la Révolution française, l'ordre juridique s'est caractérisé par une certaine indifférence à l'égard des questions sexuelles. En cela, le droit post-révolutionnaire se démarquait nettement de l'Ancien droit, caractérisé par une volonté de canaliser et réglementer la sexualité. Confondant profane et religieux, mêlant l'illicite au péché, le droit de l'Ancien régime, tout imprégné de droit canon, soumettait la sexualité humaine à un *corpus* normatif très contraignant. Sur ce point comme ailleurs, la Révolution française marque une rupture et le droit libéral auquel elle donne naissance tend progressivement à jeter un voile sur l'alcôve et ses secrets. Progressivement, l'indifférence du droit à l'égard des questions sexuelles s'affirme. Certes, une telle évolution n'est pas générale, loin s'en faut. Elle ne concerne que les pays occidentaux et est aux antipodes des prescriptions posées, en particulier, par la loi islamique. Mais, dans les pays marqués par le libéralisme juridique, qu'ils soient de *common law* ou de droit écrit, une tendance se confirme : sous l'influence du juge, le droit renonce à s'immiscer dans la sphère éminemment intime des relations sexuelles. De ce prudent retrait du droit de la chambre à coucher est consacrée la liberté de jouir d'une sexualité tout à la fois plurielle (II) et consensuelle (I).

### I - La libre jouissance d'une sexualité consensuelle

Récence de la liberté ? Pudeur des constituants ? Les tentatives d'explication du silence du droit se heurtent à un constat indépassable : ni les textes français, ni les constitutions étrangères, pas plus que le droit européen ne consacrent expressément la liberté sexuelle. Celle-ci a progressivement été déduite par le juge d'autres principes cardinaux, comme la liberté et la protection de la vie privée (A) et s'articule autour du souci de protection du consentement de la personne (B).

#### A - Vie privée et libre sexualité

L'affirmation revient de façon récurrente... La liberté sexuelle découle nécessairement du droit au respect de la vie privée. Palliant ainsi le silence du droit écrit, les juges établissent un lien direct entre vie privée, autodétermination de la personne et liberté sexuelle. Plus encore, nonobstant un éloignement géographique et culturel certain, différentes juridictions consacrent en des termes similaires le droit de l'individu à s'engager dans des relations amoureuses et érotiques.

Le Tribunal de grande instance de Bordeaux l'a reconnu récemment : à propos de la médiatique célébration d'un mariage entre deux hommes par le maire de Bègles, le jugement concède que « la vie sexuelle fait incontestablement partie de la sphère privée » <sup>[4]</sup>, et qu'à ce titre elle est protégée par l'article 8 de la Convention européenne. Si l'affirmation est nouvelle pour le juge français, elle n'est pas surprenante : la doctrine avait déjà établi un tel lien <sup>[5]</sup> et le juge européen le reconnaît de longue date <sup>[6]</sup>. La Cour de Strasbourg l'a d'ailleurs confirmé avec éclat il y a peu, dans une affaire rendue à propos de poursuites pénales contre des amateurs belges de pratiques sadomasochistes ultra violentes <sup>[7]</sup>. Rappelant que la garantie du respect de la vie privée protège le droit à l'épanouissement personnel, elle consacre non seulement le droit au développement mais aussi à l'autonomie personnels. De ces droits découle la faculté d'entretenir des rapports, y compris les plus intimes, avec autrui. Et la Cour de conclure que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle » <sup>[8]</sup>. La parenté de raisonnement avec les juges anglo-saxons, qu'ils soient américain ou africain, est remarquable. Ainsi, par exemple, en 1998, la Cour constitutionnelle sud-africaine a conclu à la reconnaissance d'une liberté en matière sexuelle dans des termes sensiblement identiques. Liant autonomie de la personne et *privacy*, la Cour africaine place l'expression de la sexualité au cœur d'une sphère d'intimité où aucune interférence de la communauté extérieure n'est admise <sup>[9]</sup>. Sur le même terrain de la liberté et de l'autonomie de la personne, la Cour suprême américaine a mis fin en 2003 aux *sodomy laws* texanes. Se plaçant sur le terrain du 14<sup>e</sup> amendement et du *due process of law*, la Cour affirme que

« la liberté protège la personne contre les intrusions sans garanties du gouvernement dans les foyers ou dans d'autres endroits privés. (...) La liberté se prolonge au-delà des limites spatiales (et) présume une autonomie de l'individu qui inclut la liberté de pensée, de croyance, d'expression, et de certaines conduites intimes » (10). Certes, un tel principe constitutionnel avait été reconnu précédemment au profit de l'autonomie de choix des personnes s'agissant du mariage, de la vie sexuelle en dehors du mariage ou de la contraception et de l'avortement (11), mais cette protection était jusque-là réservée aux relations hétérosexuelles. La liberté ainsi reconnue par la Cour a désormais une portée générale et garantit l'épanouissement de l'originalité personnelle.

Cette subsomption de la liberté sexuelle à la garantie de la vie privée appelle différentes remarques. Tout d'abord, le lien entre sexualité et droit au développement et à l'autonomie personnels établi par les cours souligne l'importance que le juge occidental attache à la « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend » (12). Le principe d'autonomie, soit littéralement la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme, est placé au service de l'épanouissement de la personne. L'empire des sens peut ainsi librement guider ses sujets... Cette insistance sur l'autonomie de la personne caractérise les sociétés occidentales, libérales et pluralistes, dans lesquelles la poursuite du bonheur est affaire individuelle. Et l'épanouissement individuel, que le libre développement de la personnalité permet (13), est ainsi appliqué par le juge au domaine sexuel. « Le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur », déduit du droit au respect de la vie privée (14), est ici décliné en droit d'entretenir des relations intimes. Pour autant, cette liberté relationnelle et sociale s'inscrit ici dans le registre des modalités et la sexualité est d'autant plus une « affaire privée » qu'elle peut être solitaire... L'essentiel est ailleurs, dans la liberté reconnue à l'individu d'avoir des préférences, fussent-elles singulières.

Ce lien entre vie privée et liberté sexuelle entraîne, ensuite, une conséquence : la nécessaire limitation du droit. La Cour européenne l'affirme expressément : « 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 » (15). Les cours africaine et américaine ne disent pas autre chose. Comme le résume la Cour suprême américaine : « Dans notre tradition, l'Etat n'est pas omniprésent au domicile » (16). De sorte que le droit étatique ne peut plus être une transcription mécanique de la morale privée ou du dogme religieux. C'est ici toucher du doigt la spécificité de la liberté sexuelle, une liberté « (pas) comme les autres » (17), tant l'influence de la morale et de la religion sur la norme juridique se fait présente et pressante. Cette ligne jaune tracée par le droit entre le licite et l'illicite peut se déplacer en fonction du but poursuivi par l'ordre juridique, comme le révélait en 1981 l'interrogation du juge Walsh à propos des lois britanniques incriminant l'homosexualité (18) : existe-t-il un domaine de la morale qui ne concerne pas le droit ou celui-ci doit-il se préoccuper de principes moraux? Le débat oppose classiquement deux conceptions différentes : celle selon laquelle le droit ne doit pas seulement sauvegarder l'individu contre les dommages, la corruption et l'exploitation, mais aussi « protéger (...) les institutions et la communauté d'idées, politiques et morales, sans lesquelles les gens ne peuvent pas vivre ensemble. La société ne peut faire abstraction de la morale de l'individu pas plus que de sa loyauté ; elle puise sa force dans les deux et à défaut de l'une ou l'autre elle meurt ». La thèse opposée, qui remonte dans la doctrine anglaise à John Stuart Mill, est que le droit ne doit pas s'ingérer dans des questions de morale privée plus qu'il n'est nécessaire pour préserver l'ordre public et protéger les citoyens contre ce qui est blessant et choquant. Il existe une sphère de la morale qu'il vaut mieux laisser à la conscience individuelle, comme s'il s'agissait d'une liberté de pensée ou de croyance. Dans la première logique, la ligne jaune est placée de telle manière que l'ingérence est largement autorisée et le libre arbitre réduit. Dans la seconde, en revanche, ce qui heurte la morale privée n'est plus, *ipso facto*, interdit par le droit. Le droit français offre une parfaite illustration de cette scission entre droit et morale, consacrée par la révolution libérale de 1789. L'Ancien droit traçait une frontière entre l'union sexuelle sanctifiée par le sacrement marital et la relation sexuelle souillée par le péché, de telle sorte que les comportements sexuels « déviant » subissaient une lourde répression. A cet interdit a succédé une dépénalisation du droit laïc, ce que révèle le traitement juridique de l'homosexualité et de l'inceste entre adultes majeurs consentants. Actes tous deux lourdement incriminés par l'Ancien droit - la sodomie était un crime contre nature, l'inceste, « horreur absolue », un crime contre Dieu et l'humanité -, les relations incestueuse ou homosexuelle, dès lors qu'elles sont nouées entre adultes consentants, ont toutes deux été dépénalisées par le premier Code pénal de 1791.

Ces deux exemples, si différents soient-ils, sont révélateurs de cette indifférence du droit français pour les questions sexuelles. En matière de liberté sexuelle, le droit ne fait que décliner le principe posé par l'article 4 de la Déclaration de 1789 (19) et chacun peut jouir de sa sexualité, sous réserve que cette liberté ne s'exerce pas au détriment des tiers. L'exercice est ainsi mis sur la nécessité de respecter le consentement, soit des partenaires sexuels, soit d'autrui.

## B - Le consentement protégé

L'accent mis par les différents juges occidentaux sur l'autonomie de l'individu et la liberté de l'engagement amoureux et sexuel met au premier plan de l'encadrement juridique de la sexualité le consentement de la personne. Cette approche consensualiste fait de la non-ingérence étatique le principe. Mais ce principe libéral entraîne moins une disparition de la norme juridique en matière sexuelle que sa transformation. En effet, la protection du consentement entraîne une multiplication des règles juridiques visant à sanctionner tout manquement à celui-ci, qu'il s'agisse de celui du partenaire ou de celui des tiers.

La première catégorie de règles juridiques est évidente, dans la mesure où la licéité de toute relation sexuelle est subordonnée à la nécessité du consentement du partenaire. En effet, la liberté sexuelle suppose la faculté de refuser l'acte et donc le droit à l'abstinence, dont la sanction est l'incrimination de viol ou agression sexuelle. L'idée couramment répandue, quoique discutée par certains (20), veut que le renchérissement des infractions et des peines en matière sexuelle ait été effectué au nom de la libéralisation des mœurs, évolution se justifiant par la nécessité de préserver la liberté de chacun. La valeur première étant l'autonomie personnelle, toute atteinte à celle-ci doit être sanctionnée, y compris lorsqu'elle est effectuée dans le cadre conjugal. Le point d'orgue de cette « sacralisation » du consentement réside certainement dans le tournant jurisprudentiel emprunté par la Cour de cassation dans les années 90 et la consécration du crime de viol entre époux (21). Le mariage, désormais, ne confère plus un droit sur le corps du conjoint... Le législateur devrait entériner cette interprétation de la Chambre criminelle, en ajoutant à l'article 222-23 du code pénal un alinéa prévoyant que « la présomption de licéité des rapports sexuels entre époux peut être combattue par des preuves contraires établissant, par tout moyen, un viol. Il en va de même entre concubins ou entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité » (22). Le consentement aux relations sexuelles ne peut être donné une fois pour toutes et doit être non seulement répété mais aussi respecté. Ce n'est pas autre chose que constate la Cour européenne, dans l'affaire *KA et AD c/ Belgique*, où des pratiques sadomasochistes ultra-violentes étaient en cause : « Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect » (23). Si l'exclamation de Martine - « Je veux qu'il me batte, moi (...) Il me plaît d'être battue » (24) - semble désormais entendue par la Cour, le cri de la victime, lui, aurait dû l'être de ses « maîtres », et la Cour de Strasbourg justifie les poursuites pénales diligentes contre les auteurs de ces pratiques par l'atteinte aux droits et libertés d'autrui, au cas d'espèce la liberté du partenaire à arrêter le « jeu », érotique pour les uns, de massacre pour les autres (25).

Cette nécessité première de protéger le caractère consensuel de la relation sexuelle permet également au droit de déclarer imposées toute une série de relations sexuelles avec des partenaires présumés insusceptibles de consentir. Cela emporte, par exemple, la protection de la jeunesse sur laquelle pèse une présomption irréfragable d'incapacité à consentir (26). Mais encore, dans un de ces raccourcis surprenants que le droit permet, la protection des animaux (27) ou celle des handicapés mentaux (28). De même, la valeur suprême du consentement justifie que soit avérée sa sincérité : la législation récente sur le harcèlement sexuel, particulièrement appliquée outre-Atlantique, témoigne de ce scrupule du droit à écarter toute manœuvre qui pourrait vicier le consentement à la relation sexuelle. En dehors de ces hypothèses où le droit entend protéger des personnes vulnérables, le consentement donné crée un halo d'immunité protégeant la relation sexuelle consentie de toute immixtion étatique. L'énumération à laquelle procède la Cour suprême américaine dans l'affaire *Lawrence* est révélatrice, là encore, de la communauté de vue de part et d'autre de l'Atlantique : pour justifier sa décision de déclarer inconstitutionnelles les poursuites contre les homosexuels majeurs, elle souligne que l'affaire qui lui est soumise n'implique ni mineurs, ni personnes susceptibles d'être lésées ou contraintes, ou qui pourraient ne pas oser refuser... « *It does involve two adults who, with full and mutual consent, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. Petitioners' right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in private conduct without government intervention* ». La formulation est on ne peut plus explicite...

Mais la philosophie consensualiste prévalant en matière sexuelle ne se limite pas à protéger le consentement du partenaire et garantit aussi celui des tiers. En effet, si chacun a droit à l'intimité de sa vie sexuelle, il a également le devoir de pratiquer sa vie sexuelle dans l'intimité. Pas plus qu'il ne saurait s'imposer à l'intégrité physique d'autrui, un acte sexuel ne saurait l'être à sa conscience et à sa vue. Le droit pénal incrimine alors l'exhibition sexuelle ou le racolage (29). Ces incriminations, dont la permanence est remarquable même si leur définition a connu certaines variations (30), renforcent la définition consensualiste d'une sexualité licite. Dès lors que les deux conditions du consentement et de l'intimité sont remplies, le principe retenu par les droits occidentaux est celui de non-ingérence. Le droit prend acte de ce que la sexualité est à l'image de l'homme : plurielle.

## II - La lente reconnaissance d'une sexualité plurielle

L'accent mis sur l'autonomie de la personne et sa faculté de se réaliser à travers un engagement amoureux et sexuel librement consenti conduisent les systèmes juridiques occidentaux à poser un principe d'égalité des orientations sexuelles (A). Poussée à son maximum, cette neutralité de la règle juridique devrait conduire à admettre indifféremment toute forme de sexualité, hétérosexuelle ou homosexuelle, pratiquée seul ou en groupe, conforme aux prescriptions morales traditionnelles ou contraires à certains tabous, gratuite ou tarifée. Le droit s'y refuse pourtant, maintenant un certain nombre de barrières que révèlent des situations diverses (B).

### A - L'égalité des orientations

La reconnaissance d'une autonomie de la personne dans des domaines aussi intimes que la sexualité suppose que l'Etat s'abstienne de toute prescription. Mais l'épanouissement de la personne, que doit viser une telle liberté, peut aller jusqu'à exiger que soit dépassé ce simple silence du droit à l'égard de l'orientation sexuelle. En d'autres termes, la liberté sexuelle peut évoluer de l'indifférence du droit (1) vers la reconnaissance de droits (2).

**1 - Indifférence du droit** - Le droit s'abstenant de prôner une ligne de conduite sexuelle, le libre choix qu'il permet désormais suppose une non-ingérence à la fois de l'Etat et d'autrui dans l'intimité de la vie sexuelle de l'individu.

Tout d'abord, le droit ayant renoncé à lier norme et normalité, l'Etat n'impose plus de normes sexuelles, que ce soit quant au cadre dans lequel la sexualité est pratiquée ou au choix du partenaire. Cette indifférence quant au cadre dans lequel la sexualité est pratiquée ravale ainsi le mariage au rang d'alcôve parmi d'autres. Le lien conjugal n'est plus désormais le seul cadre légitime, l'adultère étant dépénalisé (31), les relations sexuelles conjugales facultatives (32) et l'union libre reconnue (33). Cette disparition du statut privilégié du mariage n'est pas propre au droit français (34). Ainsi, aux Etats-Unis, la Cour suprême a étendu la liberté sexuelle aux relations extra-conjugales (35). La conviction que la liberté doit demeurer la règle en la matière est si profondément ancrée en Europe que la tentative du gouvernement turc de rétablir le délit d'adultère dans le code pénal turc a provoqué une indignation généralisée (36).

Mais, fait encore plus notable, cette indifférence du droit vaut également quant à l'orientation sexuelle, hétérosexuelle ou homosexuelle. Différents arrêts rendus récemment par certaines juridictions suprêmes étrangères permettent de souligner ce qui constituait longtemps une spécificité française. Depuis plus de deux siècles, l'homosexualité est officiellement dépénalisée en France, et le crime de « bougrerie », si odieusement puni sous l'Ancien droit, est résolument obsolète, même si deux dispositions permettaient indirectement de sanctionner les relations homosexuelles : d'une part, les infractions d'outrage public à la pudeur ou attentat à la pudeur sur mineurs étaient maniées par les procureurs du XIXe siècle pour pourfendre certains comportements, d'autre part de 1942 à 1981 a subsisté en droit français une discrimination en matière de relation sexuelle homosexuelle masculine avec un mineur de plus de quinze ans (37). Cette grande tolérance du droit français se différenciait de certaines législations notamment anglo-saxonnes, beaucoup plus puritaines en la matière et qui, jusqu'il y a peu encore, faisaient de l'homosexualité un délit. En Europe, un premier coup d'arrêt a été donné en 1981 par le célèbre arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*. Réfutant que la protection de la morale puisse justifier des poursuites pénales, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que « du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent aux yeux de la Cour sur les arguments plaçant contre tout amendement au droit en vigueur. L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants » (38).

L'article 8 de la Convention et la protection de la vie privée qu'il garantit fournissent dès lors un cadre général interdisant à l'Etat de s'immiscer, sauf « justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger ou par des répercussions sur la collectivité ».

L'arrêt *Dudgeon* est à bien des égards un arrêt précurseur. Pas seulement parce qu'il a conduit un certain nombre d'Etats parties à la convention à modifier leur législation pour la mettre en conformité avec les exigences européennes. Pas seulement non plus parce qu'il marque le début d'une série d'arrêts confirmatifs, précisant le sens que la Cour entendait donner au besoin social impérieux justifiant, conformément à l'article 8 § 2, que des dérogations soient apportées au droit garanti (39). Si l'arrêt *Dudgeon* fut véritablement précurseur, c'est aussi parce qu'il a servi de modèle et de point de référence à d'autres juridictions pour justifier l'abandon des poursuites pénales contre les homosexuels.

Ainsi, par exemple, la Cour constitutionnelle sud-africaine, en 1998 (40), a jugé que l'incrimination des relations homosexuelles masculines adultes est constitutive d'une discrimination méconnaissant la constitution sud-africaine. Contraire au principe d'égalité, elle est de surcroît de nature à porter atteinte à la dignité fondamentale des homosexuels, qui sont un groupe vulnérable, ainsi qu'au droit au respect de la vie privée, ces différents principes étant tous protégés par la norme constitutionnelle. Or, pour étayer son argumentation, la Cour se réfère, d'une part, à l'évolution des sociétés démocratiques, qui tendent toutes vers une décriminalisation de l'homosexualité, d'autre part, à l'argumentation de la Cour européenne dans l'affaire *Dudgeon*, concluant à la violation du texte au respect duquel elle est

chargée de veiller. Fait encore plus remarquable, la puissance de persuasion de l'argumentation européenne a atteint la Cour suprême américaine, habituellement peu hésitante à pratiquer un « isolationnisme juridique ». Dans un arrêt remarqué, car renversant une jurisprudence antérieure (41), la Cour suprême a jugé contraires au 14<sup>e</sup> amendement les dispositions du droit texan incriminant l'homosexualité. A l'appui de son raisonnement, la Cour suprême relève que sa jurisprudence antérieure admettant les poursuites pénales non seulement prenait le contre-pied de l'évolution du droit européen, mais de surcroît n'a pas été comprise et reçue à l'étranger (42)...

De sorte que la plupart des pays occidentaux ont désormais intégré ce principe d'indifférence de l'Etat en matière d'orientation sexuelle. Plus encore, le principe de protection des choix personnels s'étend aux tiers. D'une part, le droit au respect de la vie privée interdit de faire état des orientations sexuelles. Ainsi, par exemple, l'article 9 du code civil interdit l'outing, cette révélation médiatique de l'homosexualité de tel ou tel personnage public. Les juridictions civiles n'exigent pas l'intention hostile de l'auteur de la révélation, seul compte le défaut de consentement préalable de la personne visée (43)... D'autre part, le principe d'égalité des orientations sexuelles entraîne une interdiction des discriminations (44). En effet, l'interdiction de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle est non seulement une des sources du principe de liberté sexuelle, mais également une de ses conséquences. Le droit européen, en la matière, révèle pourtant certaines hésitations. Ce n'est qu'en 1999 que la Cour européenne a abandonné une jurisprudence antérieure permettant aux Etats de pratiquer certaines discriminations et d'exclure les homosexuels de la fonction militaire pour des raisons tenant aux exigences du service et de la discipline (45). Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, elle adopte une ligne jurisprudentielle très pondérée, regrettée par certains (46).

Ainsi, l'indifférence du droit à l'égard de l'orientation sexuelle devient chose commune. Le droit n'impose aucun choix ou comportement jugé normal et interdit à quiconque de pénétrer dans cette intimité ; mais cette indifférence signifie en même temps le refus de reconnaître et d'officialiser certaines pratiques sexuelles. Or, c'est sur cette question de la reconnaissance sociale que le droit est en train de connaître un *aggiornamento*.

**2 - Reconnaissance de droits ?** - L'indifférence à l'égard d'une sexualité plurielle peut conduire à refuser de reconnaître certaines formes de sexualité, c'est-à-dire de tirer des conséquences juridiques, de consacrer objectivement certaines situations nées de ces relations sexuelles. Concrètement, cette posture se manifestera à travers deux refus : le refus de consacrer juridiquement certaines unions sexuelles à travers le mariage ; le refus de consacrer juridiquement les conséquences de l'union sexuelle. Or, ces deux questions constituent un nouveau clivage et sont la source de contestations et de revendications.

La première d'entre elles porte sur la reconnaissance sociale de certaines relations sexuelles, et donc de l'élargissement du mariage. L'engagement marital repose en effet sur deux commandements : d'une part, l'union doit être exogène, d'autre part, l'union doit être hétérosexuelle. Ces deux impératifs ont pour effet d'interdire le mariage et, partant de là pendant longtemps, toute reconnaissance sociale à des unions soit incestueuses, soient homosexuelles. Le premier cas peut être évacué rapidement, car ne fait guère l'objet de contestations. Le code civil français pose certaines prohibitions, plus ou moins radicales puisque certaines peuvent être levées par une dispense présidentielle (47). Cette prohibition ne résulte pas du risque biologique de consanguinité, puisqu'elle s'applique aussi à l'alliance et la parenté adoptive, mais repose sur des principes moraux qui condamnent la relation incestueuse (48). Toutefois, il faut remarquer que la liste des interdits légaux est évolutive (49), ce qui souligne la souplesse du droit et son adaptation à l'évolution sociologique. Mais si le droit interdit le mariage aux couples incestueux, il ne les interdit pas en eux-mêmes. La qualification d'inceste est ignorée du droit français et, dès lors que la relation est consensuelle, elle est licite. « La pudeur du droit face à l'inceste » (50) a été soulignée, en tout cas pour le droit français. Il n'est qu'à le comparer avec la crudité de bon nombre de droits anglo-saxons (51).

Le second impératif - l'hétérosexualité de la relation - est quant à lui l'objet de toutes les contestations et les remises en cause. Là encore, la situation française est révélatrice d'un phénomène commun aux différents pays occidentaux. Si le droit français a permis récemment une reconnaissance sociale et juridique du couple homosexuel à travers le concubinage ou le PACS, il leur ferme la voie du mariage. La récente et médiatique célébration d'un mariage entre deux hommes a abouti à une annulation, le Tribunal de grande instance de Bordeaux ayant conclu que la différence des sexes est une condition de fond du mariage, tant au regard du droit interne qu'au regard du droit européen. Or, sur ce point, les législations européennes se caractérisent par leur diversité. On a pu penser que la ligne de partage qui se dessine en Europe suivait un clivage religieux. Les pays protestants, quelle que soit leur tradition légale, apparaissent plus ouverts aux unions civiles, voire au mariage entre personnes de même sexe. La doctrine protestante fait en effet une place plus importante aux choix individuels, tandis que les dogmes catholiques préfèrent mettre l'accent sur le rôle des institutions et sur l'autorité de la tradition (52). Mais l'annonce du gouvernement Zapatero de soumettre au Parlement espagnol une loi autorisant la célébration d'unions homosexuelles révèle qu'en réalité le clivage est plus politique que religieux. On comprend, dans cette perspective, la crainte du juge européen de se faire « superlégislateur » (53) en déduisant de la Convention européenne la possibilité pour les homosexuels de se marier. Pourtant, là encore, l'analyse comparatiste révèle toute les potentialités que recèlent les clauses de non-discrimination et de garantie de la vie privée, ainsi que la diversité des postures des juges chargés de veiller au respect de ces textes. Pour résumer, trois discours juridictionnels s'opposent. Premièrement, celui du juge français bordelais, qui s'abrite derrière les solutions rendues par le juge européen (54) : le caractère hétérosexuel séculaire du mariage n'est pas en soi constitutif d'une violation des articles 8 et 12 de la Convention européenne ; de même, il n'entraîne pas une discrimination au sens de l'article 14 de la même Convention, dans la mesure où la différence de traitement est justifiée par une justification objective et raisonnable, poursuivant un but légitime et proportionnée à ce dernier. En l'espèce, cette justification se trouve dans « la fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d'une famille » (55). Toutefois, prenant acte de l'évolution de l'institution du mariage dans les sociétés occidentales (56), le tribunal conclut que « si l'évolution des moeurs ou le respect d'un principe d'égalité peut conduire à une redéfinition du mariage, cette question doit faire l'objet d'un débat et nécessite l'intervention du législateur ».

La seconde posture est celle du juge canadien : elle repose sur une relecture des droits garantis par la constitution canadienne. Ceci apparaît tout nettement dans l'avis de la Cour suprême canadienne rendu en décembre dernier (57). Saisie d'un projet de loi relatif au mariage entre personnes de même sexe, la cour examine sa conformité à la loi constitutionnelle de 1867, inspirée de la définition du mariage que la *common law* retenait alors. L'un des énoncés les plus célèbres de cette définition se trouve dans l'arrêt *Hyde c/ Hyde* de 1866 : « le mariage, tel que le conçoit la chrétienté, peut à cette fin être défini comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne ». Or, analyse la cour, en 2004, une telle interprétation n'est plus recevable : en effet, « la mention de la « chrétienté » est révélatrice. L'arrêt *Hyde* s'adressait à une société aux valeurs sociales communes, dans laquelle le mariage et la religion étaient perçus comme indissociables. Tel n'est plus le cas. La société canadienne est une société pluraliste. Du point de vue de l'Etat, le mariage est une institution civile. Le raisonnement fondé sur l'existence de « concepts figés » va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne » (58).

L'interprétation progressiste permet ainsi à la Cour d'affirmer que le projet de loi ouvrant le mariage aux homosexuels, non seulement ne méconnaît pas la Constitution, mais plus encore la renforce et la garantit.

La troisième attitude est celle adoptée par la Cour suprême d'appel sud-africaine. Dans une décision récente remarquée (59), elle affirme que la définition législative du mariage comme acte unissant « un homme et une femme » est contraire à la Constitution et que, pour être conforme aux prescriptions de la constitution « arc-en-ciel », le mariage doit dorénavant être défini comme « l'union de deux personnes », sans référence à la différence des genres. On le mesure, il y a là trois postures juridictionnelles différentes, dans des contextes juridiques pourtant assez proches : dans les trois ordres juridiques, la liberté sexuelle est reconnue et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle interdites ; dans les trois Etats, le mariage est soumis à une condition d'hétérosexualité et la société partagée entre les tenants du *statu quo* et les partisans d'une reconnaissance de l'égalité des droits. Or, curieusement, alors que ces trois juges ont une analyse comparable au regard de la liberté sexuelle, ils adoptent des raisonnements opposés en matière de reconnaissance juridique et sociale des relations sexuelles : le premier, français, affirme que l'égalité des droits n'est pas méconnue et que l'interdiction est justifiée par un but légitime ; le second, canadien, que l'égalité des droits pourrait être renforcée par l'abrogation d'une interdiction qui n'est plus guère légitime ; le troisième, sud-africain, que l'égalité des droits est méconnue par une interdiction discriminatoire et qu'elle doit être supprimée. Ici, l'interdit est justifié ; là, il peut ne plus l'être ; là-bas, il n'a plus à l'être...

Une semblable plurivocité juridictionnelle se mesure à l'aune d'un autre clivage, portant cette fois-ci non plus sur la reconnaissance juridique de l'union, mais bien sur celle des conséquences de l'union sexuelle. C'est ici et encore une fois le débat sur la parentalité et particulièrement l'homoparentalité qui se profile. Or, là encore, différents arguments contradictoires sont avancés au soutien de solutions juridictionnelles fort différentes. Ainsi, la Cour européenne a estimé que, en l'absence de consensus au niveau européen, le refus de délivrer l'agrément nécessaire pour l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle relève de la marge d'appréciation des Etats membres et ne peut, en conséquence, être considéré comme une violation de l'article 8 de la Convention européenne en combinaison avec l'exigence de non-discrimination (60). Etait ainsi validée la solution retenue par le juge administratif français qui avait considéré que le requérant, « eu égard à ses conditions de vie et malgré les qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté » (61). A l'inverse, la Cour constitutionnelle sud-africaine a affirmé, dans un jugement rendu à l'unanimité, qu'un tel refus de reconnaître une adoption conjointe était constitutif d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et le statut marital, portait atteinte à la dignité des appelantes et de surcroît méconnaissait le principe de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant : en effet, ajoute la Cour, la stabilité, le soutien et l'affection pour un enfant recherchés par la Constitution peuvent tout à fait être assurés par un couple homosexuel (62).

Les divergences jurisprudentielles que l'étude comparatiste révèle montrent que les droits occidentaux ont progressivement convergé pour reconnaître l'égalité des orientations sexuelles des individus. Progressivement, l'égalité s'étend aux couples, dont la reconnaissance sociale et juridique progresse, trop lentement pour certains (63). Mais, derrière l'individu et le couple se profile la famille, dont le caractère pluriel est encore loin de faire consensus. Toutefois, cette évolution du droit vers l'égalité des orientations ne saurait masquer le fait que toutes les pratiques sexuelles ne bénéficient pas de cette latitude, et que les situations divergent profondément, oscillant entre sexualité réprouvée, tolérée ou acceptée.

## B - L'inégalité des situations

Toutes les pratiques érotiques par lesquelles l'être humain manifeste sa sexualité ne bénéficient pas de cette immunité que peut conférer le droit au respect de la vie privée. Dans différentes situations, le droit jette toujours l'opprobre sur certaines formes de sexualité et les sociétés pluralistes occidentales ne sont pas pour autant devenues permissives : prostitution, sadomasochisme, pornographie, même entre personnes aptes à exprimer un consentement valides, sont autant d'exemples de la persistance de « hors la loi sexuels » (64). Car, comme le souligne D. Lochak (65), au-delà des questions très classiques dans la théorie générale des libertés publiques que la liberté sexuelle pose - détermination des bornes de la liberté, rôle dévolu à la loi pénale pour marquer certains interdits, rapports du droit et de la morale -, un constat s'impose : la difficulté du droit à lui faire bénéficier pleinement du paradigme libéral qui veut que la liberté de chacun n'ait d'autres bornes que la liberté d'autrui et les exigences impérieuses de la vie en société. Cette hésitation du juge, et cette répugnance à l'égard de certaines pratiques sexuelles qu'elle révèle, se rencontre à travers deux lignes jurisprudentielles.

La première tend à limiter le champ d'application du droit au respect de la vie privée et à en exclure certaines pratiques. Ainsi, par exemple, l'ancienne Commission européenne avait estimé qu'une interdiction de la prostitution ne violait pas l'article 8 de la Convention, dans la mesure où « les relations sexuelles qui (...) résultent d'une volonté de rémunération et sont entreprises par métier (...) ne relèvent pas de la sphère privée » (66). L'affaire, il est vrai, est ancienne et antérieure à l'arrêt *Niemietz*, par lequel la Cour a fait bénéficier les relations professionnelles de la protection de cette stipulation (67). Mais le sexe tarifé n'est pas seul en cause. La sexualité violente est aussi disqualifiée par différentes juridictions. La Cour européenne, dans la première affaire relative à des sadomasochistes qu'elle ait eu à juger, a expressément souligné que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 ». Si les tendances et le comportement sexuels se rapportent à l'intimité de la vie privée, le fait que des actes sexuels impliquent un grand nombre de participants et fassent l'objet d'enregistrements et de diffusion parmi les participants a pu faire douter la Cour que de telles pratiques relèvent entièrement de la vie privée, au sens où la Convention l'entend (68). Outre la prostitution, d'autres pratiques pourraient être exclues du champ protecteur du droit au respect de la vie privée. Ainsi, à la lumière de l'argumentation développée dans un arrêt de 2000 (69), il semble que la Cour européenne entende écarter de la protection conventionnelle les orgies impliquant un grand nombre de participants ou la distribution de films pornographiques.

La tolérance à l'égard des oeuvres pornographiques n'a jamais été tranchée par la Cour européenne sur le fondement de l'article 8. Un arrêt, en revanche, examine la conformité de l'interdiction d'une exposition de peintures pornographiques à l'aune de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention. Après avoir examiné les toiles litigieuses, la Cour affirme ne pas trouver « déraisonnable que les juges compétents les aient tenues pour de nature à blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale » et considère que les poursuites s'inscrivaient dans le cadre des limitations légitimes prévues à l'alinéa 2 de l'article 10 (70). La jurisprudence canadienne, en la matière, offre des similitudes certaines. Par un arrêt *Butler* (71) rendu en 1992, la Cour suprême canadienne considère que la liberté d'expression doit s'étendre aux oeuvres pornographiques qui ne comportent pas de violence, ou qui ne sont ni dégradantes ni attentatoires à la dignité et qui n'impliquent pas la participation d'enfants. Mais, réciproquement, c'est admettre que la législation réprimant l'obscénité pouvait s'appliquer aux oeuvres ne correspondant pas à ces trois critères. C'était de la sorte ouvrir la porte à de nombreuses tergiversations, dans la mesure où la Cour ne retient comme norme permettant de départager ce qui relève de la protection constitutionnelle de ce qui doit être interdit que l'attitude plus ou moins tolérante de la société à son égard : cette norme de tolérance sociale est la *critérium* distinguant le licite de l'illicite (72). Jurisprudences européenne et canadienne démontrent ainsi que tout acte sexuel ne bénéficie pas de la protection des textes conventionnel ou constitutionnel qu'elles mettent en oeuvre. Et la ligne de partage entre les pratiques protégées et celles rejetées s'appuie sur des considérations fragilisées par la subjectivité à peine dissimulée du juge (73).

Car, et l'on rejoint ici la seconde ligne jurisprudentielle, toute dimension morale n'a pas été évacuée du discours juridique sur la sexualité. « Où sont passées les bonnes moeurs ? » (74), s'interroge l'auteur d'une thèse récemment publiée.

La notion, que l'on pensait disparue devant le culte apparemment voué à la liberté individuelle, réapparaît sous une forme nouvelle, par une sorte de retour du refoulé. Il ne s'agit plus de protéger expressément une morale sexuelle majoritaire mais d'invoquer des nouveaux impératifs autour desquels les sociétés pluralistes peuvent se retrouver. Tour à tour sont invoquées dignité de la personne, protection de l'enfance et égalité des hommes et des femmes pour justifier certaines restrictions à la liberté sexuelle. Ainsi, pornographie, prostitution ou pratiques sadomasochistes ne sont pas interdites expressément en droit français. Mais les incriminations de racolage, actif ou passif (75), de diffusion de messages pornographiques pouvant être vus des mineurs ou de violences volontaires peuvent permettre les poursuites, le tout sans que la jurisprudence européenne n'apporte une grande protection (76). La répugnance du juge européen à l'égard de la sexualité violente pratiquée entre adultes consentants transparait clairement à la lecture de l'arrêt *Laskey*. Certes, le juge affirme se placer sur le terrain de la protection de la santé publique pour considérer légitime l'ingérence dans la vie privée des adultes homosexuels poursuivis et juge inutile de se placer sur le terrain de la protection de la morale. Pourtant, le motif ne convainc guère, et le juge reconnaît lui-même qu'aucune conséquence sanitaire réelle - mais seulement potentielle - ne résultait de ces pratiques (77). Si l'interdiction de telles pratiques est légitimée, c'est davantage au regard de leur caractère « extrême » et la lecture de l'opinion concordante du juge Pettiti est éclairante : soulignant « les dangers d'un laxisme effréné qui peut conduire du libertinage à la pédophilie (...) ou à la torture d'autrui », le juge conclut que « la protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de l'indignité de celle-ci ni la promotion de l'immoralisme délictuel ». Le droit canadien ou sud-africain n'est guère plus protecteur. Ainsi, la prostitution fait l'objet d'un traitement particulier au Canada : le code criminel permet de poursuivre participants et témoins d'actes d'indécence commis dans des maisons de débauche. Il semble résulter de la comparaison de différents arrêts de la Cour suprême canadienne que le clivage entre actes d'indécence illicites et actes licites réside dans le contact physique entre clients et danseuses et la nature publique de l'activité (78). On retrouve un argument identique dans un arrêt plus récent de la pourtant très progressiste Cour constitutionnelle sud-africaine. Dans l'affaire *Ellen Jordan*, la Cour a considéré que la loi pénale permettant de poursuivre les prostitué(e)s ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée. Certes, elle concède que le droit est applicable mais affirme que « l'ingérence se trouve à la périphérie et non coeur de ce droit (...), l'Etat ne limitant que les intérêts commerciaux de la prostituée » (79).

Au Cap, à Strasbourg comme à Ottawa, prostitution et sadomasochisme seraient ainsi, selon un auteur, révélateurs de « l'énorme difficulté à assumer le principe de la neutralité éthique de l'Etat en matière sexuelle » (80) et symboliques de la permanence d'un paternalisme d'Etat, qui sévirait en France aussi. Cela ne constitue peut-être pas pour autant la preuve d'une limite propre à l'activité érotique. Les hypothèses où le droit limite la libre disposition de soi sont nombreuses : mères porteuses, nain cascadeur, patients réfractaires, SDF en danger, malades réclamant un geste euthanasique... à toutes ces situations où l'individu invoque une autonomie lui permettant de « mener sa barque » comme il l'entend, fût-ce sur les eaux du Styx..., l'ordre juridique oppose le nécessaire respect de la dignité de la personne et un impératif kantien plus ou moins compris (81). La « question sexuelle » n'est peut-être pas une « exception sexuelle »...

#### Mots clés :

**DRIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX** \* Vie privée \* Intimité \* Sexualité \* Liberté sexuelle \* Orientation sexuelle

(1) On pense ici tout particulièrement aux fondements théoriques qu'ont constitués les travaux de W. Reich, *La révolution sexuelle*, pour une autonomie caractérielle de l'homme (1968), rééd. Bourgois, 2003 ; ou de H. Marcuse, *Eros et civilisation* (1962), Le Seuil, 1971.

(2) Plus encore, sous l'influence de la jurisprudence européenne, la liberté sexuelle emporte également reconnaissance, au profit des transsexuels, de la liberté si ce n'est de choisir son « genre » sexuel, tout au moins celle de rectifier des discordances entre sexe biologique, sexe psychique et état civil.

(3) Ainsi, la liberté sexuelle a été consacrée par la Cour constitutionnelle italienne en 1987, sur le fondement de l'art. 2 de la Constitution (18 déc. 1987, n° 567/1987). La Cour déclare à ce propos que « la sexualité étant un des modes essentiels d'expression de la personne humaine, le droit d'en disposer librement est sans doute aucun un droit subjectif absolu » protégé par la Constitution.

(4) TGI Bordeaux, 1<sup>re</sup> ch. civ., 27 juill. 2004, D. 2004, Jur. p. 2392 (82), note E. Agostini, et Somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; Gaz. Pal. 9 oct. 2004, p. 9, obs. G. de Geouffre de La Pradelle ; Dr. fam., sept. 2004, p. 22, et oct. 2004, p. 24, note V. Larribau-Terneyre ; confirmé par CA Bordeaux, 6<sup>e</sup> ch. civ., 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1113, et note E. Agostini (83), à paraître.

(5) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2 : La famille, PUF, 21<sup>e</sup> éd., 2002, p. 684 : La Cour européenne « a mieux aimé isoler le concept de vie privée, en faire une tour d'ivoire pour y donner asile aux comportements que les lois nationales avaient rejetés comme insolites. Nous avons ainsi en droit conventionnel (...) un principe de liberté sexuelle, qui est rappelé de temps à autre au hasard des recours, d'où l'on déduit aisément que forniquer hors mariage est une liberté » ; G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, A. Colin, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 264 ; D. Lochak, *La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres*, in D. Borillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 8 s.

(6) V. par ex. CEDH 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ RU*, série A, n° 45, F. Sudre *et al.*, Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 346 s. ; 22 avr. 1993, *Modinos c/ Chypre*, série A, n° 259 ; 31 juill. 2000, *ADT c/ RU*, n° 35765/97, RTDH 2002, p. 345, note M. Levinet... Déjà la Commission EDH (10 mars 1988, *F... c/ Suisse*, n° 11680/85) avait souligné que « le droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8-1 de la Convention assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité et que, à cette fin, l'individu doit avoir la possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles, avec d'autres personnes ».

(7) CEDH 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, § 83 s.


(8) *Idem*.

(9) C. const. sud-africaine, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v Minister of Justice and others*, 9 October 1998. § 32. CCT11/98. www.concourt.aov.za . § 32 : « *Privacy recognises that we all have a right to a sphere o*

private intimacy and autonomy which allows us to establish and nurture human relationships without interference from the outside community. The way in which we give expression to our sexuality is at the core of this area of private intimacy. If, in expressing our sexuality, we act consensually and without harming one another, invasion of that precinct will be a breach of our privacy ».

(10) C. suprême Etats-Unis, 26 juin 2003, *John Geddes Lawrence and Tyron Garner petitioners v. Texas*, n° 02-102 : « Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct ».

(11) *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) ; *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972) ; *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

(12) CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c/ RU*, n° 2346/02, § 62, D. 2002, IR p. 1596 .

(13) Sur la réception de cette notion par les juges constitutionnels européens, V. X. Bioy, *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel : essai de comparaison*, RID comp. 2003, p. 123.

(14) Arrêt *Pretty*, préc., § 61.

(15) Arrêt *K. A. et A. D.*, préc., § 84.



(16) Arrêt *Lawrence*, préc.

(17) Pour reprendre le titre donné par D. Lochak à son article précité.

(18) Opinion partiellement dissidente du juge Walsh sur l'affaire *Dudgeon*, préc.

(19) « 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 ».

(20) Pour une critique de cette affirmation, V. M. Iacob, *Le crime était presque sexuel*, EPEL Essais, 2002, p. 30.

(21) Cass. crim. 11 juin 1992, D. 1993, Jur. p. 117 , note M.-L. Rassat, et Somm. p. 93, obs. G. Azibert ; Rev. science crim. 1993, p. 107 , obs. G. Levasseur.

(22) Proposition de loi n° 62, présentée par Roland Courteau, tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples avec autrui par un dispositif global de prévention, d'aide aux victimes et de répression, adoptée par le Sénat en mars 2005.

(23) Arrêt préc., § 85.

(24) Molière, *Médecin malgré lui*, I, 2.

(25) Arrêt *K. A. et A. D.*, préc., § 84 : « En effet, à la lumière notamment des éléments retenus par la cour d'appel, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés. De surcroît, au fil du temps, toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents. Il y a eu une escalade de violence et les requérants ont eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas où elle se serait terminée ».

(26) La « majorité sexuelle » varie selon les pays - elle est par exemple de quinze ans en France - et selon les activités sexuelles : ainsi, la France a relevé l'âge pour consentir à une relation sexuelle tarifée à dix-huit ans. De sorte qu'une relation sexuelle avec un(e) prostitué(e) mineur(e) est passible, pour le client, de poursuites pénales sur le fondement de l'art. 225-12-1 nouv. c. pén. Mais J.-F. Chassaing (*Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal*, in *La liberté sexuelle*, préc., p. 86) note que le droit français attribue tout de même des effets juridiques au consentement du mineur de moins de quinze ans puisque celui-ci est suffisant pour transformer un crime (viol) en délit (atteinte sexuelle).


(27) Art. R. 654-1 c. pén. punissant le fait, sans nécessité, publiquement ou non, d'exercer volontairement des mauvais traitements envers un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité.

(28) V. sur cette question, M. Iacob, *Le sexe des imbéciles*, in *Le crime était presque sexuel*, préc., p. 52-74, ou D. Borrillo, *Liberté érotique et exception sexuelle*, in *La liberté sexuelle*, préc., p. 49, qui remarque que « la question de la sexualité des handicapés mériterait à elle seule une étude spécifique tant elle est saturée de paradoxes. En effet, en dehors du mariage qui peut être célébré dans un intervalle de lucidité, la vie sexuelle des fous n'existe pas. Cette sexualité est assimilée au viol si le rapport sexuel a eu lieu avec une personne saine d'esprit et à un dommage susceptible de réparation judiciaire lorsque celle-ci se déroule entre handicapés mentaux ». Ajoutons, pour rajouter un paradoxe supplémentaire, que la loi permet désormais la stérilisation chirurgicale des incapables (art. L. 2123-2 CSP, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-588 du 4 juill. 2001). ce qui prouve que le droit a. lui aussi. des « intervalles de

lucidité » qui lui permettent d'admettre que les relations interdites existent tout de même...

(29) V., pour une analyse de droit français, B. Py, *Le sexe et le droit*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, p. 114-121 ; pour une approche comparatiste, V. *infra*, II-B.

(30) En droit français, l'incrimination d'*exhibition* a succédé à l'ancien *outrage à la pudeur* et a été rédigée de telle manière que les seuls imprudents soient protégés et que ne puissent plus être poursuivies que les personnes offrant à la vue leurs organes ou activités sexuelles dans un lieu accessible au public. A l'inverse, le délit de racolage « passif », instauré par la loi Sarkozy du 18 mars 2003, tend à élargir le champ des délinquants.

(31) Mais l'obligation de fidélité se déplace sur le terrain du PACS... ce que certains appellent « Le paradoxe de la fidélité » (L. Antonini-Cochin, D. 2005, Chron. p. 23 )

(32) La non-consommation du mariage n'est plus une cause d'annulation en droit français ; sur l'évolution de cette question, V. J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, 1993, § 804 s. ; M. Iacub, *Le mariage des impuissants*, in *Le crime était presque sexuel*, préc., p. 75-92.

(33) Pour une perspective comparatiste, V. Association Capitant, *Journées japonaises, Les groupements dans la vie familiale*, 1994. En droit français, le concubinage - sans condition de sexe - est désormais organisé par la loi du 15 nov. 1999 (art. 515-8 c. civ.).


(34) La remarque ne vaut que pour les droits occidentaux. Une telle liberté n'est évidemment pas reconnue dans les pays de Shari'a, où les condamnations à la lapidation ou à l'amputation menacent principalement et dramatiquement les femmes.

(35) V. par exemple aux Etats-Unis, *Eisenstadt v. Baird* (1972), préc.

(36) La refonte de l'arsenal pénal turc, volontiers décrié comme rétrograde et liberticide notamment parce qu'inchangé depuis sa rédaction à partir du code italien des années 20, devait souligner le mouvement du droit turc vers un renforcement des libertés individuelles ; l'amendement proposé puis retiré par le gouvernement en septembre 2004 a eu le mérite de souligner l'unanimité européenne pour que les affaires matrimoniales soient réglées par les couples ou, à défaut, par leurs avocats et non par les gardiens de prison...

(37) J. Danet, *Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence françaises*, in D. Borillo (dir.), *Homosexualités et droit, Les voies du droit*, PUF, 1999, p. 97.

(38) Arrêt *Dudgeon*, préc., § 60.

(39) Arrêts *Modinos* et *ADT*, préc. ; 27 mars 2001, *Sutherland c/ RU*, n° 25186/94 ; 9 janv. 2003, *L. et V. c/ Autriche*, S. et L. c/ Autriche, n° 39392/98, 39829/98, 45330/99, D. 2003, Somm. p. 2278 , obs. L. Burgorgue-Larsen ; 10 févr. 2004, *B. B. c/ RU*, n° 53760/00.


(40) C. const. sud-africaine 9 oct. 1998, préc.

(41) C. suprême Etats-Unis 26 juin 2003, *Lawrence*, préc., renversant *Bowers v. Hardwick* 478 US 186 (1986).

(42) Au grand dam du juge Scalia, dans son opinion dissidente...


(43) V. la jurisprudence citée par C. Mecary et G. de La Pradelle, *Les droits des homosexuels*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 3e éd., 2003, p. 13-14.

(44) V., pour le droit français, les art. 225-1 s. nouv. c. pén.

(45) CEDH 27 sept. 1999, *Smith et Grady c/ RU*, RTD civ. 1999, p. 917 , obs. J.-P. Marguénaud ; A. Ezahraoui, *Non-discrimination et homosexualité(s) : apport et limites des jurisprudences européennes*, in C. Courvoisier et P. Charlot (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, p. 67-87.


(46) V. les critiques de J. Cavallini et S. Calmes, in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *chronique de jurisprudence comparée*, RDP 2003, spéc. p. 988.

(47) V. les art. 161 et s. c. civ. ; loi canadienne sur le mariage (degrés prohibés), LRO 1990, chap. M 3. Aux Etats-Unis, la législation sur le mariage est du domaine des états fédérés, la plupart posent des empêchements aux mariages intra-familiaux ; en Afrique du Sud, le *Recognition customary marriages Act* (1998), 3-6, renvoie à la loi coutumière la définition des interdictions au mariage en raison des liens de parenté.

(48) Ainsi, de façon logique, le Conseil constitutionnel a qualifié la prohibition de l'inceste de règles d'ordre public régissant le droit des personnes (déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, *relative au PACS*, cons. n° 74, D. 2000, Somm. p. 424 , obs. S. Garneri).




(49) Comme par exemple le mariage entre beau-frère et belle-soeur, libre depuis la loi du 11 juill. 1975 ; aux Etats-Unis, des mouvements réclament une meilleure reconnaissance de certaines unions incestueuses, notamment entre cousins : V. [www.cuddleinternational.org](http://www.cuddleinternational.org)

(50) D. Mayer, La pudeur du droit face à l'inceste, D. 1988, Chron. p. 33 ; adde, A Batteur, L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille, RTD civ. 2000, p. 759 .

(51) Ainsi, par exemple, la section 17 du chapitre 272 du *Massachusetts General Laws*, qui punit d'une peine maximale de vingt ans d'emprisonnement les actes sexuels, dont la liste est énumérée - de façon précise quoique mentionnée comme non exhaustive...-, entre personnes ayant un lien de consanguinité.

(52) Sénat, Le mariage homosexuel, études de législations comparées, n° 134, juin 2004, <http://www.senat.fr/lc/lc134/lc134.html> ; *Marriage Laws*, étude de législation comparée, [http://usmarriagelaws.com/search/alternative\\_lifestyles/same\\_sex\\_marriage/gay\\_laws\\_around\\_the\\_world\\_/index.shtml](http://usmarriagelaws.com/search/alternative_lifestyles/same_sex_marriage/gay_laws_around_the_world_/index.shtml)

(53) Pour paraphraser le juge Black dans son opinion sur *Ferguson v. Skrupa*, 372 US 731-732 (1963).

(54) CEDH 17 oct. 1986, *Rees c/ RU*, n° 9532/81 ; 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham*, n° 22985/93 et 23390/94 ; 11 juill. 2002, *Goodwin c/ RU*, n° 28957/95, D. 2003, Somm. p. 525 , obs. C. Birsan, et p. 1935, obs. J.-J. Lemouland.


(55) TGI Bordeaux 27 juill. 2004, préc.



(56) Point souligné par la CEDH dans l'affaire *Goodwin*, préc., § 100.

(57) C. suprême Canada, 9 déc. 2004, *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, 2004 CSC 79, [www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/fr](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/fr)

(58) § 22.

(59) C. appel suprême sud-africaine (*Supreme Court of Appeal*), 30 nov. 2004, *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, 232/2003, [www.server.law.wits.ac.za/sca](http://www.server.law.wits.ac.za/sca). La décision est pendante devant la Cour constitutionnelle.

(60) CEDH 26 févr. 2002, *Fretté c/ France*, req. 36515/97, D. 2002, Somm. p. 2024 , obs. F. Granet, et p. 2569, obs. C. Courtin ; toutefois, la Cour précise que cet arrêt ne saurait cependant être interprété comme signifiant que la Cour européenne des droits de l'homme admet que ne sont pas discriminatoires les différences que les Etats parties créent entre catégories de personnes d'orientation sexuelle différente, dans la jouissance de la vie privée ou familiale.

(61) CE 9 oct. 1996, D. 1997, Jur. p. 117, note P. Malaurie  ; JCP 1997, II, 22766, concl. C. Maugué ; RTD civ. 1997, p. 408 , obs. J. Hauser.

(62) C. const. sud-africaine, 10 sept. 2002, *Du Toit and another v. Minister of Welfare and Population Development*, CCT40/01.


(63) D. Borrillo, E. Fassin et M. Iacub, « Au-delà du PACS : pour l'égalité des sexualités », *Le Monde*, 16 févr. 1999.

(64) B. Cossman, Les hors-la-loi sexuels et la Cour suprême du Canada, in D. Borrillo et D. Lochak, préc., p. 187.

(65) La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres, préc.

(66) Comm. EDH 10 mars 1988, *F. c/ Suisse*, 11680/85.

(67) CEDH 16 déc. 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A. 251, D. 1993, Somm. p. 386 , obs. J.-F. Renucci.

(68) CEDH 19 févr. 1997, *Laskey et al. c/ RU*, RTDH 1997, p. 738, note M. Levinet, § 36 ; D. 1998, Jur. p. 97 , note J.-M. Larraide.

(69) Arrêt *ADT c/ RU*, préc., § 25.

(70) CEDH 24 mai 1988, *Müller c/ Suisse*, série A. 133.

(71) Pour une analyse - critique - de la jurisprudence de 1992 et son évolution, V. B. Cossman, préc., p. 187.

(72) C. suprême canadienne 26 juin 1997, *P. Mara et A. East c/ Regina*, n° 25159 : le critère à appliquer pour déterminer s'il y a indécence est la norme de tolérance de la société. Un spectacle est indécent si le préjudice social qu'il engendre, compte tenu des circonstances dans lesquelles il a lieu, est tel que la collectivité ne tolérerait pas qu'il ait lieu. Le juge canadien adopte ici la posture décrite par D. Lochak : se plaçant en observateur des réactions sociales, il enregistre ce

qui choque et suscite la réprobation. Mais, ce faisant, il contribue à prescrire ce qui doit être normal. En d'autres termes, devient normal ce que le normatif prescrit (*in* Le droit à l'épreuve des bonnes moeurs, puissance et impuissance de la norme juridique, Les bonnes moeurs, CURAPP, PUF, 1994).

(73) V. en ce sens l'opinion dissidente du juge Spielmann sous l'arrêt *Müller c/ Suisse*, préc.

(74) B. Lavaud-Legendre, Où sont passées les bonnes moeurs ?, Le Monde/PUF, 2005.

(75) Art. 225-10-1 c. pén., dans sa rédaction issue de la loi 18 mars 2003 : incrimination du « fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ».


(76) L'appréciation de la portée de l'arrêt *K. A. et A. D. c/ Belgique* (2005) par rapport à l'arrêt *Laskey* (1997) est malaisée à apprécier : dans les deux cas, la Cour considère que les poursuites pénales contre des sadomasochistes sont justifiées, soit par la protection de la santé (1997) soit par la protection des droits et libertés d'autrui (2005). Mais le raisonnement tenu par le juge en 2005 affirme sans ambiguïté la nécessité de reconnaître à l'individu un droit à disposer de son corps, y compris dans le domaine sexuel, hors de toute ingérence de l'Etat. Dès lors, on peut être tenté d'interpréter l'arrêt *A. D. et K. A.* comme un revirement de jurisprudence.

(77) Comme gêné, le juge oscille entre l'affirmation de la gravité des blessures infligées, qui ressortirait « à l'évidence des faits établis par les juridictions internes » (§ 45), et le constat de ce que les actes « ne donnèrent lieu en aucun cas à des infections ou à des lésions permanentes ni ne nécessitèrent l'assistance d'un médecin » (§ 8), pour conclure qu'il faut prendre en compte « le préjudice potentiel inhérent aux actes en questions » (§ 46)... on a connu la Cour plus rigoureuse dans son argumentation. Comme le relève O. Cayla (*Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir, in La liberté sexuelle, préc., p. 103*) : « désormais, on peut être condamné à de lourdes peines de prison pour des délits non prévus par la loi et qui en fait n'ont pas été commis mais qui auraient pu l'être »...

(78) V. l'arrêt *P. Mara, préc., § 35* : « Il est inacceptable et dégradant pour les femmes de permettre qu'un tel usage soit fait de leur corps au cours d'un spectacle public dans une taverne. Même si ces activités étaient consensuelles, comme le soulignent les appelants, cela ne change rien à leur caractère dégradant. (...) Parfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants » ; V. l'analyse de R. Wintermute, *De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle ; jurisprudence européenne et comparée, in La liberté sexuelle, préc., p. 161 s.*

(79) C. const. sud-africaine 9 oct. 2002, *State v. Ellen Jordan*, CCT31/01.

(80) D. Borillo, Liberté érotique et « exception sexuelle », préc., p. 55.

(81) S. Hennette-Vauchez, Kant contre Jehovah ?, Refus de soins et dignité de la personne humaine. Analyse critique des usages (para)juridictionnels et doctrinaux de l'argument kantien, D. 2004, Chron. p 3154 .