

LE DROIT PÉNAL PROMOTEUR DE LA LIBERTÉ DES MŒURS ?

PAR

Danièle MAYER

Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre

A priori, on peut penser que le droit pénal est très attentif aux bonnes mœurs : l'outrage aux bonnes mœurs, les attentats aux mœurs sont des incriminations "célèbres", même du point de vue des non-spécialistes.

Toutefois, la simple juxtaposition de ces deux types d'infractions révèle déjà une première ambiguïté : dans les attentats aux mœurs, les mœurs ne couvrent que ce qui est d'ordre sexuel, alors qu'il n'est pas évident que les bonnes mœurs de l'outrage aux bonnes mœurs ne débordent pas l'ordre sexuel¹. Mais dans la mesure où le droit pénal est gouverné par le principe de légalité, qui s'accompagne d'une exigence de précision, l'interprétation la plus restrictive, celle qui ne retient que l'aspect sexuel des bonnes mœurs semble devoir l'emporter². Ainsi, les bonnes mœurs, telles que le droit pénal les entend traditionnellement, ce sont des pratiques sexuelles normales.

Cette définition fait immédiatement apparaître les deux obstacles principaux à l'appréhension de la notion de bonnes mœurs par le droit pénal.

1. Le *Petit Dictionnaire Larousse* définit très largement les "mœurs" comme des "*habitudes naturelles ou acquises relatives à la pratique du bien et du mal*". Et, dans la liste des différentes acceptions du terme "mœurs" donnée par le *Dictionnaire encyclopédique Larousse*, les "*habitudes de vie, comportements individuels*" figurent avant les "*conduites individuelles, en particulier sur le plan sexuel*".

2. En ce sens, cf. Vitu (A.), *Traité de droit pénal spécial*, t. 2, n° 1886, p. 1531.

En premier lieu, le critère de distinction de la normalité et de l'anormalité est-il suffisamment précis pour garantir la sécurité juridique dont le droit pénal a le plus grand besoin ? En second lieu, le droit pénal ne peut prétendre appréhender les mœurs que si celles-ci intéressent réellement l'ordre public. On ne peut donc pas échapper à la question de savoir si les habitudes de vie de chacun regardent la collectivité.

Les réponses à ces deux questions subissent très directement les contre-coups des évolutions de la société : d'une part, plus une société devient pluriéthique, hésitante à se regrouper autour d'une morale prédéterminée, moins on peut espérer trouver le critère précis de distinction du bien et du mal dont le droit pénal a besoin pour protéger les bonnes mœurs. D'autre part, la consécration du droit à l'intimité de la vie privée est de nature à entraîner la reconnaissance au profit de chaque citoyen d'une autonomie de décision sur ses habitudes de vie : le droit de regard de la société sur les habitudes de vie de chacun, qui sous-tend la protection pénale des bonnes mœurs, entre en conflit avec le droit à la vie privée auquel des textes non seulement de droit interne mais également de droit international ou européen ont redonné vigueur.

Ainsi, le rapport du droit pénal aux bonnes mœurs subit un mouvement d'évolution accélérée. Cette évolution, entamée avec la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs est parachevée par le nouveau code pénal à travers à la fois des dépénalisations et l'établissement de nouvelles incriminations.

Les premières réformes, notamment la loi du 4 août 1982 (qui a supprimé l'incrimination d'attentat à la pudeur sur un mineur de plus de quinze ans par une personne du même sexe) marquent l'abandon du critère de normalité en matière de mœurs. Ce mouvement se confirme avec la disparition de l'outrage aux bonnes mœurs du nouveau code pénal. Tout se passe un peu comme si le droit pénal devenait indifférent aux bonnes mœurs. C'est une façon de reconnaître que notre société n'est plus très sûre de ce que représente exactement cette notion.

Mais alors la société se doit de tirer toutes les conséquences de ce constat : l'affaiblissement de la normativité en matière de mœurs conduit nécessairement au libre choix individuel des mœurs. Or celui-ci n'est pas forcément en mesure de s'imposer de lui-même : il correspond à des conceptions trop nouvelles pour ne pas risquer de se heurter à des mouvements d'intolérance. Pour lutter contre cette intolérance, l'appui du législateur pénal est nécessaire : la protection de la liberté des mœurs par le droit pénal (II) est l'accompagnement nécessaire de la nouvelle indifférence du droit pénal aux bonnes mœurs (I).

I - L'INDIFFÉRENCE DU DROIT PÉNAL AUX BONNES MŒURS

Les modes d'incrimination des infractions contre les mœurs font apparaître une large indifférence à la nature des pratiques sexuelles, ce qui signifie que le droit pénal n'impose pas de norme sexuelle. La manifestation la plus significative de l'inexistence de normes sexuelles pénalement sanctionnées se trouve dans l'absence d'incrimination spécifique des pratiques habituellement considérées comme déviantes par la société civile.

Même l'inceste, un des principaux tabous, ne voit pas le droit pénal se dresser contre lui³. En effet, l'inceste n'est pas punissable dès que les relations ont eu lieu entre majeurs ou encore entre un mineur de plus de quinze ans et un collatéral ou un allié en ligne directe à la charge duquel aucun abus d'autorité n'a pu être prouvé. L'inceste n'est jamais pris en considération en tant que tel par le législateur pénal, qui n'emploie jamais ce terme ; il est seulement sanctionné comme une forme particulière d'abus d'autorité. Le fait que l'auteur de l'atteinte sexuelle soit un ascendant de la victime mineure ou une personne ayant autorité sur elle est généralement une circonstance aggravante de l'infraction (viol, attentat commis avec violence ou attentat commis sur la personne d'un mineur de quinze ans) et, dans une hypothèse seulement (attentat commis sans violence sur la personne d'un mineur âgé de plus de quinze ans) un élément constitutif de l'infraction. Ainsi, de ce que de nombreux cas d'inceste ne sont pas punissables pendant que des abus d'autorité non incestueux le sont on peut conclure que la qualification d'inceste est ignorée du droit pénal.

Celle d'homosexualité l'est également. Le code pénal n'a jamais sanctionné l'homosexualité entre majeurs, ce qui aurait été considéré comme contraire à la convention européenne des droits de l'homme en son article 8 relatif au droit au respect de la vie privée⁴. Ce n'est que dans le cadre de la protection des mineurs que le droit pénal distinguait les actes accomplis entre personnes du même sexe de ceux accomplis entre personnes de sexes différents : l'ancien alinéa 2 de l'article 331 sanctionnait les attentats commis sans violence sur les mineurs de plus de quinze ans par une personne du même sexe. Dans ce cadre, la nature homosexuelle des rapports était un élément constitutif de l'infraction. Le Conseil constitutionnel n'y avait pas vu une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, dans la mesure où il s'agissait de la protection des mineurs⁵. Cependant la loi du 4 août 1982 a abrogé l'alinéa 2 de l'article 331 C.P.⁶. Depuis cette réforme, il ne reste plus trace d'incrimination fondée sur l'anormalité des rapports sexuels⁷.

3. Cf. Mayer (D.), "La pudeur du droit face à l'inceste", *D.* 1988 chr. 213.

4. *Arrêt Dudgeon*, 22 oct. 1981, série A, n° 45 ; cf. également Koering-Soulin (R.), "Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue de science crim.* 1986-721 s. spéc. p. 730.

5. C.C. 19 déc. 1980, *J.O.* 1980 p. 3005.

6. Sur cette réforme cf. l'opinion critique de Ph. Jestaz, *Rev. trim. droit civil* 1982.795 s.

7. Un temps, la discussion de réforme du code pénal avait fait apparaître la volonté du Sénat de rétablir la répression des rapports homosexuels entretenus avec un mineur de plus de

Ainsi, le mouvement législatif tend à une égalisation du traitement des pratiques sexuelles, que celles-ci soient traditionnellement considérées comme normales ou, au contraire, déviantes. L'examen de la loi du 23 décembre 1980 (relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs) confirme cette tendance : en effet, du point de vue qui nous intéresse ici, la réforme du 23 décembre 1980 est en quelque sorte le négatif de celle du 4 août 1982 : alors que cette dernière égalisait le traitement de l'homosexualité et de l'hétérosexualité par le moyen de la dépénalisation, la loi du 23 décembre 1980 conduit aussi à une égalisation mais dans le sens répressif cette fois⁸.

En effet, jusqu'à la réforme du 23 décembre 1980, seul le coït complet imposé par un homme à une femme était constitutif de viol, toutes les autres pratiques sexuelles relevant des "simples" attentats aux mœurs. En définissant le viol comme "*tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit*", la loi du 23 décembre 1980 a largement étendu la notion de viol, c'est-à-dire de la plus grave des infractions aux mœurs⁹. Désormais, des actes de sodomie ou de fellation sont donc sanctionnés comme viols au même titre que la conjonction sexuelle imposée à une femme par un homme¹⁰.

Cette accentuation de la répression est un signe supplémentaire de la volonté du législateur d'abandonner toute référence à un norme sexuelle. Or un tel abandon ne pouvait manquer d'avoir des répercussions sur l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs dont l'objet est précisément la protection de l'environnement moral.

Ce délit était sanctionné aux articles 284 et suivants du code pénal comme infraction contre la paix publique. La plupart des auteurs s'accordaient à penser que la notion de bonnes mœurs ne couvrait dans ce texte que l'ordre sexuel¹¹. Aurait constitué le délit "*tout ce qui tend à dégrader le sens moral en éveillant, hors de propos, l'instinct sexuel ou en l'orientant vers des fins anormales*"¹². Or, à partir du moment où le législateur pénal renonçait - comme on l'a vu - à se servir du critère de normalité en matière sexuelle, la notion de bonnes mœurs tendait à disparaître au moins de l'ordre répressif.

Les poursuites pour outrages aux bonnes mœurs étaient devenues de plus en plus rares¹³. Et cette évolution paraissait irréversible dans la mesure où elle résultait d'un véritable changement de conception du droit pénal relatif aux

(suite note 7) quinze ans ; mais il y a renoncé (cf. doc Sénat, 3ème session extraord. 1990-91, n° 485, p. 105 et 106).

8. Cf. Mayer (D.), "Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980", *D.* 1981 chr. 283.

9. Cf. Rassat (M.-L.), *Droit pénal spécial*, 6ème éd., 1988, n° 305, p. 450.

10. Cf. Crim 22 fév. 1984, *Revue de science crim.* 1984-743 obs Levasseur, 4 janv. 1985 ; *Revue de science crim.* 1985.814 obs Levasseur, 3 juil. 1991 ; *Droit pénal* 1991 n° 314 et 9 juil. 1991 n° 315.

11. Cf. Vitu (A.), *Traité de droit pénal spécial*, t. 2, n° 1886, p. 1530 et 1531.

12. Vitu (A.), *op. et loc. cit.*

13. Cf. Rassat (M.-L.), *op.cit.*, n° 321 p. 478.

pratiques sexuelles. De fait, lors des débats sur le nouveau code pénal, l'outrage aux bonnes mœurs fit une première sortie discrète. Mais au dernier moment, au cours d'une commission paritaire mixte un sénateur se préoccupa des minitels roses. Et, finalement un texte de remplacement de l'outrage aux bonnes mœurs fut voté ; il sanctionne le fait de fabriquer, de transporter ou de diffuser un message à caractère violent ou pornographique lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur¹⁴.

Par rapport à l'ancien outrage aux bonnes mœurs, cette nouvelle incrimination présente deux différences fondamentales : en premier lieu, elle tend à la protection des seuls mineurs ; en second lieu, elle s'intéresse à la violence en même temps qu'à la pornographie. L'importance de ces différences est telle que la nouvelle infraction apparaît complètement distincte de l'outrage aux bonnes mœurs : elle tend à la prise en compte de la dignité humaine à travers la protection des plus vulnérables.

Ainsi, le droit pénal ne recule pas ; il se transforme : il ne protège plus la qualité des mœurs, mais la liberté de tous - et surtout des plus faibles - dans le choix de leur vie et de leurs habitudes sexuelles.

II - LA PROTECTION PAR LE DROIT PÉNAL DE LA LIBERTÉ DES MŒURS

Le législateur a institué il y a quelques années une interdiction de toute discrimination fondée sur les mœurs d'une personne¹⁵ : c'est une loi du 25 juillet 1985 qui a ajouté cette nouvelle forme de discrimination aux discriminations raciste et sexiste qui étaient sanctionnées respectivement depuis 1972 et 1975¹⁶. Cette loi a pour objet principal de protéger les homosexuels contre tout refus de bien ou de service, toute entrave de leur activité économique. A ce titre, elle a été qualifiée "*d'événement remarquable, digne d'un droit libéral et respectueux de la morale privée*"¹⁷. Elle est révélatrice de la volonté du législateur de garantir à chacun le libre choix de ses pratiques sexuelles.

Mais on peut se demander si la notion de mœurs, motif illégitime de discrimination, doit s'étendre au-delà de l'aspect sexuel du comportement, par exemple au style vestimentaire ou capillaire. Il nous semble qu'une telle extension risque d'être si large qu'elle entraînerait la dilution de la discrimination fondée sur les mœurs¹⁸. Or une telle dilution aurait des conséquences néfastes sur l'objectif principal de la loi de 1985 qui est la protection de la liberté

14. Cf. Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, par MM. Michel Pezet et Charles Jolibois, *Doc. A.N.* 4ème session extraord. 1991-1992, n° 2879, pp. 15-16 et 51.

15. Art. 187-1, 187-2 et 416 C.P.

16. Cf. *JCl de droit pénal*, art 187-1 et 416 par P. Ortscheidt, spéc. n° 19 et 25.

17. Zénati, *Revue trim. de droit civil* 1985 p. 771.

18. En ce sens, Zénati, *op. et loc. cit.*

sexuelle. Toutefois pour que cette liberté soit effective pour tous, il ne suffit pas d'instituer un principe général de non discrimination. Il faut aussi prévoir une protection spécifique de ceux qui se trouvent dans une situation de fragilité.

Conscient des menaces que les risques d'abus d'autorité font peser sur la liberté sexuelle des salariés, le nouveau code pénal crée un délit de harcèlement sexuel. Ce délit est constitué par les ordres, menaces ou contraintes exercées par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. Cette incrimination est évidemment destinée à protéger tous les salariés quelque soit leur sexe. Mais en pratique, elle profitera surtout à ceux qui sont les plus vénérables dans l'entreprise, c'est-à-dire les femmes.

Dans un autre souci de protection, de nouvelles infractions ont été créées pour éviter à des être encore faibles, les mineurs, de mauvaises influences concernant leurs habitudes de vie.

On a déjà vu que le message à caractère pornographique est de nature à engager la responsabilité pénale de son auteur ou de son diffuseur, lorsque "*ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur*". Il faut ajouter que le nouveau code pénal traque les influences pernicieuses sur les mineurs au-delà du seul domaine sexuel : outre l'interdiction de messages à caractère violent, sont visés le fait de provoquer le mineur à la commission de crimes ou de délits, à l'usage abusif de stupéfiants, à la mendicité ou encore à la consommation excessive de boissons alcooliques. S'agissant de la protection des mineurs, le nouveau code pénal adopte une conception large de la notion de mœurs, ce qui le conduit à créer un nombre important d'infractions destinées à éviter la mise en péril des mineurs.

De façon générale et contrairement à ce qu'on aurait pu penser, le droit pénal ne se désinvestit pas du domaine des mœurs. Il se déplace simplement à l'intérieur de ce domaine. Dans la mesure où le droit pénal renonce à privilégier certaines mœurs par rapport à d'autres, des incriminations sont abandonnées. Mais, dans le même temps, apparaît une nouvelle valeur en matière de mœurs, celle de liberté, que de nouvelles incriminations ont pour objet de garantir. Le droit pénal n'abandonne pas véritablement les bonnes mœurs ; il en change la conception : les bonnes mœurs pour le droit pénal, ce ne sont plus celles qui correspondent à une norme prédéterminée par la société, ce sont celles qui sont librement choisies par chaque individu.