



HAL
open science

Démocratie ou démagogie sexuelle?

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Démocratie ou démagogie sexuelle?. Marie-France Bureau. Sexualités et Démocratie: perspectives multidisciplinaires francophones , Les éditions revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, 978-2-920003-43-9. hal-01242329

HAL Id: hal-01242329

<https://hal.science/hal-01242329>

Submitted on 11 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DÉMOCRATIE OU DÉMAGOGIE SEXUELLE?

Daniel Borrillo
Professeur
Université de Paris Ouest

La plus grande démocratisation de la sexualité due à la fois au combat des féministes et au mouvement LGBT, implique désormais que l'individu dispose d'un choix érotique libre de toutes les contraintes liées à la religion, à la tradition, à la communauté, et même au contrat puisque le mariage peut être rompu à tout moment par le divorce. L'égalité des sexes a permis l'émergence et le développement de l'égalité des sexualités. En effet, la lutte des femmes pour l'égalité des genres (homme-femme) précède celle des homosexuels pour l'égalité des sexualités (homo-hétéro). Comme le note Eric Fassin : «Le débat sur le pacs l'avait déjà montré, la bataille porte sur l'extension du domaine démocratique. Sans doute sommes-nous tous d'accord pour considérer que les choix économiques ou politiques relèvent de la négociation politique. Mais doit-on considérer que les questions sexuelles, qu'il s'agisse de genre ou de sexualité, de mariage ou de famille, de filiation ou de reproduction, échappent à la délibération démocratique? Peut-on soutenir l'idée que tout est politique, sauf l'ordre sexuel, qui transcenderait la politique? On comprend dès lors pourquoi les questions sexuelles sont aujourd'hui stratégiques: elles représentent l'ultime frontière d'une définition des normes qui demeurerait naturelle, et non politique, c'est-à-dire intemporelle, et non pas historique»¹. L'ordre sexuel auquel fait référence le sociologue est celui de l'égalité des genres et des sexualités. Considérée sous l'angle de l'égalité, la démocratie sexuelle semble être définitivement en marche. Les discriminations sexistes et

1. Eric Fassin, *L'inversion de la question homosexuelle*, Ed. Amsterdam, Paris 2005 n 15

homophobes sont sanctionnées par la loi, l'union entre personnes de même sexe est reconnue et l'amélioration de la place des femmes dans la vie politique (parité) constitue un objectif commun à l'ensemble des forces politiques françaises. Concernant les homosexuels, même la droite, autrefois très hostile aux unions homosexuelles, a non seulement accepté le Pacs mais n'a cessé de l'améliorer, le rapprochant du mariage. De surcroît, elle a renforcé le dispositif antidiscriminatoire en matière d'orientation sexuelle. De ce point de vue, on ne peut qu'être d'accord avec Eric Fassin : en matière d'égalité, la démocratie sexuelle semble fructueuse. Toutefois, si nous regardons la démocratie sexuelle, non pas à travers le prisme de l'égalité, mais à travers celui de la liberté, le constat n'est nullement le même². En effet, l'évolution vers l'égalité des sexualités est accompagnée d'une limitation croissante de la liberté sexuelle. Certes, on peut nous dire que l'égalité chasse toujours un peu la liberté³. Cependant, la limitation à la liberté nécessite comme préalable la définition claire et nette du statut des sujets susceptibles de reproduire une situation d'asymétrie. En effet, si le groupe discriminé est constitué principalement par des femmes hétérosexuelles, ce qu'il faudrait limiter ce n'est pas tant la liberté sexuelle de l'ensemble de la population mais plutôt celle des hommes hétérosexuels. Cependant, la «démocratie sexuelle» ne fait pas ce type de distinctions; en matière de pornographie, par exemple, on a utilisé l'argument de l'égalité des femmes pour justifier la censure des films pornographiques y compris

-
2. Eric Fassin nous invite à ne pas opposer la liberté à l'égalité, «telles deux parties d'une dissertation de philosophie de classe terminale propre à séduire par sa simplicité dans l'espace médiatique de la vie intellectuelle». («Démocratie sexuelle», *Comprendre* n° 6, PUF, 2005 pp. 263-276). Or, la limitation de la liberté sexuelle n'est pas le fruit de l'imagination de certains esprits peu sophistiqués mais le résultat d'un choix délibéré en matière de politique pénale.
 3. Comme on le voit dans les politiques de discrimination positive ou de quotas.

les films gay. De même, s'agissant de la prostitution, on a mis en avant la domination masculine sans tenir compte de l'existence d'une prostitution homosexuelle au sein de laquelle la domination de genre est inexistante.

Afin de mesurer effectivement le degré de démocratie de l'ordre sexuel contemporain, il est donc nécessaire de prendre en compte, non seulement la variable «égalité», mais aussi la variable «liberté». Autrement dit, il faut analyser la démocratie sexuelle non pas seulement en fonction du genre ou des orientations sexuelles, mais aussi à partir des pratiques sexuelles⁴. Et ceci aussi bien dans sa dimension positive (liberté proprement dite) que dans sa dimension négative (sanction aux atteintes à la liberté)⁵. Ce changement de perspective produit un constat fort différent. En effet, à côté de la démocratie sexuelle (celle du genre et des orientations sexuelles) se développe une forme de démagogie sexuelle (celle des pratiques sexuelles peu conventionnelles). Ainsi, parallèlement au débat de la parité et du Pacs, un autre débat (bien plus consensuel) a eu lieu en France. Il a abouti à la mise en place d'un système de répression d'un certain nombre de pratiques sexuelles même entre adultes consentants, y compris entre personnes de même sexe. Ainsi, de la pornographie à la prostitution en passant par les pratiques sadomasochistes, quelques lois et un certain nombre de décisions de justice limitent fortement les pratiques sexuelles considérées comme dangereuses pour l'individu, même s'il s'y adonne de plein gré. La pénalisation du racolage passif, le durcissement de la censure en matière de pornographie et la pénalisation des

4. Bien que cet exercice semble réducteur au sociologue, il est extrêmement pertinent du point de vue juridique.

5. L'analyse d'Eric Fassin évacue complètement le droit pénal, or, cette variable d'analyse nous permet de mieux mesurer le degré de démocratie de nos normes y compris les normes sociales relatives à la sexualité.

pratiques sadomasochistes entre adultes consentants, constituent des exemples concrets de la limitation croissante de la liberté sexuelle.

S'agissant des pratiques non consentantes ou de celles impliquant des mineurs, le degré de démagogie est aussi inquiétant. Il n'est nullement question ici de laisser la criminalité sexuelle dans l'impunité, il s'agit surtout de questionner son statut à part dans le système pénal.

Il est bien connu que le populisme pénal a toujours servi la cause des démagogues et, en matière sexuelle, il se caractérise par la concurrence de ces trois éléments : la démesure répressive (surpénalisation), la victimisation et la psychologisation de la question pénale.

Passons à analyser ces trois piliers de la démagogie sexuelle.

Surpénalisation :

La criminalité sexuelle est celle qui se trouve aujourd'hui la plus fortement pénalisée. Les statistiques du Conseil de l'Europe font apparaître que les condamnés pour agressions sexuelles détenus représentent 23% des condamnés définitifs en France, alors que la moyenne européenne est d'environ 5%. «La France est aussi le premier pays d'Europe pour la longueur des peines prononcées : pour le crime de viol, 85% des condamnés le sont à une peine de plus de dix ans, contre 12% en Allemagne, 5% en Italie, 4% aux Pays-Bas (...). Le viol et les agressions sexuelles sont la première cause d'incarcération des condamnés»⁶. Si l'on regarde les peines

6. Syndicat de la Magistrature, *Le sexe et ses juges*, Syllepse, Paris 2006, p. 18.

encourues en Europe en matière d'infractions sexuelles, la France apparaît comme l'un des pays les plus répressifs. Ainsi, le viol est sanctionné par une peine de 15 ans (contre 10 ans dans l'ancien Code pénal) alors qu'au Danemark le même crime est susceptible de 8 ans, en Espagne de 6 à 12 ans et en Belgique de 5 à 10 ans, par exemple.

Sont appliquées aux infractions sexuelles également de nouvelles peines complémentaires comme la confiscation de la chose qui a servi ou qui était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, ou encore l'interdiction d'exercer, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec les mineurs. De plus, depuis 1998, les délits d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles sont considérés comme une même infraction au regard de la récidive⁷.

L'application extraterritoriale de la législation française dans les pays où les infractions sexuelles n'existent pas, le régime dérogatoire de la prescription, la prise en compte des moyens par lesquels le crime peut être commis et la mise en place des fichages spécifiques font de la délinquance sexuelle un type de criminalité plus proche du terrorisme que des infractions du droit pénal général. Ce régime d'exception en matière sexuelle⁸ peut s'expliquer comme le résultat de la sacralisation de la sexualité (puritanisme) et de la «panique morale» qui en résulte. Le crime sexuel apparaît, de nos jours, comme le crime absolu. Il ne mérite pas uniquement une sanction, il faut également que cette punition soit particulièrement exemplaire et surdimensionnée.

7. Art. 132-16 al 1 Code pénal.

8. La sortie du droit commun et le traitement exceptionnel des infractions sexuelles constituent un signe révélateur de l'absence de démocratie dans la matière

Victimisation :

La possibilité pour les associations des victimes d'intervenir dans le procès a permis d'accroître la charge affective au sein du système pénal. Frédéric Gros nous rappelle qu'aujourd'hui «punir c'est permettre à la victime de faire son deuil»⁹, comme si le procès pénal n'avait pas comme but de rendre justice et de restituer un équilibre rompu, mais plutôt de mettre en scène un drame compassionnel. Bien que la loi n° 2000-516 du 15 juin «renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes» avait déjà donné à la victime un rôle central au sein de toute procédure pénale, en matière sexuelle, celui-ci fut particulièrement renforcé.

Le populisme pénal met ainsi la vengeance à la place de la justice et le sentiment de la victime devient l'axe autour duquel s'articule le procès. Avant même le jugement, la victime exige d'être reconnue comme telle, l'espace judiciaire devient ainsi un espace thérapeutique censé soulager la douleur. Il ne s'agit nullement de minimiser la souffrance des victimes, mais simplement de rappeler que le système judiciaire n'a pas comme fonction le deuil des victimes (cela doit se passer ailleurs). Le rôle de la Justice est bien plus modeste, il consiste à délimiter les responsabilités, à sanctionner les coupables et à restaurer le déséquilibre provoqué par l'infraction. Demander autre chose à la Justice est non seulement dépourvu de pertinence, mais constitue, de surcroît, un retour en arrière, car cela déclenche un processus «vindicatoire» duquel le système pénal moderne a justement essayé de se détacher.

9. «La victime, sujet de droit ou objet politique?» dans *Le sexe et ses juges*, *supra* note 6.

Dans le domaine de la sexualité cette victimisation peut également avoir lieu avant l'ouverture du procès. Certains «experts victimologues» vont, par exemple, considérer la prostitution comme une forme d'exploitation sans tenir compte de la parole des personnes prostituées, lesquelles, dans les sociétés développées, déclarent souvent avoir choisi librement cette activité. La victimisation enferme les individus dans leur rôle alors qu'ils ne se perçoivent pas nécessairement comme telles.

Enfin, soulignons qu'aucune mesure n'est adoptée contre les victimes des violences sexuelles en prison. Les «pointeurs» (terme utilisé par les détenus pour désigner les criminels sexuels) constituent une population dont le taux de suicide est particulièrement élevé en raison des violences qu'ils subissent¹⁰.

Psychologisation :

Dans une recommandation du 20 décembre 1996, le Comité national consultatif d'éthique indiquait qu' «il serait absurde de décrire un délinquant sexuel type. Toutes sortes de personnalités peuvent être rencontrées chez les auteurs d'infractions sexuelles». Toutefois, en matière sexuelle, certains juges se comportent comme thérapeutes. Cette «déjudiciarisation» du procès (au profit de la clinique) est particulièrement frappante dans les cas d'infractions sexuelles à la fois par l'introduction d'un traitement psychologique à côté de la peine et par la multiplication d'interventions pluridisciplinaires (psychiatres, assistantes sociales, sexologues...) qui entourent le juge au moment de rendre sa décision.

10. M. Guillonnet, *Rapport sur les suicides des détenus (1998-200)*, Ministère de la justice, Direction de l'administration pénitentiaire, mai 2000 n. 4-5

Malgré l'impossibilité de catégorisation et d'homogénéité clinique des criminels sexuels, l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 1998 affirme que «les auteurs de ces infractions, même s'ils sont jugés pénalement responsables de leurs actes, souffrent, dans la plupart des cas, de troubles psychiques qui subsistent après l'exécution de leur peine», c'est pourquoi un suivi socio-judiciaire oblige les auteurs d'agressions sexuelles à se soumettre à un traitement psychiatrique qui peut durer plusieurs années. Ces mesures cliniques sont applicables uniquement aux délinquants sexuels. Si un meurtre, un assassinat ou une torture n'est pas précédé ou accompagné d'une agression sexuelle, le criminel n'est pas obligatoirement soumis à une thérapie.

La réhabilitation légale ne se produit pas à l'expiration de la peine, mais à la fin du traitement médical. Comme le souligne Dominique Coujard, «il n'est pas rare que cette revendication prématurée (victime) conduise à reprocher à un accusé ses dénégations – qui ne sont que l'exercice d'un droit – comme constituant une véritable récidive, un petit viol ou une petite mort supplémentaire. Elle exige le remords, condition du deuil, figure rhétorique désormais incontournable qui suggère que la décision de culpabilité et la lourdeur de la condamnation font partie du traitement. C'est ainsi que naît le rêve indicible de juges en blouse blanche»¹¹. Dans ce contexte, la célèbre affaire d'Outreau¹² apparaît moins comme un accident judiciaire que comme

11. «Le procès, espace juridique ou compassionnel? dans *Le sexe et ses juges*, *supra* note 6 à la p. 29.

12. L'affaire d'Outreau de 2005 est une erreur judiciaire. Toutes les personnes accusées à tort ont finalement été acquittées par la Justice. Elle suscita une émotion dans l'opinion publique et mit en évidence les dysfonctionnements du monde politique, de l'institution judiciaire et des acteurs sociaux, notamment dans la lutte contre la pédophilie et les abus sexuels sur mineur.

l'exemple paradigmatique d'un système pénal qui fonctionne, non pas tant pour le rétablissement de la justice, mais pour satisfaire l'appétit de vengeance et pour alimenter les fantasmes de la doxa la plus obscure.

La sexualité sous un régime d'exception

Les pratiques sexuelles non-conventionnelles sont toujours suspectes, car elles constituent le prélude de la criminalité sexuelle, laquelle, dans nos sociétés sécuritaires, est devenue le paradigme du mal absolu. La dangerosité du crime sexuel va justifier ainsi un traitement d'exception. La dérogation du droit commun et la banalisation du traitement exceptionnel de la sexualité mettent manifestement une vision à la fois sacralisée de la sexualité classique et stigmatisante de la sexualité non-conventionnelle. Ainsi, sous la pression de l'opinion publique, de la presse sensationnaliste ou tout simplement par conviction morale, les autorités françaises (aussi bien de droite que de gauche) ont instauré une répression spécifique pour les agresseurs sexuels. Dès lors qu'une infraction est considérée de nature sexuelle, elle sort du droit commun pour être soumise à un régime spécifique. Cette exceptionnalité est d'autant plus dangereuse qu'elle s'opère sur le terrain de la loi pénale. De surcroît, le droit pénal a considérablement étendu le champ de son intervention, manifestant ainsi une volonté d'intervention qui va jusqu'à réprimer des comportements qui apparaissent potentiellement dangereux comme par exemple la possession d'images ou de représentations de nature pédophiles. Peut-on encore continuer à qualifier de démocratique un régime qui pénètre dans l'intimité des fantasmes subjectifs pour les pénaliser?

Un certain nombre d'éléments spécifiques déterminent l'exceptionnalité des infractions sexuelles, les voici ¹³ :

- 1) la lourdeur de la peine;
- 2) son application extraterritoriale;
- 3) le régime de prescription applicable;
- 4) l'accompagnement des mesures cliniques à côté de la sanction juridique;
- 5) l'étendu des moyens par lesquels l'infraction peut être commise;
- 6) la création des fichiers spécifiques, et enfin;
- 7) l'obligation d'informer les autorités françaises.

1) La France est le pays qui réprime le plus sévèrement les infractions sexuelles aussi bien concernant les peines encourues que celles effectivement prononcées¹⁴. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle, les autres agressions sexuelles sans pénétration sont susceptibles de cinq ans d'emprisonnement et soixante quinze mille euros d'amende, exactement comme pour un homicide involontaire, fruit d'une imprudence manifeste¹⁵. L'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel sont passibles d'un an d'emprisonnement et quinze mille euros d'amende. Les peines sont alourdies par de nombreuses circonstances aggravantes. Le viol est condamné de trente ans de réclusion lorsqu'il entraîne la mort de la victime même si

13. L'exceptionnalité de l'infraction sexuelle tend à s'affaiblir à cause de l'extension à d'autres crimes son dispositif répressif (en particulier le fichage). Toutefois, il est fort significatif que celui-ci ait commencé par la sexualité.

14. V. X. Lameyre, «La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles», note *AJ Pénal* 2004, pp. 55-56.

15. Art. 221-6-2 Code pénal : «En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues (par homicide involontaire) sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende».

l'auteur n'avait pas l'intention de tuer. Souvent le juge applique une sanction proportionnellement plus lourde à l'égard des viols que des homicides. De surcroît, pour les crimes sexuels, la loi autorise le juge à refuser tout aménagement de la peine (placement à l'extérieur, permission de sortir, semi liberté, fractionnement,...) ce qui lui est prohibé pour d'autres infractions relevant du droit pénal général. Enfin, le taux de libération conditionnelle des condamnés pour viol est de 4,4% quand celui des condamnés pour homicide volontaire est de 8,5%, notamment (chiffres cités par X. Lameyre)¹⁶.

2) Les crimes sexuels dérogent aux articles 113-6 et 113-8 du Code pénal qui disposent respectivement que la loi française est applicable uniquement si les faits sont punis dans le pays où ils ont été commis et si la victime porte plainte. Autrement dit, même si l'acte n'est pas punissable hors du territoire de la République et indépendamment du fait que la victime ait porté plainte¹⁷, c'est toujours la loi française qui s'applique de manière extraterritoriale. En effet, l'article 222-22 du Code pénal français dispose : «[...] Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.» Aussi, contrairement au droit commun de la représentation d'une victime par une association (qui doit pouvoir justifier qu'elle a reçu l'accord

16. Lameyre, *supra* note 14, p. 56.

17. En conséquence, la dérogation mentionnée dans l'article 222-22 signifie que la loi française est applicable même sans dépôt d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou sans dénonciation officielle par l'autorité ivoirienne compétente.

de la victime), la personne morale peut agir au nom d'une victime étrangère dont elle n'a pas recueilli l'accord.

3) En droit commun, les délais de prescription sont de dix ans pour un crime et de trois ans pour un délit à partir de la date de commission de l'acte. Afin d'élargir les possibilités de poursuivre les auteurs d'infractions sexuelles, les délais de prescription ne commencent à courir qu'à compter de la majorité de la victime¹⁸. Auparavant, ce point de départ spécifique ne jouait que lorsque l'auteur de l'infraction avait autorité sur le mineur, mais depuis la loi du 17 juin 1998, ces dispositions ont été élargies aux auteurs de crimes sexuels autres que les ascendants légitimes, naturels ou adoptifs, ou personnes ayant autorité sur le mineur victime. La loi du 9 mars 2004 (dite Perben II) a allongé les délais de prescription, portant à 20 ans les crimes sexuels (viol par exemple) sur mineurs et à 15 ans les délits sexuels (recours à la prostitution, par exemple) sur mineur en dehors des circonstances aggravantes prévues par les articles 222-30 (notamment lorsqu'elle est commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime) et 227-26 (lorsque le mineur a été contacté par Internet, par exemple), dans ce cas la prescription est également de 20 ans. Ainsi, si un jeune de 18 ans a une relation sexuelle consentante¹⁹ avec une fille de 14 ans qu'il a rencontré par Internet ou avec son copain de 14 ans, ce jeune peut être poursuivi jusqu'à l'âge de 42 ans.

4) Destinées aux seuls auteurs d'infractions sexuelles, le suivi socio-judiciaire, introduit par la loi du 17 juin 1998 et complété par la loi n° 2007-1198 du 10 août

18. Art. 7 al. 3 Code de procédure pénale : «Le délai de prescription de l'action publique des crimes commis contre des mineurs ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers».

19. Le consentement du mineur n'efface pas le délit. Lorsqu'il n'y a pas de consentement, il s'agit d'un crime.

2007, entre autres mesures de surveillance, oblige les agresseurs à suivre un traitement psychiatrique qui peut durer, selon la nature de l'infraction, jusqu'à trente ans. De surcroît, la réhabilitation légale ne se produit pas à l'expiration de la peine mais à la fin du traitement médical. L'injonction de soins n'est pas obligatoire, mais si le condamné ne donne pas son accord, il voit sa peine s'alourdir considérablement.

5) La même loi de 1998, dans son article 13, incorpore une nouvelle modalité de commission de l'infraction sexuelle lorsque «la victime est mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunication». Cette circonstance aggrave la sanction. Ainsi, pour une agression sexuelle sans pénétration, la peine passe de cinq ans d'emprisonnement à sept ans, si la victime a été, par exemple, contactée par Internet.

6) Depuis 1998 existe un fichier national automatisé destiné à centraliser et à stocker les traces et empreintes génétiques des personnes condamnées pour crimes et délits sexuels afin de faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions sexuelles. Le refus de se soumettre aux opérations de prélèvement ordonnées par les autorités est puni d'un an d'emprisonnement et de quinze mille euros d'amende. Dans le casier judiciaire figurait déjà l'identité de tous les condamnés pour crime ou délit sexuel même s'ils avaient bénéficié d'amnistie, de grâce ou de réhabilitation. Les informations sont conservées trente ans en cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement et vingt ans dans les autres cas (article 706-53-4). Toutefois, l'article 706-54 précise que le Procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé peut faire

procéder à l'effacement des empreintes «lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier». Des lois successives ont étendu fortement son champ d'application²⁰. En plus, à partir de l'entrée en vigueur la loi 2004-204 du 9 mars 2004, la France a créé un nouveau fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS)²¹. L'effacement du casier judiciaire n'emporte pas celui sur le fichier. De surcroît, cette même loi établit que «l'officier de police judiciaire peut faire procéder contre toute personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle à un examen médical et à une prise de sang afin de déterminer si cette personne n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible». Même une fois acquittée, une personne risque ainsi de demeurer fichée.

La loi du 12 décembre 2005 étend substantiellement la population susceptible de fichage. Le FIJAIS intègre désormais, outre les infractions sexuelles, l'ensemble des procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec torture ou actes de barbarie, les crimes de torture ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale. D'où son nouvel intitulé : «fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes». L'accès à ce fichier est aussi étendu. Les officiers de police judiciaire pourront accéder aux données dans le cadre de toute enquête de

20. Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (art. 56). Loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure (art.29). Loi du 9 mars 2004 (dite Perben, art. 47). Loi du 12 décembre 2005 (art. 18). Loi sur les violences conjugales du 4 avril 2006 (art. 17). Loi relative à la prévention de la délinquance du 5 mars 2007 (art. 42)

21. «Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles constitue une application automatisée d'informations nominatives tenue par le service du casier judiciaire sous l'autorité du ministre de la justice et le contrôle d'un magistrat».

flagrance même si celle-ci ne concerne pas la répression d'infractions sexuelles ou d'actes de violence. Les préfets et certaines administrations de l'Etat pourront utiliser le fichier pour contrôler l'exercice des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs. Il n'est pas précisé si ce contrôle concerne uniquement les activités soumises à agrément ou si l'extension concerne l'exercice de l'ensemble des professions impliquant un contact avec des mineurs.

Dans le but de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles sur mineurs et de faciliter l'identification de leurs auteurs, ce traitement reçoit, conserve et communique aux personnes habilitées les informations relatives à l'identité et l'adresse du domicile de l'intéressé.

L'enregistrement de l'identité dans le fichier astreint la personne concernée à des obligations particulièrement contraignantes (justification de son adresse une fois par an, déclaration des changements d'adresse, présentation tous les six mois auprès du groupement de gendarmerie). Le non respect de ces obligations est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (article 706-53-5).

Les informations sont conservées trente ans en cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement et vingt ans dans les autres cas. Toutefois, l'article 706-54 précise que le Procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé peut faire procéder à l'effacement des empreintes «lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier».

7) La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par

profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, (punie en principe d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende) n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. L'article 226-14 énonce ces cas de figure, à savoir :

1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique;

2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est mineure, son accord n'est pas nécessaire; [...] Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire.»

De même, l'article 434-3 dispose : «Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans [...] de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sur le fondement de ce texte, un ecclésiastique n'ayant pas dénoncé des actes de pédophilie commis par un prêtre dans son diocèse a pu être condamné²² ainsi que le directeur d'un

22. TGI Caen, 4 sept. 2001, Juris-Data no 2001-148248, Dr. pén. 2001, chron. 46, obs. L. Leturmy; Y. Mayaud, La condamnation de l'évêque de

collège qui avait omis de dénoncer, dès qu'il en a eu connaissance, des faits d'attentats à la pudeur commis sur une élève âgée de quatorze ans (alors que la loi no 89-487 du 10 juillet 1989 fait obligation à l'ensemble des services et établissements publics et privés de signaler les cas de maltraitance sur mineur dès qu'ils en ont connaissance)²³.

L'inflation du dispositif répressif explique que depuis 1999, le viol et les agressions sexuelles constituent la première cause d'incarcération en France²⁴. L'évolution des condamnations montre une claire augmentation : les condamnés détenus pour une agression sexuelle représentaient 4,2% en 1976, 8% en 1986 et 14% en 1996²⁵. L'effacement de la condamnation de l'auteur d'une infraction sexuelle est devenu presque impossible avec l'établissement de règles dérogatoires en matière de réhabilitation et de relèvement ainsi qu'avec l'introduction de nouvelles modifications du casier judiciaire. En droit commun, la réhabilitation légale est acquise pour toute personne physique qui, dans un délai de trois, cinq ou dix ans selon le type de sentence prononcée, n'a subi aucune condamnation nouvelle. Quant à la réhabilitation, elle permet de restituer au condamné, pour l'avenir, tous les droits dont il avait été privé du fait de sa condamnation. La loi du 17 juin 1998 a introduit des règles dérogatoires en la matière pour les infracteurs sexuels. En effet, la réhabilitation n'est peut être acquise (et par conséquent les fiches du casier

Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César..., D. 2001, chron. 3454.

- 23. Cass. crim. 17 nov. 1993, Bull. crim., no 347, Dr. pén. 1994.58, obs. Véron, Rev. sc. crim. 1994.333 et 555, obs. Lévasseur
- 24. J. Floch, *La France face à ses prisons*, tome I, Assemblée Nationale, coll. «Les documents d'information de l'Assemblée Nationale» n° 44/2000 p. 60.
- 25. Source : base SEPT (séries pénitentiaires temporelles), France métropolitaine, DAP/CESDIP.

judiciaire enlevées) qu'à la fin des mesures prononcées (suivi socio-judiciaire, interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec un mineur).

Tout cela montre, comme le note M. Badinter que « nous sommes entrés dans des temps où le délinquant sexuel, quoi qu'il ait fait, est considéré comme l'être asocial, le porteur de dangerosité par excellence. Nous avons déjà une des législations les plus répressives d'Europe dans ce domaine. Et maintenant voici revenu, pour eux, le temps de la stigmatisation, comme dans un passé qu'on croyait révolu »²⁶

Limites à la sexualité consentie entre adultes :

Le traitement exceptionnel que la loi réserve au sexe ne se limite pas aux infractions sexuelles, il s'étend aussi à la sexualité consentie. Ainsi, même si aucune disposition du Code pénal ne sanctionne expressément la prostitution, les moyens (racolage) pour l'exercer sont sévèrement punis. Mais, peut-on encore parler de liberté dès lors qu'il n'existe aucune possibilité licite d'annoncer un service sexuel? Des gestes obscènes, des propos provocants, des sourires engageant, le simple fait de déambuler, de stationner sur un trottoir ou une tenue vestimentaire provocatrice peuvent être considérés par la police comme une forme de racolage puni de deux mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende. La masturbation prodiguée au cours de séances de massage est une activité de prostitution²⁷ : la jurisprudence des juridictions du fond est constante sur ce point. Ont été considérés comme des actes de prostitution

26. *Libération*, 9 février 2004, p. 39-40

27. CA Aix-en-Provence, 15 juin 1981, Gaz. Pal. 1982. 1, somm. 29

des «massages californiens»²⁸, des «massages relaxants»²⁹ et même des «massages anti-stress chinois»³⁰. De surcroît, bien que la majorité sexuelle est établie à l'âge de 15 ans, une personne qui entretient des rapports sexuels en contrepartie d'une rémunération (ou d'une simple promesse de rémunération) avec un mineur d'entre 15 et 18 ans encoure une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (art. 225-12-1 du Code pénal)³¹.

Dans les faits, si la prostitution subsiste et se développe, ce n'est que d'une manière clandestine. Paradoxalement, la réforme introduite par la loi du 18 mars 2003 cherchait à lutter contre les trafics et les réseaux de proxénètes, mais le refus de toute forme de réglementation du «travail sexuel» a rendu la situation des prostituées encore plus précaire et dangereuse. Au lieu de traiter la prostitution comme un métier et de chercher à créer les meilleures conditions sanitaires et sociales, en autorisant par exemple la création de syndicats de personnes prostituées ou en adoptant les règles relatives à l'emploi (salaire, retraite, vacances, sécurité sociale, hygiène...), les autorités françaises, en revanche, ont considéré que cette activité n'était pas conforme à la dignité humaine. Mais, paradoxalement, dès qu'il s'agit de taxer les revenus de la prostitution et du proxénétisme, l'Etat n'hésite pas à rendre imposable en tant que revenus non-commerciaux ces activités pourtant illicites. Les associations de prostituées ne cessent pas de dénoncer l'aggravation de la situation après cette réforme législative qui a «jeté» les travailleurs du sexe en dehors de la ville en les exposant davantage aux

28. CA Aix en Provence, 19 mai 1988, Dr. pén. 1990, chron. A. Maron.

29. CA Bordeaux, 10 janv. 1989.

30. Cass. crim. 9 oct. 1996, no 95-81.232.

31. Depuis la loi de 2003, pour la première fois en droit positif français, le client devient lui-même délinquant.

violences de tout genre. Signalons que la répression de la prostitution, par le biais de la notion de racolage, a trouvé l'accord de l'opposition socialiste laquelle, au nom de l'égalité des femmes et de la lutte contre l'esclavage ne s'est pas opposée au dispositif actuel.

Le paternalisme d'Etat est ici particulièrement manifeste. Alors que l'on agissait au nom de la dignité des femmes, aucune association de prostituées n'a été consultée avant le vote de la loi, les travailleuses du sexe ont été traitées, en quelque sorte, comme des mineures incapables. Celles et ceux qui se sont manifestés pour dire ouvertement qu'ils souhaitaient être libres de se prostituer furent considérés comme des victimes de leur propre pensée aliénée.

Une autre situation qui, dans l'état actuel du droit, pose un problème à l'exercice de la liberté sexuelle est celle qui est relative aux pratiques sadomasochistes entre adultes consentants. Si la violence est de la nature même de la mise en scène sadomasochiste, celle-ci n'est problématique que lorsqu'elle est susceptible de provoquer des lésions physiques ou psychologiques. En droit pénal, le consentement de la victime n'efface pas la nature criminelle de l'acte et, en ce sens, il est permis de considérer certaines pratiques sadomasochistes comme une forme de violence punissable par la loi. Nommées autrefois «coups et blessures», les violences volontaires constituent actuellement une atteinte à l'intégrité de la personne. Toutefois, comme pour la pratique des sports violents ou les interventions chirurgicales pour lesquelles la jurisprudence a estimé que le consentement de la victime permet de soustraire ces pratiques de la sanction juridique, on aurait pu imaginer qu'un tel raisonnement soit également appliqué aux pratiques sadomasochistes. Ce ne fut pas le cas et un

régime d'exception fut appliqué, en particulier pour les relations sadomasochistes pratiquées entre homosexuels. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision du 19 février 1997 (*Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*) a considéré que les pratiques sadomasochistes librement consenties en privé sans autre but que la recherche du plaisir sexuel et ne provoquant jamais de blessures susceptibles de faire intervenir un médecin ne peuvent pas être protégées par la Convention européenne des droits de l'homme. Les requérants avaient été condamnés par la justice britannique à diverses peines d'emprisonnement au prétexte que «la société a le droit et le devoir de se protéger contre le culte de la violence. Il est pervers de tirer du plaisir de la souffrance d'autrui». Saisi de l'affaire, la Cour européenne a fait observer que «toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 (protection de la vie privée)» et «que les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique pour la protection de la santé».

La Cour a eu à statuer dans une autre affaire similaire impliquant un couple hétérosexuel condamné par la justice belge pour coups et blessures volontaires. Comme dans l'affaire *Laskey*, la Cour européenne a confirmé la condamnation des tribunaux belge. Malgré cette condamnation des rapports sadomasochistes entre adultes consentants, la CEDH s'est fondée non pas sur la «protection de la santé», mais sur un consentement insuffisamment libre et éclairé de la victime³². Ce changement d'optique de la Cour ouvre de nouveaux horizons et, comme nous l'analyserons plus tard, marque

32. CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005.

saisi le Conseil d'Etat aux fins d'annulation de l'arrêté ministériel. Le Conseil d'Etat relevait alors l'existence «d'une succession de scènes de grande violence et de scènes de sexe non simulées» et considérait ainsi que le film devait être interdit aux mineurs. Il annulait donc l'arrêté du ministre et lui substituait une décision de classement «X» pour le film. Le décret du 4 décembre 2003, entré en vigueur le 1er mars 2004, a supprimé cette catégorie de l'article 3 mais l'a réintroduite dans un article 3-1. Ce nouvel article dispose que «La commission peut également proposer au ministre chargé de la Culture une mesure d'interdiction de la représentation aux mineurs de dix huit ans pour les œuvres comportant des scènes de sexe non simulées ou de très grande violence mais qui, par la manière dont elles sont filmées et la nature du thème traité, ne justifient pas une inscription sur la liste prévue à l'article 12 de la loi du 30 décembre 1975». Cette mesure est une sorte de «classement X indirect», ayant l'avantage de ne pas pénaliser financièrement le producteur du film. Le classement «X» résulte de la combinaison de deux critères. Pour la Cour de cassation, pour être dit «X» un film doit comprendre «au moins six scènes de sexe en gros plan, avec une progression *ad libitum* du nombre de partenaires et d'emboîtages dans le but d'exciter le spectateur» (critère objectif). Toutefois s'il peut être établi que la finalité (critère subjectif) est «artistique» ou «éducative», le film peut échapper à la classification «X» et à sa relégation dans les sex-shops ou les programmes télévisés cryptés. Le Conseil d'Etat a adopté les mêmes critères d'appréciation, à la fois objectifs et subjectifs. Le premier critère (objectif) pour un film pornographique consiste à montrer «une activité sexuelle réelle, non simulée» tandis que le second critère prend en considération «l'intention du réalisateur, le contenu d'ensemble du film, le sujet traité et la qualité de la réalisation».

Le contrôle des images pornographiques à la télévision revient au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel qui doit «veiller à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité humaine dans les programmes mis à la disposition du public». En plus, une directive communautaire 89/552/CEE du 3 octobre (Télévision sans frontières) prévoit dans son article 22 que les Etats membres doivent prendre toutes les mesures appropriées pour que les chaînes de télévision ne diffusent «aucun programme susceptible de nuire gravement à l'épanouissement moral des mineurs, notamment des programmes comprenant des scènes de pornographie ou de violence gratuite». Cet article distingue ainsi les programmes nuisant «gravement» aux mineurs des autres programmes nuisant aux mineurs dont la diffusion est admise sous certaines réserves. Aux termes de ce texte, la pornographie relève de la première catégorie (les programmes nuisant «gravement» aux mineurs) et est donc absolument interdite. Toutefois le texte communautaire ne définit ni la pornographie, ni la violence gratuite. Il appartient donc à chaque Etat, en fonction de sa propre sensibilité, de préciser dans son droit national ce que chacune de ces notions recouvrent. Ainsi, au Danemark, seules les chaînes de télévision publiques sont diffusées sur le réseau hertzien et elles n'ont pas l'autorisation de diffuser des programmes pornographiques. En Belgique, les programmes télévisés comprenant de la pornographie ou des scènes de violence gratuite ne peuvent être diffusés que pendant certains créneaux horaires. En Allemagne, la pornographie, qu'elle soit diffusée par voie écrite, au cinéma ou dans les programmes de télévision est formellement interdite. En revanche les programmes érotiques peuvent être diffusés à des horaires tardifs. Au Royaume-Uni, la pornographie est interdite sur les chaînes publiques.

En France, suite à des poursuites engagées devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, notamment, pour défaut de transposition de l'article 22 de la directive, une loi du 1er août 2000 est venue modifier l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 afin de reprendre la distinction interdiction relative/interdiction absolue. Le CSA encadre la diffusion «d'œuvres cinématographiques interdites aux mineurs de 18 ans, ainsi que les œuvres réservées à un public adulte averti et qui, en particulier par leur caractère obscène, sont susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs de moins de 18 ans».

Tous les films peuvent être soumis à une censure préalable ou après la publication. Outre le ministère de la culture, la Commission de classifications des films et le CSA, peuvent intervenir à plusieurs titres le ministère de l'intérieur, le procureur de la République, les associations, les parents de mineurs etc. A priori, intervient une commission chargée de vérifier le contenu des publications et a posteriori le ministère de l'intérieur, s'agissant des publications pour adultes, peut interdire l'exposition de l'œuvre ou permettre exclusivement la vente par correspondance.

En guise de conclusion

Ces quelques exemples concrets montrent clairement la constante limitation de la liberté sexuelle en France. Le caractère spécifique des crimes sexuels, le traitement répressif de la prostitution, du sadomasochisme et de la pornographie, nous font douter de l'extension du domaine de la démocratie sexuelle. La réaction disproportionnée du droit face aux pratiques sexuelles peu orthodoxes ainsi que l'inflation de la répression des infractions sexuelles s'appuient sur une vision néo-conservatrice de la sexualité.

Désormais, ce n'est pas tant au nom de la morale traditionnelle que l'on s'attaque à certaines formes de sexualité, qu'au nom de la dignité humaine ou de l'égalité des sexes.

La panique sexuelle, propre à la démagogie ambiante, est alimentée par des médias créant un climat d'hystérie collective peu propice à la délibération et au débat démocratique. Les chroniques pénales de ces dernières années ne cessent de nous le rappeler...