

# LES PERSONNES ET LA FAMILLE

## Bulletin du CERFAP

Actualité du CERFAP, de l'IDM et de l'IDS



conception : service communication de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV • février 2012

### LE SEXE 7<sup>E</sup> JOURNÉE DES MASTERS 2 RECHERCHE 2

Présentation 2

### LIBERTÉ 2

La révolution sexuelle selon Jacques Ellul : liberté ou illusion ?  
Master 2 Pensée et régimes politiques 2

Commerce du sexe et Union européenne.  
Master 2 Droit communautaire et européen 5

### DISTINCTION 9

La discrimination homme-femme dans les pays en voie de développement  
Master 2 Research in applied economics, parcours Économie du développement 9

Quota genre en politique sur le continent africain  
Master 2 Dynamiques africaines 12

Le sexe en droit social  
Master 2 Droit du travail et de la protection sociale 15

Sexe et droit public  
Master 2 Droit public fondamental 20

L'identité sexuelle  
Master 2 Droit de la famille interne, international et comparé, Université de Strasbourg 24

### COUPLE 27

L'union conclue à l'étranger entre personnes de même sexe : quel avenir en France ?  
Master 2 Droit international 27

Le sexe, l'argent et le contrat  
Master 2 Droit privé notarial, Université Pierre-Mendès-France, Grenoble 31

La constatation et la répression de l'adultère dans l'Ancien Droit français  
Master 2 Histoire du droit et des institutions 35

#### CERFAP Centre européen d'études et de recherches en droit de la famille et des personnes

Université Montesquieu-Bordeaux IV  
Avenue Léon-Duguit – 33608 Pessac cedex  
salle E 131  
cerfap.u-bordeaux4.fr  
cerfap@u-bordeaux4.fr  
téléphone / télécopie : 05 56 84 54 90

Directrice : Adeline Gouttenoire  
Directeur adjoint : Marie Lamarche

#### Les personnes et la famille Bulletin du CERFAP

ISSN 1622-1141

15<sup>e</sup> année  
juillet 2012, n° 14

Directrice de la publication : Adeline Gouttenoire  
Conception et réalisation : Marc Bodin



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU  
BORDEAUX IV

juillet 2012, n° 14 – 15<sup>e</sup> année



UNIVERSITÉ DE  
BORDEAUX

La *Septième Journée des masters Recherche* avait pour thème en 2012 *Le sexe*. Elle s'est déroulée les 29 et 30 mars 2012 au Pôle juridique et judiciaire de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, en collaboration avec les Universités de Strasbourg et Grenoble 2, avec le soutien de l'École doctorale de droit et de la faculté de droit et science politique de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.

Le professeur Yannick Lung, président de l'Université, a prononcé la traditionnelle allocution d'ouverture. Les professeurs Adeline Gouttenoire, directrice du CERFAP, et Daniel Bourmaud, vice-président chargé de la recherche, ont assuré l'introduction générale de cette manifestation, et Jean Hauser, directeur honoraire du CERFAP, le rapport de synthèse.

La *Journée des masters Recherche* a vu le jour en mai 2006. Opération annuelle qui s'apparente à des « doctorales » autour d'un thème transversal, elle réunit les étudiants de différents masters II « Recherche », de l'Université Montesquieu ou d'autres Universités, encadrés par des enseignants-chercheurs, qui préparent une intervention en fonction de leur champ disciplinaire d'études. Cette manifestation a pour ambition de prendre la forme d'un véritable colloque dont les acteurs sont à la fois des enseignants-chercheurs confirmés et des chercheurs débutants. Au fil des années, la participation d'un nombre de plus en plus important de masters à cette opération a conduit à en faire un outil pédagogique et scientifique transdisciplinaire.

- *Pluridisciplinarité*

Cette journée a réuni, cette année encore, des chercheurs appartenant à de nombreuses sections du Conseil national des universités (CNU) : Sciences économiques, Histoire du droit et des institutions, Droit privé et sciences criminelles, Droit public et Science politique, Sociologie. Le thème choisi chaque année permet en effet une étude transversale et pluridisciplinaire particulièrement enrichissante : le concept d'égalité hommes-femmes, 5 mai 2006 ; la nationalité, 27 avril 2007 ; la représentation, 28 mars 2008 ; l'identité, 20 mars 2009 ; la solidarité, 19 mars 2010 ; l'argent, 25 mars 2011.

- *Diversité des intervenants*

Les interventions seront assurées non seulement directement par des chercheurs confirmés (introduction, rapport de synthèse, présidence de séance, direction des travaux tout au long de l'année), mais aussi par des étudiants de master II « Recherche » encadrés par des enseignants-chercheurs titulaires. Cette année, 13 masters et plus de 15 enseignants-chercheurs se sont investis : des masters « Recherche » de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (Droit privé approfondi - mentions droit civil et droit des affaires -, Pensée et régimes politiques, Droit communautaire et européen, Droit pénal, Économie du développement, Dynamiques africaines, Droit du travail et de la protection sociale, Droit public fondamental, Droit international, Histoire du droit et des institutions), et des masters des Universités de Grenoble (Droit privé notarial) et Strasbourg (Droit de la famille interne, international et comparé). Lors de précédentes éditions, le master II Droit communautaire et européen de l'Université de Strasbourg a également participé, ainsi que le master II d'études démographiques de l'Université Montesquieu.

- *Valorisation de la recherche pour de jeunes chercheurs*

L'intérêt de la *Journée des masters Recherche* est de donner aux étudiants de masters la possibilité de participer aux travaux scientifiques de chercheurs titulaires plus confirmés ; cette association permet d'inciter les plus jeunes à la recherche universitaire et donc de susciter les vocations. Dans un cadre particulièrement convivial pour tous (visite de Bordeaux pour les étudiants strasbourgeois et grenoblois, buffet, etc.), cette manifestation permet une véritable recherche scientifique en conjuguant les talents des plus jeunes à ceux des plus âgés.

Le CERFAP a souhaité accentuer la valorisation de cette recherche en publiant une grande partie des interventions des étudiants de master, et remercie les enseignants-chercheurs qui ont bien voulu permettre cette publication.

## LIBERTÉ

Sous la présidence de Montserrat Pereña Vicente, professeur à l'Université du Roi Juan-Carlos, Madrid (Espagne)

### LA RÉVOLUTION SEXUELLE SELON JACQUES ELLUL : LIBERTÉ OU ILLUSION ?

« Préférer l'amour à la guerre est une chose, croire que l'orgasme mène tout droit à la Révolution, en est une autre. En bref, le Sexe distrait de la Révolution » : ces quelques lignes écrites par Patrick Troude-Chastenot sur la pensée révolutionnaire de Jacques Ellul, montrent une révolution sexuelle qui « travestit », selon l'expression de Jacques Ellul, l'image que l'on devrait avoir d'une Révolution. En cette année 2012, nous fêtons le centenaire de la naissance de Jacques Ellul, intellectuel bordelais, à

l'occasion duquel de nombreux colloques sont tenus à travers le monde. Ce protestant par révélation a considéré que, pour comprendre les sociétés occidentales contemporaines, la technique constitue l'enjeu du siècle. Et la technique dont il parle, il la définit par *la recherche en toute chose du moyen le plus efficace*. Mais cette année 2012 est aussi une année marquée par le fait que le sexe et la politique sont au centre de l'actualité. Que ce soit à travers différentes affaires de mœurs ou la question de l'hyper-sexualisation des enfants soulevée par le rapport de Chantal Jouano, les conséquences de la révolution sexuelle de la fin des années 1960 sur la société française n'ont jamais été autant débattues. Ici, il s'agit donc d'analyser un phénomène *a priori* bénéfique pour la société et les individus, qu'est la révolution sexuelle, au travers du prisme ellulien. En effet, Jacques Ellul - penseur de la *société technicienne*, société dans laquelle les moyens ont corrompu et déterminent les fins - voit en la révolution sexuelle de la fin des années 1960 une simple kermesse, car, sous prétexte de se battre contre une société uniformisée, certains pensent qu'un simple désordre pourra

déclencher une Révolution authentique. Et, en définitive, cette société de moyens, qui persiste toujours aujourd'hui, reprend ces actions isolées à son profit. C'est Wilhelm Reich, psychanalyste anarchiste autrichien, qui invente l'expression de « révolution sexuelle » en même temps qu'une sociologie des sexes dans les années 1930. Dans les années 1950, Herbert Marcuse développa une lecture marxienne de Freud en critiquant le « principe de réalité », concept selon lequel l'Homme prend conscience des exigences du monde réel et des conséquences de ses actes en repoussant sa satisfaction pulsionnelle. Ce concept serait fondé sur la répression et l'aliénation et donc, selon Marcuse, l'Homme doit trouver sa libération par l'Eros et le « principe de plaisir ». Ces thèses étaient alors très populaires dans les campus américains et répondaient à une demande des étudiantes et des étudiants sur le sujet des comportements sexuels de l'Homme. Cette Révolution sexuelle intervient à la fin des années 1960 et au début des années 1970, dans un contexte où les femmes souffraient d'une grande inégalité, d'un manque de reconnaissance et d'une forte dépendance vis-à-vis des hommes. L'égalité des sexes était inexistante et les sexualités non procréatrices étaient alors vues par la société comme des comportements déviants. Ces éléments étaient autant d'obstacles à la liberté des femmes comme celles des hommes selon les mouvements révolutionnaires de l'époque. Et ce sont ces luttes qui ont permis une émancipation sexuelle des femmes, l'affirmation de l'égalité des sexes et la reconnaissance des sexualités non procréatrices et non conjugales, avec, sans l'oublier, un rôle libérateur de la science face aux maladies ou en ce qui concerne le contrôle des corps. Selon Jacques Ellul, reprenant lui-même la définition d'Emmanuel Mounier dans *Autopsie de la Révolution*, la Révolution c'est « un ensemble de transformations assez profondes pour abolir réellement les maux réels d'une société arrivée dans une impasse, assez rapides pour ne pas laisser à ces maux finissants le temps d'emprisonner un pays par leur décomposition, assez mesurés pour laisser le temps de mûrir à ce qui ne mûrit qu'avec le temps. C'est le résultat qui compte, l'opération est profonde, radicale, elle ne se fera pas sans résistances violentes qui amèneront des contre-violences. » Ainsi, pour Ellul, une révolution authentique ne peut se faire sans violence et doit nécessairement être contre l'État, qui est devenu le garant d'une Liberté qui n'est plus authentique, alors que, pour Herbert Marcuse, la révolution sexuelle consisterait à « remplacer le 'principe de réalité' par le 'principe de plaisir' pour en venir à libération de l'Homme. » La contradiction entre les deux auteurs est alors flagrante. Et, par conséquent, il convient de se demander si la révolution sexuelle est créatrice de liberté ou simplement créatrice d'une illusion de liberté ? À travers la grille d'analyse de Jacques Ellul, il convient de voir le caractère équivoque d'une Révolution dite « sexuelle » ce qui a pour conséquence de nuancer ces vertus libératrices. En effet, selon Ellul, depuis 1789, les révolutions sont devenues l'accélération d'un mouvement historique. L'État devient une conséquence de la révolution, mais surtout le garant d'une liberté prisonnière de ses institutions abstraites et rationnelles. Or, si la révolution ne supprime pas l'État, sa défaite entraîne donc nécessairement une oppression plus grande. La révolution sexuelle est alors, dans cette optique, un élément d'oppression plus qu'un élément libérateur. Ainsi, s'il est indéniable que la révolution sexuelle de la fin des années 1960 a apporté aux sociétés occidentales de grandes avancées sur le plan scientifique,

moral et judiciaire (I), elle porte en elle ses propres dérives, et est la source d'une aliénation nouvelle (II).

### I. Une libération opérée par la Révolution sexuelle

Dans la plupart des pays occidentaux, les évolutions apportées par la Révolution sexuelle convergent. En effet, les corps se dévoilent, la pratique de la sexualité change, les relations homme/femmes sont abordées plus facilement et la contraception fait son apparition.

#### A. Révolution scientifique et morale

Les progrès en chimie et en pharmacologie ainsi que la connaissance de la biologie et de la physiologie humaine mènent à la découverte et au perfectionnement des contraceptifs, stérilet ou pilule contraceptive. La pilule contraceptive est mise sur le marché américain le 9 mai 1960 et devient accessible en France à partir de 1967. Elle est initialement réservée aux femmes mariées, puis étendue aux femmes célibataires. En ce qui concerne l'IVG, les méthodes employées étaient déjà connues, mais sa médicalisation et sa légalisation l'ont rendue plus sûre, diminuant ainsi le risque de septicémie après l'intervention. L'innovation scientifique en la matière est l'IVG médicamenteuse, après la révolution sexuelle proprement dite. L'apparition des méthodes de contraception constitue un progrès scientifique majeur, car elle permet aux couples de contrôler leur reproduction et donne également le choix aux femmes d'avoir un enfant ou pas, c'est-à-dire de dissocier rapports sexuels et procréation. Autrefois soumises au bon vouloir de leur partenaire, les femmes prennent la maîtrise de la fonction reproductrice de leur corps et s'affranchissent. Ainsi, à la fin des années 70, les pratiques sexuelles deviennent plus libres et plus diversifiées. L'évolution se caractérise par une nouvelle forme d'entrée dans la vie sexuelle : l'âge du premier rapport baisse et le modèle de la jeune fille vierge au mariage et qui ne connaîtra qu'un seul partenaire a quasiment disparu. En dépit du fait que de nouvelles pratiques sexuelles apparaissent, l'évolution des mœurs réside principalement dans l'avènement d'une parole plus ouverte que celle des générations précédentes. En effet, la représentation de la nudité envahit la publicité et les magazines érotiques ou pornographiques se vendent en kiosques. Au cinéma, les scènes d'amour sont de plus en plus explicites et dans les années 70 apparaît un cinéma érotique. La tolérance est plus grande à l'égard du sexe pré-nuptial, des fantasmes érotiques, de la pornographie, ainsi que de l'homosexualité. Le combat pour la reconnaissance de la cause homosexuelle débute dans les années 70 aux USA avec le mouvement *Gay and Lesbian*. Apparaît dans les années suivantes la « mode gay » revendiquée par une communauté homosexuelle de Californie, se différenciant volontairement par un style de vie particulier avec ses clubs, ses styles musicaux et vestimentaires. En Europe, le Front Homosexuel d'Action Révolutionnaire est créé en 1971 et milite pour la revendication des droits homosexuels. Pourtant, ce n'est que dans les années 80 que les lois anti-homosexuelles sont abrogées. En France, le fichage des homosexuels par les renseignements généraux et les brigades homosexuelles à la préfecture de police sont supprimés. De même, la classification de l'Organisation mondiale de la santé qui reconnaissait l'homosexualité comme une maladie mentale est supprimée. Ainsi, dans les années 90 et à la suite des évolutions en la matière, la permissivité à

l'égard des homosexuels est plus grande et de nouvelles lois en leur faveur sont votées, telles que le PACS. Parallèlement à cette permissivité grandissante se développe une criminalisation de certaines pratiques, à savoir, les violences sexuelles. Le viol, longtemps toléré, car non reconnu, n'a fait l'objet de condamnations que dans les années 70. Après un long combat, les femmes osent porter plainte et le viol devient un crime condamné par la justice. De la même manière, la pédophilie n'a connu une criminalisation que dans les années 80. Auparavant, rien n'empêchait un auteur qui prônait ouvertement la pédophilie de recevoir un prix littéraire. Les révolutions scientifiques et morales abordées précédemment permettent de mettre en lumière les apports de cette révolution. Mais il serait limitatif de traiter de la révolution sans évoquer un des phénomènes majeurs de l'époque l'émancipation de femmes.

### **B. Émancipation et évolution du statut des femmes**

C'en est fini du puritanisme. S'il y a quelque chose à retenir de cette révolution, ce serait bien cette maxime, car la révolution sexuelle telle que l'ont vécu nos parents et grands-parents a complètement changé notre manière d'appréhender nos relations. L'évolution du statut de la femme est un des exemples les plus probants que nous développerons ici. À travers son évolution, nous montrerons quels ont été les changements concrets qui se sont opérés depuis les années 60; notamment dans les relations hommes/femmes, mais également à travers l'émancipation féminine qui a connu de grands bouleversements. Le temps d'une vie sexuelle étriquée dans les carcans du mariage est désormais révolu. Les années 60-70 ont fait voler en éclat l'image du couple traditionnel fermé. Aujourd'hui, la fidélité sexuelle et l'amour-devoir conjugal sont des notions qui apparaissent dépassées. En témoignent les enquêtes faites sur le divorce : en France, un mariage sur trois se termine ainsi. Depuis 1960, le taux de divorce ne cesse lentement d'augmenter. Il y a bien évidemment une explication juridique, telle que la simplification de la législation en la matière, mais la législation n'évolue-t-elle pas en fonction des mœurs ? Le divorce est aujourd'hui vécu comme une sorte de rituel, tout comme une naissance ou *a contrario* un mariage. En même temps que le nombre de divorces augmente, certains vont jusqu'à le fêter ; en témoigne l'apparition de l'expression *divorce party* ; il y a indéniablement une évolution dans la manière de l'appréhender. Le mariage défini comme un contrat unissant deux personnes jusqu'à ce que la mort les sépare, laisse place à une union moins contraignante et plus libre. Le couple qui cohabite, sans nécessairement officialiser ou formaliser cette union, est aujourd'hui monnaie courante et ne choque plus. Cette augmentation du divorce reflète également un autre phénomène qui est intrinsèquement lié à celui-ci. Il s'agit de l'émancipation des femmes. Les années suivant la révolution sexuelle se sont également accompagnées de profondes mutations socio-économiques, modifiant le paysage dans lequel les couples se formaient. Ainsi l'élévation du niveau d'éducation des filles et leur accession au travail, leur ont donné une émancipation inespérée vis-à-vis de leur mari (et des hommes en général). Leur autonomie financière a joué un rôle prépondérant dans leur émancipation, y compris sexuelle. Cette émancipation a profondément changé les rapports homme-femme. Il est nécessaire de tenir compte

des progrès de la science et du rôle joué dans le renouveau du statut de la femme; la femme est aujourd'hui libre et a une complète maîtrise de son corps. Cela se traduit par de nouvelles aspirations beaucoup plus individualistes. L'image de la femme telle une *desperate housewife* est aujourd'hui balayée. La femme est libérée de ses contraintes, elle accède au monde professionnel. En effet, elle est aujourd'hui une *superwoman* alliant l'image de femme au foyer et de femme active. Cette image est aujourd'hui poussée à son paroxysme. En dépit des aspects bénéfiques qu'a pu apporter cette révolution, s'est développé aux États-Unis un courant néoconservateur luttant contre les abus du libéralisme sexuel. D'anciennes militantes féministes prônent même la chasteté totale et plusieurs ouvrages s'interrogent sur les dérives d'une sexualité livrée au commerce et à la permissivité totale.

### **II. Nouvelle aliénation : La liberté dissoute dans la société technicienne**

Il est incontestable que, depuis les années 60, une réelle révolution en matière de sexe a eu lieu. C'est un changement palpable, aussi bien d'un point de vue matériel que spirituel qui bouleverse notre rapport au sexe et à la sexualité de manière globale. Pourtant, en faisant le bilan de ces bouleversements, il semblerait que nous soyons face à une liberté bien limitée : anesthésiée, puis normalisée par la propagande publicitaire, la révolution sexuelle est devenue banalité, mais, récupérée au profit de la société technicienne, cette banalité nous offre l'illusion d'une liberté sans limites, un monde où tout est permis et réalisable. Nous allons nous pencher sur le processus de la normalisation de la révolution sexuelle : nous verrons que le mouvement révolutionnaire est dissous dans la propagande publicitaire. Puis, nous verrons que la révolution sexuelle est pervertie : récupérée par la société technicienne *via* la propagande, elle est désormais motrice de nouveaux standards aliénants.

#### **A. La Révolution sexuelle banalisée : la dilution du mouvement révolutionnaire dans la propagande publicitaire**

Selon Jacques Ellul, la propagande est plus un effet qu'un art, d'une société technicienne qui va chercher à englober la totalité de l'individu. Elle va agir dans la masse des individus qui se sentent libres, mais extrêmement seuls, pour unifier et uniformiser cette masse. L'un des vecteurs de la propagande, c'est la publicité et les mass médias qui la transmettent. La propagande ne crée rien, elle va simplement s'arrêter sur des pré-supposés sociologiques, des mythes sociaux, au sens de Georges Sorel, que la publicité va ensuite diffuser. En manipulant les supports publicitaires et la symbolique de la libération sexuelle issue de la Révolution de la fin des années 60, la propagande va peu à peu rendre le concept de la révolution banal. C'est en travestissant notre quotidien d'imagerie sexuelle qu'elle va nous faire croire à l'avènement d'une liberté nouvelle. Désormais, la sexualité et la sexualisation nous entourent où qu'on aille. Impossible de se débarrasser du caractère sexuel de tout ce qui entoure les activités humaines. Nous évoluons dans un contexte où le sexe, loin d'être un tabou refoulé au rang des activités d'ordre privé et intime, est le moteur de la vie sociale dans son ensemble. La sexualité est le thème dominant de tout ce qui touche au monde publicitaire et de la communication. À travers les médias de masse, principaux vecteurs du monde publicitaire, nous

sommes submergés par la sexualité dans toutes ses variantes. C'est le développement foudroyant de supports qui véhiculent le sexe et la sexualité qui atteste du phénomène. Non seulement ces supports sont très nombreux, mais le nombre de leurs adeptes est d'autant plus significatif. Même les plateformes qui ne sont pas spécialisées font du sexe un des thèmes majeurs de leur contenu. Peu à peu, tout devient sexy, on arrive même à sexualiser des enfants, des filles de 10 ans, parfois moins, qu'on déguise selon les hauts standards de la mode. Loin de tous les tabous, le monde de la publicité nous en fait voir de toutes les couleurs et dans toutes les formes. Revel Renaud, dans un article de *L'Express* d'août 1994, illustre bien le caractère sexuel de la publicité ordinaire : « Désormais, la fille de la pub est le plus souvent une inconnue dégageant calme, volupté et érotisme. À moitié nue, elle dévore son Danone sous une pluie tropicale qui détrempe son tee-shirt. Le buste profilé, tonique ». De cette manière, le sexe est en train de s'installer de façon tout à fait naturelle dans notre quotidien le plus banal. La mise en scène est tellement bien réussie que l'on a l'impression de retrouver tous les bienfaits de la libéralisation sexuelle, fruit de la révolution. Cette atmosphère est tellement distrayante que nous nous laissons emporter par nos désirs les plus primaires stimulés à merveille par la propagande. Le monde publicitaire véhicule des symboles de la libération sexuelle d'une manière si réaliste que nous pensons vraiment vivre cette liberté. Or, une fois intériorisée par la propagande, la révolution sexuelle n'a plus sa vocation originelle, elle ne libère plus, elle donne l'illusion d'une liberté illimitée, mais en réalité elle est source de nouveaux standards aliénants, véhiculés par la société technicienne.

**B. La révolution sexuelle pervertie : récupérée par la société technicienne, elle produit l'illusion de la liberté en détournant des problèmes véritables, mais en réalité créatrice de nouveaux standards aliénants**

La banalisation n'est qu'une des étapes par lesquelles procède la société technicienne, cette société dans laquelle la technique, et donc la recherche du moyen le plus efficace est la clef de voûte, l'idéal à atteindre, cette société dans laquelle les moyens tendent à se confondre avec les fins et dans laquelle tout ce qui peut être technicisé doit l'être. La normalisation de la révolution va d'abord vider l'objet de son contenu. Elle est désormais un objet de consommation comme un autre. Selon la même logique, la société technicienne tend à faire de l'Homme un objet, prisonnier de ses désirs, qui va vouloir les assouvir grâce au recours à la technique. Selon Ellul, la technicisation va toucher tous les domaines de la vie. Le phénomène technique va « transformer les hommes en machines obéissantes, jouets de la pub et de la propagande qui renoncent à ce qui les rend différents de leurs voisins pour s'assimiler à eux et devenir un jouet interchangeable qui accomplit les mêmes tâches, lit les mêmes mots, pense les mêmes pensées. » Pour ce faire, la société technicienne, via la propagande, va rendre spectaculaire une pseudo-liberté sexuelle, mais derrière cette façade illusoire, se cache une dépendance de plus en plus aiguë à l'égard de la performance et des standards de l'efficacité toujours plus poussés. Dans les relations amoureuses, comme dans les relations sexuelles, la performance est au premier rang des préoccupations. Tout est bon pour paraître plus performant et le plus efficace dans sa relation. Mais, derrière la

recherche de la productivité sexuelle et amoureuse, dans l'accumulation des conquêtes, on tend à écarter l'affection, l'essence même des relations amoureuses. On tend peu à peu vers une relation d'objet à objet, recherchant chacun de son côté son plaisir égoïste. Face à ces impératifs de l'efficacité, le nombre de célibataires augmente en même temps que le nombre de sites de rencontres. Et ces sites deviennent de plus en plus spécialisés, technicisés. Il n'y a plus de place pour le spontané : rien que de l'efficacité et toujours plus de performance. Paradoxalement, les déceptions amoureuses se font de plus en plus nombreuses. Dans cette recherche de l'efficace et du performant, la société technicienne nous fournit des outils qui nous permettent de ressentir l'illusion de la liberté grâce à la performance. Voici l'exemple d'une voiture qui rend performant : un spot publicitaire pour un véhicule met en scène un couple enlacé, l'épouse qui félicite son conjoint pour ses performances amoureuses : « Ta réunion s'est bien passée ? Et ta partie de golf ? - Non, j'ai essayé une nouvelle voiture. - Tu sais quoi ? Tu devrais l'acheter... ». Voici donc la voiture aphrodisiaque. Désormais, pour pouvoir profiter pleinement de la liberté sexuelle, il faut avoir une grosse berline qui véhicule l'image de la puissance et de la performance. Et qu'en est-il de la liberté des femmes à disposer de leur corps ? Les nouveaux standards sont très clairs : c'est la jeunesse éternelle qui est prônée par la publicité. Dans ce monde, il est interdit de vieillir ou d'être imparfait, car la liberté sexuelle ne peut s'apprécier pleinement qu'entre des êtres-objets, dépourvus de défauts que la nature leur lègue. La liberté sexuelle oui, mais à condition de correspondre aux canons véhiculés par les spots publicitaires. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant de voir le nombre de cas de maladies psychologiques, mais aussi physiques, augmenter de façon grandissante. La quête de la performance est en train de rendre les Hommes dépendants de l'image de la perfection. Dans cette quête, la société technicienne déshumanise l'être humain pour le rendre conforme à l'idéal technique proposé. Pour tenter d'approcher cet idéal, au fond impossible à atteindre, elle nous propose des moyens toujours plus sophistiqués. Pensant accéder à la liberté grâce à ces moyens, les Hommes plongent dans une illusion sans se rendre compte que ces moyens sont d'ores et déjà devenus des fins en soi. Ivres de jouissance superficielle que leur procure l'illusion de la liberté, ils sont en train de s'aliéner à de nouveaux standards aussi pervers que ceux dont ils pensent s'être débarrassés.

**Master 2 Pensée et régimes politiques** 

**COMMERCE DU SEXE  
ET UNION EUROPÉENNE**

Le commerce comme le sexe ont en commun d'être un échange en vue d'obtenir une satisfaction commune. Mais le commerce du sexe a l'originalité d'être la rencontre d'une satisfaction et d'un intérêt pécuniaire. Le commerce en tant que tel est le prolongement naturel d'une activité de production de biens et services quels qu'ils soient. Ceux-ci peuvent ainsi trouver un débouché dans la commercialisation en direction des marchés et clients potentiellement intéressés. Il s'agit d'une relation entre plusieurs interlocuteurs pour échanger des biens et services. D'un point de vue économique, ce sont la vente et l'achat qui constituent principalement le commerce. À

l'inverse, le droit consacre des relations commerciales qui ne sont pas nécessairement onéreuses. Le sexe quant à lui est en soi un échange, parfois même un échange avec soi-même. Malgré l'absence de visibilité parce que ce n'était pas réglementé, le commerce du sexe existe depuis toujours. Ce sont souvent des situations de fait non réglementées qui incitent la sphère juridique à s'étendre à elles. Ainsi, c'est avec la libéralisation sexuelle des années 60 que le commerce du sexe a jailli publiquement. Le caractère tabou du sexe est tombé, et sa commercialisation n'avait plus à être occultée. Le commerce du sexe est entré dans le champ du droit : la libération des mœurs l'a en quelque sorte, légalisé. D'ailleurs, initialement, le terme sexe ne désignait que l'état sexué, puis il a inclus le comportement sexuel, et enfin le plaisir sexuel avec tout ce qui est directement lié à ce plaisir comme a pu l'expliquer Michel Foucault dans son œuvre *Histoire de la Sexualité*. Dans son sens moderne, le « sexe » recouvre l'« ensemble des diverses modalités de la satisfaction sexuelle ». Cette définition comprend autant les *sex-toys*, que la communication ou les films à caractère sexuel, mais également la prostitution. C'est pourquoi nous avons distingué le sexe « plaisir », le sexe « procréation » et le sexe « organe ». De ces trois catégories, seule la première retiendra notre attention. En effet d'une part, le sexe « procréation » recouvre les questions de maternité pour autrui ou encore de don de sperme et d'ovocytes, d'autre part le sexe « organe » renvoie au changement de sexe ou à d'autres chirurgies génitales. S'il est probable que ces aspects du sexe puissent faire l'objet d'un commerce, en l'état actuel du droit européen, cela est trop ténu pour qu'il y ait intérêt à en parler. Seule la consommation du sexe comme « plaisir » est traitée en tant que telle par le droit européen, mais il ne faut pas perdre de vue que, dans le commerce du sexe, le plaisir de l'un répond à l'intérêt économique de l'autre. Ainsi, l'officialisation et l'extension du sexe comme commerce n'ont pas échappé au droit de l'Union européenne. Celui-ci, avec son amoralité de tout appréhender par l'économie, a ainsi largement participé de l'entrée du sexe comme commerce dans le monde du droit. Dans la sphère juridique du Conseil de l'Europe, la considération du sexe est tout à fait différente puisque la Cour EDH l'aborde sur le fondement du respect de la vie privée et de la non-discrimination, c'est-à-dire des droits de l'homme. D'un point de vue économique, le droit de l'Union européenne ne pouvait pas avoir meilleure idée pour générer des échanges économiques. Le plaisir attire les clients, il n'y a aucun doute. Il n'en demeure pas moins que ce commerce peut paraître critiquable du point de vue du marché intérieur qui n'hésite pas à engouffrer tout ce qui lui passe sous la main pour en faire un outil de libéralisation. Favoriser la marchandisation du sexe alors qu'il touche au corps humain et à la sensibilité humaine est un nouveau pas dans la libéralisation de l'espace économique européen. En même temps, l'Union européenne doit composer avec vingt-sept États dont les cultures sont tout de même sensiblement différentes. En outre, dans tous les États n'est pas pratiquée la même religion. Or chaque religion a sa propre conception de la sexualité et du sexe. Les traditions juridiques sont également l'œuvre d'une culture et de traditions particulières. De ce fait, les définitions d'ordre public ou de droits fondamentaux ne se ressemblent pas toujours, surtout face à un commerce mêlant d'une part intérêt économique et d'autre part plaisir. Les esprits sont donc plus ou moins libérés sur la question pour permettre d'envisager le commerce du sexe. Au

regard de ces nombreux enjeux, la question est de savoir si le commerce du sexe fait l'objet d'un traitement spécifique par le droit de l'Union. Le droit de l'Union en matière de marchandisation n'a jamais caché son objectif de libéralisation. C'est ainsi que le commerce intracommunautaire a été facilité notamment grâce à l'abolition des frontières intérieures à l'Union européenne. Comme pour n'importe quelle autre politique, le principal effet du droit de l'Union européenne sur le commerce du sexe, c'est la libéralisation dans le cadre du marché intérieur lui appliquant ainsi toutes les grandes libertés. Toutefois, cette analyse ne permet pas de porter le commerce du sexe au stade de l'harmonisation. La pluralité des législations, et les divisions concernant le sexe entre les États, mais également au sein des États, peuvent apparaître comme un frein à l'harmonisation du commerce du sexe. Pour autant, il est apparu que la volonté de l'Union de l'intégrer au marché unique n'a pas été entravée par ces disparités, mais plutôt encouragée. Effectivement, les États se sont unis *a minima* sur ce qui ne peut pas être entendu comme du commerce susceptible d'être en libre circulation. « *Le ramollissement du sexe durcit le cœur* », disait Maurice Chapelain, dans les *Amoralités familiales*. Finalement, pour le commerce du sexe dans l'Union européenne, c'est aussi un consensus amolli qui a permis sa consécration dans le droit de l'organisation européenne. Sa spécificité en fait ainsi un objet étrange, mais non étranger au droit communautaire. La spécificité du commerce du sexe ressort ainsi, à la fois de sa relation avec l'Union européenne (I) et du rapport de soumission qui en découle (II).

## I. Quelle relation ?

Le commerce du sexe et le droit de l'Union entretiennent des relations particulières. Les États membres pensent avoir une relation exclusive, voire même conjugale, avec le commerce du sexe. En d'autres termes, ceux-ci considèrent que la réglementation du sexe, en tant qu'objet du commerce, leur est réservée. Pourtant, on s'aperçoit que le commerce du sexe fait une irruption extraconjugale dans le champ d'application du marché intérieur. Ainsi, on peut parler d'une relation libérée entre le droit de l'UE et le commerce du sexe (A). Néanmoins, cette entrée du commerce du sexe dans le marché intérieur ne va pas s'accompagner d'une harmonisation explicite de celui-ci ; l'extraconjugalité de cette relation suppose qu'elle reste, pour l'instant, cachée (B).

### A. Une relation libérée

Cette relation libérée nous amène très logiquement à examiner les grandes libertés du commerce du sexe. Les *sex-toys* ou autres produits à caractère sexuel sont considérés comme des marchandises au sens du droit de l'UE. Cela ressort de l'arrêt « *Conegade* »<sup>1</sup> de 1986 que l'on désigne communément comme « l'affaire des poupées gonflables ». Dans cette affaire, il s'agissait des restrictions quantitatives à l'importation de marchandises à caractère sexuel. En l'occurrence, des poupées gonflables portant la dénomination « *Love love dolls* » et « *Rubber Ladies* » ou

<sup>1</sup> CJCE, 11 mars 1986, *Conegade Limited c/ HMS Customs & Excise*, aff. C-121/85.

« Femmes caoutchouc »<sup>2</sup>. La CJCE a estimé que la nature choquante de certaines marchandises ne justifiait pas la restriction imposée par les autorités britanniques. En conséquence, on peut considérer que les marchandises à caractère sexuel rentrent dans le champ d'application de la libre circulation des marchandises. Deux arrêts rendus par la CJCE rendent compte de la relation entre liberté d'établissement et activité de prostitution. Premièrement, dans l'arrêt « *Adoui et Cornuaille* »<sup>3</sup> rendu par la CJCE en 1982, deux femmes voulaient s'établir dans un autre pays de la Communauté, pour être serveuses dans un bar considéré par l'État d'accueil comme « suspect du point de vue des mœurs ». Ces personnes se heurtent au refus de l'État d'accueil et elles se voient interdire l'accès au territoire. La CJCE estimera que les mesures prises par l'État belge sont constitutives d'une entrave à la liberté d'établissement. Deuxièmement, dans l'arrêt « *JANY* »<sup>4</sup> rendu par la CJCE en 2001, les personnes voulaient s'établir dans l'État d'accueil pour exercer ouvertement l'activité de prostitution. Elles se heurtent au refus de l'État néerlandais, mais la CJCE conclura, de nouveau, à la violation de la liberté d'établissement garantie par le traité. Il apparaît clairement que la CJCE estime que l'activité de prostitution est une activité économique entrant dans le champ d'application de la liberté d'établissement. La différence entre la libre prestation de services et la liberté d'établissement réside dans le fait que la prestation de service doit être temporaire<sup>5</sup>. De même, une prestation de services suppose l'exercice d'une activité économique et effective. Dans l'arrêt « *JANY* » précité, la CJCE a estimé que l'activité de prostitution est une « activité économique ». L'activité de prostitution relève donc du champ d'application des dispositions du traité consacrant la libre prestation de services. Malgré cette incursion du commerce du sexe dans le champ d'application du marché intérieur, une harmonisation explicite du sexe, objet du commerce, n'a pas eu lieu. On examinera donc la relation cachée entre le commerce du sexe et le droit de l'UE.

## B. Une relation cachée

Le caractère « caché » de cette relation traduit l'existence d'une harmonisation implicite du commerce du sexe. En effet, ce dernier entrera dans le champ d'application de plusieurs directives adoptées par l'UE. La directive portant sur la compatibilité électromagnétique des appareils électriques et électroniques de 2004<sup>6</sup> concerne la normalisation des produits, et son but est de limiter les perturbations électromagnétiques. Le principe posé par cette directive est la libre circulation des équipements ou appareils, avec une garantie consistant dans le « marquage CE ». Ce marquage indique la compatibilité électromagnétique de l'appareil. Certains *sex-toys*, susceptibles de produire des perturbations

électromagnétiques, entrent dans le champ d'application de cette Directive. Concernant la possibilité pour un requérant de se prévaloir du régime de responsabilité mis en place par la directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux de 1985<sup>7</sup>, il faut qu'il prouve la cause du défaut du produit et le lien de causalité entre le défaut et le dommage. Le juge britannique s'est trouvé confronté à ce problème dans une affaire « *Richards* »<sup>8</sup> de 2001, sous le régime du « *Consumer Protection Act* » de 1987. En l'espèce, il s'agissait d'un préservatif qui s'est avéré défaillant en cours d'usage. Madame Richards, qui est tombée enceinte, a assigné le producteur du préservatif en justice. Elle n'a pas réussi à démontrer la cause du défaut du préservatif, et elle a donc été déboutée. Dans le même ordre d'idées, il faut préciser que les « préservatifs » entrent dans le champ d'application de la Directive relative aux dispositifs médicaux de 1993<sup>9</sup>. À ce titre, certaines conditions doivent être satisfaites par les préservatifs pour qu'ils puissent être commercialisés dans l'Union. En conséquence, on peut conclure que les préservatifs entrent dans le champ d'application de la directive en matière de responsabilité du fait des produits défectueux de 1985 et de la directive relative aux dispositifs médicaux de 93. La directive relative aux services dans le marché intérieur de 2006<sup>10</sup> s'applique aussi à toutes les activités qui ne sont pas expressément exclues de son champ d'application. À la lecture de ce texte, on constate que les jeux d'argent sont exclus, mais on ne retrouve aucune indication sur l'activité de prostitution. Les autorités nationales peuvent poser des conditions supplémentaires avant d'autoriser une prestation de service sur le territoire étatique. Toutefois, ces conditions doivent respecter le principe de proportionnalité et elles doivent être non discriminatoires. En conséquence, on peut estimer que l'activité de prostitution entre dans le champ d'application de la Directive relative aux services dans le marché intérieur de 2006. Nonobstant l'existence de ces relations libérées, mais néanmoins cachées, l'irruption du commerce du sexe dans le marché intérieur se fait de manière incidente et insidieuse. En effet, les disparités nationales restent assez importantes pour éviter que cette relation extraconjugale tourne au démariage. La question est donc de savoir qui soumettra le commerce du sexe.

## II. Quelle soumission ?

La question de la soumission est d'une importance substantielle en la matière, puisque celle-ci permet de déterminer si l'UE peut agir ou non. Certes, la logique du marché intérieur domine sur le commerce du sexe, toutefois, ce genre de commerce est jugé tellement spécifique, que le marché n'a pas la possibilité de l'imprégner en totalité. En effet, pour la soumission entière du commerce du sexe au droit de l'Union, il faut qu'il y ait un désir réciproque entre l'Union et les États membres. Pour l'heure, ce commerce reste sous le chaperonnage

<sup>2</sup> Conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn présentées le 21 janv. 1986.

<sup>3</sup> CJCE, 18 mai 1982, *Rezguia Adoui c/ État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c/ Belgique*, aff. C-115/81.

<sup>4</sup> CJCE, 20 nov. 2001, *Aldona Malgorzata Jany et autres c/ Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-268/99.

<sup>5</sup> C. Barnard, *The substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 358.

<sup>6</sup> Directive 2004/108/CE du Parlement européen et du Conseil, 15 déc. 2004, relative au rapprochement des législations des États membres concernant la compatibilité électromagnétique.

<sup>7</sup> Directive 85/374/CEE du Conseil, 25 juil. 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

<sup>8</sup> *Richardson v. LRC Products Ltd.*, (2001) 59 B.M.L.R.

<sup>9</sup> Directive 93/42/CEE du Conseil, 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux.

<sup>10</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, 12 déc. 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

des États, donc on constate une soumission nationale (A). Mais en même temps, il apparaît que les États cèdent de plus en plus devant l'insistance de l'UE, ce qui aboutit à une soumission « unionale » du commerce du sexe (B).

### A. Une soumission nationale

L'Union n'hésite pas à considérer le commerce du sexe comme un banal commerce. Néanmoins si les règles traditionnelles s'appliquent, l'Union européenne n'a pas pour autant décidé d'établir une réglementation spécifique pour ce type de commerce. Cela s'explique par l'existence de disparités entre les législations étatiques. Un consensus paraît actuellement impossible. D'autant que les États tentent de résister à la libéralisation du commerce du sexe par l'Union grâce à l'article 36 TFUE qui prévoit la possibilité de justification par des « *raisons de moralité publique, d'ordre public, etc.* ». Mais la disparité de législations va forcément entraîner une disparité de l'ordre public que chaque État entend protéger. La CJCE avait elle-même admis cette différence dans un arrêt « Van Duyn »<sup>11</sup>. Elle précise que l'ordre public peut « *varier d'un État à un autre et d'une époque à l'autre, en sorte qu'il convient de reconnaître en la matière, aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation* ». Les États font valoir la spécificité du commerce du sexe, pour opposer leur ordre public et par conséquent tenter de le limiter. Or, la Cour ne l'entend pas ainsi. En effet, elle a décidé que les États ne peuvent s'opposer à la libre circulation que dans la mesure où les activités propres au commerce du sexe ne sont pas prohibées dans le pays. Par exemple, un État ne peut interdire l'accès à son territoire à des prostituées ou à des serveuses officiant dans un bar « *suspect au point de vue des mœurs* », si l'activité en cause n'est pas interdite<sup>12</sup>. Le raisonnement est le même, quelle que soit la liberté en cause. L'arrêt « *Conagate* »<sup>13</sup> précise que les États ne peuvent invoquer des motifs de moralité publique pour interdire la libre circulation des fameuses « *poupées gonflables* », si leurs production et commercialisation nationales ne sont pas interdites. Dès lors, la seule limite au commerce du sexe au sein du marché intérieur, le seul ordre public admis est la qualification pénale d'une activité. Par conséquent, il faudra opérer une distinction entre les États selon leurs politiques pénales. L'exemple le plus flagrant reste celui de la prostitution. Un État sera considéré comme réglementariste s'il cherche à contrôler la prostitution (Pays-Bas ; Allemagne). Il sera qualifié de prohibitionniste s'il interdit purement et simplement l'activité (Lituanie ; Roumanie). Enfin, il sera dit abolitionniste s'il condamne certains éléments comme le proxénétisme et prévoit des mesures protégeant l'ordre public (France). Malgré ces disparités entre les États, on retrouve certains traits communs dans les législations. Tous protègent les personnes vulnérables ou victimes. Dans chaque législation des États, il s'agit de lutter contre la traite, le proxénétisme et d'assurer la protection particulière des mineurs. Pour reprendre l'exemple de la prostitution, celle-ci peut être volontaire ou forcée. La prostitution volontaire relève de législations diverses. En revanche, concernant la prostitution forcée, les États disposent d'instruments contre

la traite humaine et le proxénétisme. S'agissant de la protection des mineurs, les législations des États membres vont au-delà du problème de la prostitution. Ce sont des personnes vulnérables par excellence, ce qui justifie de nombreuses mesures de prévention et de protection. Pour un exemple récent, un sex-shop a été condamné par le tribunal correctionnel de Paris à fermer, car il était situé trop près d'une école. Par conséquent, force est de constater qu'on est en présence d'un socle commun, servant de préliminaires à une action de l'Union européenne pour soumettre le commerce du sexe à son droit.

### B. Une soumission « unionale »

L'Union européenne est une union politique qui doit se soucier davantage des droits fondamentaux. Cette préoccupation est d'autant plus nécessaire, que l'ouverture des frontières facilite et augmente la commission des infractions transfrontalières, comme la traite des êtres humains ou encore le proxénétisme. Il faut constater que certains pays de l'UE comme la Roumanie et la Bulgarie sont des pays d'origine de la traite, d'autres comme la Pologne ou la République Tchèque sont des pays de transit, et les pays comme la France ou l'Allemagne sont des pays de destination. Ceci fait que l'Union devait nécessairement s'emparer du problème. L'Union a commencé par une démarche timide qui tend à s'affirmer. Elle va s'appuyer sur le socle commun aux États pour soumettre le commerce du sexe à son droit. L'action entreprise par la Commission se traduit par l'adoption d'un livre vert en 1996<sup>14</sup> et de nombreuses communications<sup>15</sup>. Peu à peu, cette action se renforce notamment au travers de décisions-cadres<sup>16</sup>. Depuis le traité de Lisbonne et la communautarisation de la coopération judiciaire en matière pénale, l'Union les remplace progressivement par des directives. C'est le cas notamment de la directive de 2011/36/UE<sup>17</sup>, remplaçant la décision-cadre de 2002, et de la directive 2011/92/UE remplaçant la décision-cadre de 2004. Il faut cependant noter qu'il s'agit d'une compétence partagée ce qui explique que certains États vont au-delà des objectifs fixés par l'Union. Par exemple, la France dispose déjà d'un arsenal complet en matière de lutte contre la pédopornographie. Bien qu'il soit d'une importance majeure que les États mettent en place de leur propre volonté des instruments en la matière, l'action de l'UE reste tout de même indispensable. D'autres mécanismes participent à la lutte contre les infractions pénales à l'échelle européenne, comme le mandat d'arrêt européen. Il a permis par exemple de démanteler des réseaux de prostitution. Mais nous voudrions conclure en soulignant que l'Union européenne va chercher à aller au-

<sup>11</sup> CJCE, 4 déc. 1974, *Yvonne Van Duyn c/ Home Office*, aff. 41-74.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> CJCE, 11 mars 1986, *Conagate*, aff. 121/85.

<sup>14</sup> Livre vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information, COM (96) 483 final.

<sup>15</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement relative à la lutte contre la traite des êtres humains et relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, COM (2000) 854-1.

<sup>16</sup> Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, 22 déc. 2003, relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie ; Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, 19 juil. 2002, relative à la lutte contre la traite des êtres humains.

<sup>17</sup> Directive sur la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

delà du cadre pénal, puisque le sexe est non seulement une affaire commerciale, mais avant tout une « affaire de goût », comme l'a dit le porte-parole de Margot Wallström, Commissaire européenne, en charge des relations institutionnelles et de la stratégie de communication.

## Master 2 Droit communautaire et européen

### DISTINCTION

Sous la présidence de Pierre Murat, professeur à l'Université Pierre-Mendès-France, Grenoble

#### LA DISCRIMINATION HOMME-FEMME DANS LES PAYS EN VOIE DE DÉVELOPPEMENT

« Les tâches des femmes consistent essentiellement à s'occuper du ménage, tandis que les hommes génèrent des revenus et prennent des décisions » Pnud (2011). Cet aperçu de la féminité de la pauvreté mondiale du Programme des Nations Unies pour le développement, et particulièrement dans les pays en développement, objet de notre analyse, nous montre à quel point les démarches politiques, économiques et sociales en faveur d'un développement réduisant les inégalités et discriminations de genre sont essentielles. C'est pourquoi, dès 1979, l'ONU signe la désormais célèbre Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, comme point de départ d'une reconnaissance mondiale et d'un effort multilatéral d'intégration des femmes. D'une évaluation des discriminations et des inégalités de genres aux différents types de politiques de développement en faveur d'une plus grande égalité que nous étudions ici, de nombreux auteurs d'Économie du développement se sont déjà concentrés sur des notions fondatrices. L'exemple d'Amartya Sen (1999) et du concept d'*empowerment*, c'est-à-dire de la prise de pouvoir et d'autonomie d'un individu dans les milieux social, familial, politique et économique, semble un axe majeur d'étude et d'action des réductions des inégalités de genre. Ou comment accroître la capacité des femmes à saisir un ensemble d'opportunités, elles-mêmes à construire.

**Évaluations économiques : ampleur, complexité et hétérogénéité.** - Les inégalités de genre, comme toute autre forme d'inégalité socioéconomique entre plusieurs groupes communautaires et plusieurs identités, sont dues à un ensemble de facteurs sociaux, politiques (système démocratique ou autocratique) et culturels (comme la vision patriarcale de l'ordre familial et de l'organisation du travail).

De plus figure le constat général que les inégalités observées sont d'autant plus fortes que le degré de pauvreté des populations étudiées est extrême. En effet, la rareté des services d'infrastructures publiques souvent absentes est aujourd'hui couramment compensée par la force de travail féminine. Enfin, la femme et le travail féminin demeurent davantage sujets aux conflits sociaux ainsi qu'aux problèmes environnementaux, un autre type d'inégalités.

**Des discriminations d'ordre économique, social et politique** - Ce type de disparités de genre est notamment dû au concours des discriminations perpétrées par les institutions formelles comme les gouvernements nationaux et locaux, la législation ; les institutions informelles telles que la famille, les règles communautaires, ou encore le « travail au noir » ; le marché (de l'emploi notamment).

**Division sexuée du travail** - Un état de fait dans de nombreux pays d'Afrique est celui de l'accès restreint, voire clos, aux emplois de la fonction publique des États et de leurs administrations. L'exemple cinglant de la proportion parfois insignifiante ou insuffisante de femmes dans les assemblées nationales de plusieurs pays en développement le prouve. D'autres types de restrictions législatives empêchent parfois les femmes et les jeunes filles d'accéder aux contrats d'administration publique, comme le prévoyait par exemple en février 2007 le projet de loi iranien de restreindre le nombre de places accordées aux filles à l'Université, lieu de passage obligé vers des postes de la fonction publique. C'est en fonction des secteurs d'activité que les inégalités de répartition de la force de travail entre les genres sont les plus marquées. Les femmes représentant 43% de la main-d'œuvre agricole mondiale, elles sont bien plus concentrées dans le monde rural dans les pays en développement. Et, lorsque ces femmes résident dans les aires urbaines, les emplois les plus occupés par les femmes sont les services d'éducation et de santé. L'accès au contrat de travail n'est pas monnaie courante en Afrique, notamment subsaharienne, et le secteur informel (regroupant les activités souterraines sans contrat ni droit des salariés) regroupe dans plusieurs pays du Sud une large part de la population. Ce sont une nouvelle fois les femmes qui ont le moins accès au secteur formel du travail. D'autres types d'inégalités quantitatives de genre sont observés dans le monde du travail, comme la disparité de salaire croissante avec le niveau dans la hiérarchie salariale, un accès parfois extrêmement restreint aux moyens de production se substituant souvent à l'absence de système législatif discriminatoire, comme nous l'aborderons en seconde partie. De plus, le niveau de productivité des femmes, du fait de l'ensemble des inégalités précédemment évoquées, demeure bien moindre que celui des hommes, en particulier dans le secteur agricole artisanal. Une autre division sexuée du travail se découvre dans le caractère qualitatif des « travaux indécents » qui concernent davantage la femme, dans lesquels les conditions de travail n'obéissent à aucune règle présente dans les contrats de travail minimaux, pouvant aller de conditions sanitaires discutables jusqu'au harcèlement sexuel non pénalisé.

**Inégalités d'accès au « capital humain »** - On peut opérer une distinction des inégalités de genre hétérogène entre l'accès à l'enseignement primaire, secondaire et supérieur. Depuis plusieurs années, les Objectifs du Millénaire pour le Développement menés par la Banque Mondiale ont observé une certaine amélioration de l'accès des jeunes filles à l'école primaire, mais l'accès restreint aux études secondaires persiste. Cela s'explique par le « coût d'opportunité » des familles d'envoyer leur(s) fils plutôt que leur fille(s) en milieu scolaire, ceci du fait de leur potentiel recrutement par contrat légal (dans des filières techniques et décisionnelles leur étant réservées) plus probable du fait des inégalités actuelles. En outre, l'inégalité de genre la plus visible et colossale en matière d'éducation reste la sexo-spécificité de l'analphabétisme,

puisqu'il y a 871 millions d'analphabètes dans le monde, 64 pour cent sont des femmes.

#### Disparités d'accès aux moyens de production -

Ce sont en premier lieu les lois (en particulier les Codes de la famille et les Codes de statut personnel), les décrets, parfois les coutumes religieuses des régions en développement qui réduisent les possibilités d'acquisitions de biens. Des outillages et véhicules par exemple (en milieu rural principalement) qui permettraient aux femmes de s'émanciper du salaire de leur compagnon, et d'accroître leur productivité. La principale et la plus répandue restriction d'acquisition de moyens de production reste celle de la propriété foncière, autrement dit des terres le plus souvent cultivables, dont les rentes à payer aux propriétaires masculins bornent leur capacité de décision. À cet égard, de nombreuses études économiques ont montré une relation positive entre la proportion de terrains qui appartiennent aux femmes et leur niveau de dépenses consacrées à l'alimentation du ménage et à la scolarisation des enfants. Enfin, même en présence de lois favorisant une meilleure répartition des capitaux par genre, le Forum syndical Euromed souligne « *un décalage entre les lois et leur application réelle* ».

#### Une absence de représentativité et de participation politique et sociale des femmes -

Une situation qui d'après les données statistiques du Programme des Nations Unies pour le Développement (2011) ne s'est guère améliorée à l'échelle mondiale. Les femmes demeurent bien moins représentées dans les structures syndicales, décisionnelles, gouvernementales, et dans les activités de gestion. Surtout contraintes à s'astreindre aux travaux de leur ménage, leur « *budget temps* » consacré à des activités externes, souvent sans contrat légal, et faiblement rémunératrices ou productives, se concentre dans les pays en développement dans les activités d'entretien des champs, de collecte de bois de chauffage, de collecte de l'eau, de moulure du grain, etc.

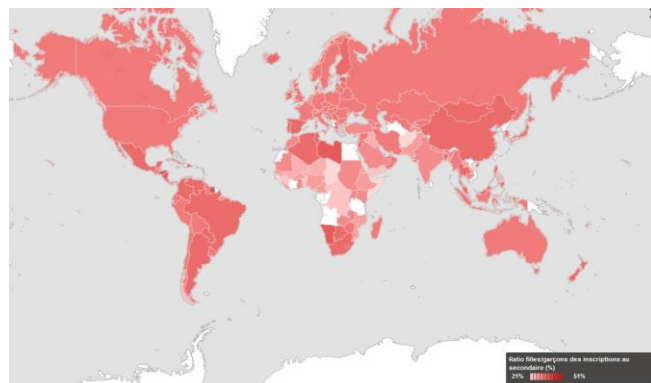
#### Une perpétuation intergénérationnelle des

**inégalités** - C'est par la répartition et la division des tâches citées précédemment, accompagnées de leur cloisonnement que s'opère une reproduction de l'ordre social inégalitaire. L'exemple du coût d'opportunité de préférer scolariser un garçon, plus apte à collecter un revenu futur revenu familial, perpétue là encore ces disparités de genres, plus uniquement de manière intra-générationnelle.

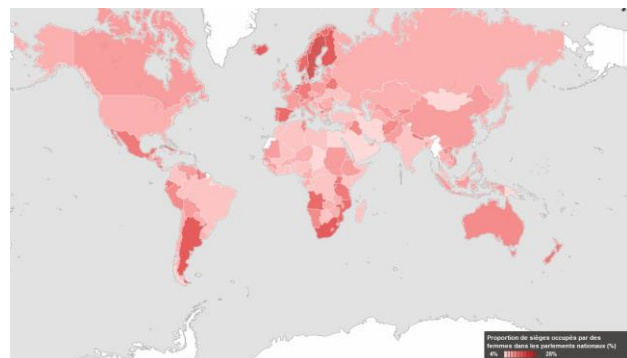
**Une série d'indicateurs de mesure des inégalités** - Les premiers indicateurs de développement, les plus célèbres et les plus utilisés aujourd'hui en économie, sont nés à la fin des années 1990 : l'Indicateur de Développement Humain (IDH), l'Indicateur de Pauvreté Humaine (IPH) plus adapté à des études comparatives entre les régions en développement. Puis dans les années 2000, furent établis des indicateurs « *sexo-spécifiques* », prenant en compte les disparités de genre comme facteur impactant négativement l'évaluation du développement d'un pays : l'Indicateur Sexe-spécifique de Développement Humain (ISDH) ou l'Indicateur de Participation des Femmes (IPF). Des outils de mesure témoignent de l'importance prise par le rôle clé de l'égalité des genres dans l'évaluation des politiques de développement à mettre en place ; ceci au moyen par exemple de cartogrammes, illustrant une série d'indicateurs sexo-spécifiques paramétrables de la Banque

Mondiale, permettant aisément et rapidement de se rendre compte de l'ampleur, de la complexité et de l'hétérogénéité des pays du sud en matière de discriminations des genres, comme les deux exemples suivants le démontrent :

**Carte 1.** Proportion des sièges parlementaires nationaux occupés par des femmes (Source : Banque Mondiale, données 2012)



**Carte 2.** Ratio filles/garçons inscrits en études secondaires (Source : Banque Mondiale, données 2012)



Il existe cependant quelques limites (surtout d'ordre quantitatif) à l'évaluation et au constat économique des inégalités de genre. En effet, il demeure par exemple délicat de mesurer le bien-être des femmes spécifiquement du fait d'une présence d'homme(s) et de femme(s) au sein d'un ménage. C'est aussi par un problème de sélection que, dans le cas de multiactivités des femmes, la période d'une enquête statistique est décisive : le cas des variations saisonnières dans les pays du sud, où les femmes peuvent ne disposer d'activités rémunératrices que lors de récoltes. C'est le Bureau international du travail qui tente d'évaluer les limites de ces méthodes d'enquête. Le genre est le principal attribut facteur d'inégalités, d'autres existent et exacerbent ces inégalités : de type interethnique, intercommunautaire, de handicaps, entre groupes religieux, en matière d'orientation sexuelle, etc. Ces discriminations distinguent souvent plusieurs groupes au sein des femmes, ces dernières n'étant plus sur un pied d'égalité.

**Les politiques de développement : égalité et autonomisation des femmes** - Le concept d'autonomisation des femmes est lié à celui d'*empowerment*, que l'on peut traduire en français par l'expression « *prise de pouvoir* ». Les femmes manquent de pouvoir sur le contrôle de leur vie. Il est ainsi nécessaire

d'employer des leviers qui leur confèrent davantage d'autonomie économique, sociale et politique. Il s'agit de faire prendre conscience aux femmes de leurs droits et de leur pouvoir, de les rendre capables de les exercer et d'étendre leur champ d'opportunités. Dans ce but, des actions multiples et simultanées demeurent nécessaires.

**Des actions privilégiées : quelques exemples** - Grâce aux travaux théoriques et empiriques d'Économie du développement, on identifie plusieurs canaux de production et de reproduction des inégalités de genre. Le nombre et l'emboîtement complexe de contraintes nécessitent un ensemble d'actions agissant de manière simultanée, afin d'améliorer les conditions de la femme. Mais aussi pour rompre le cercle vicieux de la reproduction intergénérationnelle de ces inégalités économiques, sociales et politiques.

**L'accès aux infrastructures et l'accumulation de « capital humain »** - Une des spécificités structurelles des pays en développement reste l'absence chronique de production de biens et services publics de qualité. Or, l'approvisionnement des familles en ces biens et services de première nécessité est souvent issu du travail des femmes. Elles allouent de ce fait une partie non négligeable de leur « *budget temps* » à ces tâches domestiques, se trouvant ainsi dans l'incapacité de consacrer davantage de temps à d'autres activités génératrices de revenus. Des projets de la Banque africaine de développement comme celui d'une « *initiative pour l'alimentation en eau et assainissement en milieu rural* » ont permis de doter 440 000 personnes d'un accès à l'eau potable, et permettraient de couvrir quatre-vingts pour cent des zones rurales d'ici 2015. Ce type de politiques ne permet pas seulement de libérer du temps aux femmes adultes, mais également aux filles plus jeunes, qui se trouvent souvent dans l'obligation d'aider leur mère dans ses tâches quotidiennes du ménage. Aussi peuvent-elles subir l'incapacité de se rendre à l'école.

**L'intégration sociale et politique** - Lorsque l'on pense aux inégalités de genre d'ordre politique, l'une des solutions récurrentes relayées par les médias est la politique de quotas (discrimination sexuelle positive) mise en œuvre par les gouvernements. Il existe cependant bien d'autres formes d'inégalités en matière d'intégration politique entre hommes et femmes. Les exemples du manque d'information aux niveaux local et national, de l'absence de prise de position politique, du manque d'écoute, ou encore d'une faible représentativité sociale sont cinglants. Quant aux acteurs aptes à renforcer ce pouvoir politique des femmes à toutes les échelles géographiques et sociales, on peut remarquer l'importance de la société civile (comme au Burkina Faso où l'Association mondiale de radiodiffuseurs communautaires de la Région du Maghreb et le réseau syndical Euromed ont permis au début des années 2000 la location de postes de radio et la participation active des femmes dans ces radios communautaires).

**L'accès aux ressources économiques et financières** - Les inégalités de genre en matière de dotations en ressources économiques et financières restent prépondérantes. Pour y lutter, de nombreuses politiques de développement économique ont été et sont toujours menées, comme celle de la microfinance, rendue populaire par l'attribution du Prix Nobel de la paix à

l'économiste Muhammad Yunus, en 2006. Il fut à l'origine de la création de la non moins célèbre Grameen Bank (le premier établissement de finance populaire au Bangladesh). Cette microfinance permet aux personnes n'ayant pas accès aux prêts d'une finance traditionnelle d'obtenir des services financiers comparables : les microcrédits. Même si les microcrédits sont octroyés individuellement, les emprunteuses sont toutefois souvent associées en groupes de « *caution solidaire* » constitutifs d'un système de remboursement collectif apte à compenser l'absence de garantie requise par les services bancaires traditionnels. Ces microcrédits permettent aux femmes de développer une activité déjà existante (leur donnant accès aux moyens de production, provoquant une diversification de l'offre) ou bien de démarrer une nouvelle activité. Ce n'est qu'en agissant de manière simultanée dans ces différents champs d'actions sociale, politique, économique, éducative, et sur l'accès aux ressources, que l'on peut espérer un réel changement des comportements des individus. C'est aussi la condition d'un arrêt de la reproduction intergénérationnelle de ces inégalités.

**Politique économique de développement : un mode d'emploi ?** - Après plus de trente années d'actions menées en faveur d'une réduction des inégalités de genre dans les pays en développement et émergents, il est plus facile de distinguer les succès et les échecs de projets, et d'en tirer des enseignements quant à leur mise en œuvre. Les inégalités que subissent encore aujourd'hui beaucoup de femmes sont si nombreuses qu'il demeure souvent nécessaire d'agir sur plusieurs contraintes en même temps. Ceci afin d'apporter une réelle amélioration de la condition féminine. Au Burundi par exemple, plusieurs groupes de femmes artisanes agricoles coupent traditionnellement le blé au moyen de ciseaux, une méthode de récolte très peu productive. Dans le cadre d'un projet d'amélioration des conditions de travail, une ONG permet aussi d'améliorer la productivité de ces femmes (ainsi qu'un accroissement inhérent de leur rémunération), par exemple en mettant à leur disposition des faux afin de couper plus rapidement le blé. En effet, les résultats débouchèrent sur des récoltes bien plus rapides, et donc productives. Cependant, ces femmes battant la récolte pieds nus, les éteules de blé devenues plus coupantes aggravaient la pénibilité de leur travail. En outre, en l'absence de véhicules motorisés, le transport de la marchandise est également devenu plus pénible (en utilisant la faux, on ne sélectionne plus uniquement l'épi, mais également une partie de la tige). Dans la lutte contre les inégalités de genre, pour toutes les problématiques ayant trait au développement, les acteurs sont nombreux : institutions internationales, gouvernements, ONG, associations, sociétés civiles. Chacun de ces acteurs est indispensable afin d'empêcher que l'émergence de nouvelles discriminations se transforme en inégalités avérées. Leurs capacités et leurs pouvoirs ne sont pas comparables, mais l'application de leurs actions respectives complémentaires est nécessaire afin de créer de réels leviers d'ascension sociale pour de nombreuses femmes dans les aires du monde en développement. L'intégration des populations locales aux projets nationaux ou internationaux de développement constitue également l'un des critères indispensables de résultats économiques, sociaux et politiques significatifs. Ces sociétés civiles sont le plus à même d'identifier leur situation et de préciser aux ONG et autres institutions leurs spécificités en matière de mode de vie et de difficultés. De plus, afin qu'elles



### A. Approche anthropologique

Le tableau sombre de la condition de la femme que nous avons évoqué plus haut, relayé le plus souvent en Occident mérite d'être nuancé. En effet, il ne rend pas totalement compte de la place de la femme dans l'Afrique traditionnelle. D'ailleurs, il n'y a pas un statut unique de la femme dans les sociétés traditionnelles africaines. Il faut distinguer selon qu'on se trouve dans une société qui a adopté le patrilignage ou dans une société qui accorde une grande importance au matrilignage. Dans les sociétés patrilinéaires, ce sont les hommes qui commandent, ils en profitent pour se donner le beau rôle et justifier leur supériorité de fait. Les femmes subissent ainsi toujours l'autorité et la domination mâle, quels que soient l'âge et la situation sociale de l'homme. Par exemple dans certaines sociétés Wolofs comme celles des Halpulaar dans le Fouta, qui appliquent le système politique patrilinéaire, la femme ne joue aucun rôle politique majeur. Mais, même dans ce type de sociétés, les femmes ne sont pas totalement absentes dans la sphère politique. Cela était le cas au Dahomey actuel Benin où les femmes du roi étaient ses principales conseillères politiques. Le roi leur confiait des charges importantes qui en faisaient les surveillantes des affaires de l'État. Elles étaient les dépositaires des traditions secrètes du royaume. Elles influençaient avec ces attributs les décisions du roi. Dans les sociétés matrilinéaires par contre, la femme joue un rôle majeur dans la vie politique. D'abord c'est par sa lignée que se transmettait le pouvoir politique. Ainsi le successeur du roi était choisi parmi les enfants de sa sœur aînée. Certains pourraient dire que cette importance qu'on leur accorde en tant que femmes et éléments transmettant le pouvoir politique ne leur donne cependant pas la possibilité d'accéder aux hautes fonctions politiques dévolues aux hommes ; ce qui est erroné, dans la mesure où la reine mère - à qui revient la charge de désigner le candidat convenable à la royauté - est amenée à le remplacer en cas d'absence pour cause de guerre. Mieux, dans certaines contrées comme en pays Akan, le royaume est dirigé par une femme. C'est le cas chez les Woulébos à Sakassou en Côte d'Ivoire où la reine Abla Pokou II dirige encore aujourd'hui le royaume Baoulé. D'autres exemples de femmes qui ont joué un rôle de premier plan politique existent. C'est le cas au Mali avec la reine Kossa au XIV<sup>e</sup> siècle, au Congo avec Anne Zingha reine du Matamba, au Sénégal avec la reine DjemboutMboj du Walo, etc. Cette fenêtre anthropologique sur la place de la femme dans l'Afrique traditionnelle permet de se rendre compte que dans l'Afrique précoloniale la femme n'était pas totalement absente de la vie politique. Selon qu'elle se trouvait dans un système matrilinéaire ou patrilinéaire, sa présence dans la vie politique était plus ou moins importante. Avec la colonisation, le statut de la femme a connu une stagnation voire une régression sur le plan politique. L'administration coloniale va gérer selon ses intérêts les anciennes sociétés africaines. Les femmes seront par exemple domestiquées, ce qui va les emmener à investir le domaine de la culture vivrière au détriment de la vie politique. À ce sujet l'historienne sénégalaise Penda M'Bow affirmait que «L'ordre colonial a contribué à subvertir les rapports sociaux de l'Afrique précoloniale accordant à la femme, par le biais du matriarcat et du système matrilinéaire de

*transmission des droits, une place importante*»<sup>19</sup>. Pour elle, dans certaines sociétés, les femmes ont perdu ainsi leurs attributs d'éléments de transmission du pouvoir politique par la lignée, en ce qui concerne les systèmes matrilinéaires, par le fait colonial. Les tout premiers dirigeants des États africains devenus indépendants, ainsi que les suivants, n'ont pu faire mieux quant à la représentation politique de la femme. Cinquante ans après, le système de quota s'impose comme une panacée à cette situation. Mais que faut-il entendre par quota ?

### B. Notion de quota

Le quota peut se définir comme un pourcentage, une proportion définie. À titre d'illustrations, un quota ethnique a été instauré aux États-Unis afin d'assurer un pourcentage minimum de personnes de certaines ethnies à l'embauche ou lors de promotions afin de lutter contre le racisme. En France, certains médias s'étaient fait l'écho d'un projet de quota dans le football en 2010, ce qui avait provoqué de vives polémiques dans le milieu sportif. En politique, le quota de genre vise à garantir la représentation de l'un ou l'autre sexe dans la sphère politique en fixant un pourcentage à respecter dans le choix des membres du parlement ou d'un gouvernement. En 1946, les Nations Unies ont créé la Commission de la condition de la femme pour examiner la situation des femmes et promouvoir leurs droits. Les travaux de cette commission ont donné lieu à plusieurs déclarations et conventions sur la condition féminine. Mais l'instrument juridique fondamental le plus complet sur la question au sein des Nations Unies reste la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF) adoptée le 18 décembre 1978. Elle fait obligations aux États signataires de prendre *"toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour assurer le plein épanouissement et le progrès des femmes en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes"* (art. 3). L'adoption de cette convention a été suivie plus tard par plusieurs rencontres visant les mêmes objectifs. En 1995, s'est tenue à Pékin une conférence mondiale sur les femmes. Une déclaration et un programme d'action ont été adoptés par consensus. Ces actes invitaient la communauté internationale à s'engager pour la promotion de la femme et l'égalité des sexes d'ici à l'an 2000. La déclaration, signée par 189 États, les exhorte à mettre en œuvre tous les moyens vers une réelle égalité homme/femme, une politique de développement et un engagement vers la paix. Le Programme d'action définit des mesures à prendre à l'échelon national et international pour la promotion de la femme à l'horizon 2000. Autre rendez-vous, lors de la 55<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale des Nations unies tenue du 6 au 8 septembre 2000 (appelé Sommet du millénaire), les États membres se sont fixé huit objectifs à atteindre en 2015, appelés Objectifs du millénaire pour le développement (OMD). Le troisième OMD prône la promotion de l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes. En Afrique L'acte constitutif de l'UA adopté à Lomé le 11 juillet 2000 en son article 4(i)

<sup>19</sup>. Penda M'BOW, *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, Bulletin du Codesria, Dakar 1 et 2, 1999, p. 73, cité par Seynabou N'DIAYE Sylalla, in *Mémoire de DEA*, option Anthropologie Juridique et politique, Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

érite en principe la promotion de l'égalité entre hommes et femmes. Ce contexte a été favorable à l'adoption de comportements au sein des États du monde en général et en Afrique en particulier, en vue de favoriser la participation de la femme en politique. Le quota est perçu aujourd'hui comme une mesure temporaire appliquée jusqu'à ce que les barrières empêchant l'entrée des femmes en politique soient tombées. Elle s'impose pour combler le décalage entre hommes et femmes dû à des siècles de discrimination et pour précipiter le changement des mentalités et des comportements et cela aussi bien au niveau des gouvernés que des gouvernants des deux sexes.

Il existe deux types de quotas :

- Les quotas légaux qu'on peut répartir en quotas législatifs et en quotas constitutionnels. Ils sont fixés par des dispositions juridiques, c'est-à-dire législatives et/ou constitutionnelles. Ces dispositions s'imposent à toutes les entités politiques participant aux élections dans un pays et prévoient, dans certains cas des sanctions pénales telles que le paiement d'amendes ;

- Les quotas volontaires ou politiques : ici un ou plusieurs partis politiques dans un pays introduisent de leur propre initiative des quotas de genre dans leurs textes de référence. En Tunisie l'ex-parti au pouvoir le RCD, Rassemblement Constitutionnel Démocratique a adopté un quota volontaire de 25% des femmes sur les listes électorales pour les législatives de 2004. Ce pourcentage a été élevé à 30% minimum pour les élections législatives de 2009 afin de garantir la nomination d'une proportion déterminée de femmes. Si le quota existe à travers le monde, il ne fait cependant pas l'unanimité. On distingue ainsi les pour et les contre. D'aucuns pensent notamment que les quotas bafouent le principe de l'égalité des chances pour tous en favorisant les femmes par rapport aux hommes ; qu'ils ne sont pas démocratiques (ce sont les électeurs qui doivent décider qui élire) ; qu'ils exigent d'élire des représentants politiques en raison de leur sexe, et non de leurs qualifications, ce qui signifie que des candidats plus qualifiés seront exclus. De nombreuses femmes ne souhaitent pas être élues au simple motif qu'elles sont des femmes ; leur mise en place crée des tensions significatives dans l'organisation des partis ; ils bafouent les principes de la démocratie libérale.

D'autres *a contrario* estiment que ces quotas n'équivalent pas à de la discrimination, mais compensent les entraves empêchant les femmes d'occuper la place qui leur revient dans la politique ; qu'ils permettent à plusieurs femmes de siéger ensemble au sein d'une commission ou d'une assemblée, ce qui limite le stress souvent ressenti par les femmes isolées ; qu'ils permettent aux femmes d'exercer leur droit à une participation égale à la chose publique ; qu'ils permettent aux femmes de faire part de leur expérience dans la vie politique. Les élections sont affaire de représentation, et non de niveau d'instruction ; les femmes sont tout aussi qualifiées que les hommes, mais les qualifications des femmes sont dévalorisées et minimisées dans un système politique dominé par les hommes ; en réalité, ce sont les partis politiques qui contrôlent les nominations, et pas les électeurs qui décident de la personne qui sera élue, les quotas n'enfreignent donc pas les droits des électeurs ; La mise en place de quotas peut entraîner des conflits, qui peuvent toutefois se révéler purement temporaires ; les quotas peuvent contribuer à alimenter la démocratisation en rendant le processus de nomination plus transparent et

officiel.

Mais quel bilan peut-on faire de l'application du quota en Afrique ?

## II. La mise en œuvre du quota en Afrique

En matière de promotion de la femme, d'égalité entre les sexes, ainsi que de la participation des femmes dans le processus de prise de décisions, on trouve de nombreux textes, recommandation, résolutions, convention, objectifs visant à promouvoir l'égalité de genres et l'autonomisation. Dans ce contexte, les États africains ne sont pas en reste. L'acte constitutif de l'Union africaine en 2000 affirmait, nous l'avons dit, la promotion de l'équilibre et l'égalité de genre dans la gouvernance et les processus démocratiques. Les protocoles de la charte africaine relative aux droits de l'homme et des peuples font aussi état des droits de la femme en Afrique. Il apparaît clairement que l'*instrumentum* juridique ne manque pas et que tout le monde tend vers l'égalité homme/femme. Les États membres de l'Union africaine ont montré la volonté manifeste de promouvoir et asseoir l'égalité de genre. La participation des femmes aux prises de décisions politiques est à l'évidence un des enjeux prioritaires de la lutte pour plus d'égalité. Cependant, pour que celle-ci se concrétise, et éviter qu'elle ne reste qu'une vaine incantation politique, il est nécessaire de mettre en place un système contraignant juridiquement prenant en considération la participation de la femme dans la vie politique. Le quota apparaît dans ces circonstances, comme le seul moyen pour y parvenir. Il conviendra dans cette partie de tenter de répondre à plusieurs questions ayant trait à la matérialisation des quotas sur le continent africain, leurs effets sur la vie politique africaine, sur la prise en compte de femmes dans la vie publique et de manière plus générale dans la société.

### A. La mise en œuvre

Si on se penche sur l'évolution dans le temps, on s'aperçoit qu'en 1990, trente-cinq pays africains (sur cinquante-trois) étaient sous la barre de 10% de femmes parlementaires. Aujourd'hui on note que la moyenne régionale des femmes au parlement se situe actuellement à 18%. L'Afrique est devancée par les Amériques (21%), l'Asie (18.3%) et l'Europe (22%) en termes d'accès des femmes au parlement, mais elle devance largement le pacifique (13%) et les États arabes (9,7%)<sup>20</sup>. Plusieurs pays d'Afrique ont réussi à inscrire le quota volontaire et obligatoire dans leur système juridique et leur programme des partis. L'ONU a fixé à 30% la norme internationale à atteindre. Cinq pays africains ont dépassé la barre de 30% (Rwanda, Mozambique, Afrique du Sud, Burundi, Tanzanie), mais si l'on s'intéresse à la période couvrant 1990-2006, quinze pays ont connu une forte augmentation de 10 points des femmes parlementaires. Le Rwanda avec 56,3 % de femmes parlementaires est dans la parité et occupe le premier rang mondial juste devant la Suède qui est le pays européen le mieux placé en matière de représentation des femmes en politique avec un taux de 47,3% de femmes élues au Parlement. Parmi les pays qui ont introduit le quota se trouvent le Burkina Faso, le Soudan, l'Ouganda et l'Angola. Au rang de ceux qui ont opté pour le quota légal,

<sup>20</sup> Statistiques, *Les femmes au parlement en 2010, regard sur l'année écoulée*, www.ipu.org

qu'il soit constitutionnel et/ou législatif, on trouve notamment le Burundi, le Kenya, l'Ouganda, la Tanzanie, la Somalie, le Rwanda. Ainsi, au Burundi, les articles 129 et 164 de la Constitution prévoient un quota de 30% de représentation féminine au Parlement et au Rwanda l'article 9 al. 4 de la Constitution prévoit le même quota. Il est à noter que, pour les postes relevant de la nomination par le pouvoir exécutif, le respect du quota est plus aisé que pour les postes électifs, car des conflits de représentations régionales, ethniques ou autres peuvent toujours exister. Il faut tout de même signaler que d'énormes progrès ont été réalisés même si beaucoup de choses restent à faire et accomplir. S'agissant du quota volontaire, il est réservé à la discrétion et à la volonté des partis politiques. Souvent, ces derniers adoptent ce pourcentage sous la pression des organisations et des groupes féministes. Ainsi, les partis politiques de 19 pays l'ont adopté, un taux qui varie effectivement entre 25% et 30%, mais la palme d'or revient au Parti du congrès des démocrates de l'organisation du peuple sud-ouest africain (SWAPO) en Namibie et au Parti pour le progrès (MOP) en Sierra Leone avec 50% de représentation féminine. Il apparaît donc clairement que, ces dernières années, les pays d'Afrique ont réalisé des progrès significatifs en matière d'intégration de la femme dans la sphère politique, bon nombre de femmes sont députées, ministres, conseillères régionales, membres de partis politiques. Néanmoins, on pourrait se demander si cette participation n'est pas juste symbolique et si les femmes ont réellement un pouvoir de décision politique. Autrement dit, quels sont les effets, conséquences, l'impact du système de quotas dans la vie politique africaine ?

### B. Les effets du système de quota de genre en politique en Afrique

Il existe encore un grand nombre de personnes qui s'opposent au système de quotas en estimant qu'il n'est pas démocratique, mais en réalité l'un des effets positifs de l'instauration du quota est que : le nombre des femmes dans les institutions publiques en premier lieu le parlement (Afrique du Sud, Burkina, Rwanda, etc.) a fortement augmenté ; les quotas sont la meilleure façon de mieux équilibrer la représentation politique ; l'inscription de quotas a contourné la résistance des dirigeants traditionalistes des partis ; une motivation croissante de la part des femmes qui vont s'investir de plus en plus en politique et dans le milieu associatif. Par exemple, Fatima Boujenah, une jeune bachelière de 21 ans, est devenue la plus jeune présidente d'un conseil municipal dans le Royaume du Maroc. L'élection d'une femme, jeune, issue d'un milieu rural et modeste à un poste de responsabilité est un événement qui rompt avec les stéréotypes, tels que le patriarcat et le conservatisme de la société marocaine censés être encore plus accentués dans les milieux ruraux. Le système peut donc constituer un outil adéquat pour que les femmes trouvent leur place en politique. Cependant, il n'a pas atteint le but qu'on attendait et l'entrée des femmes en politique rencontre bien souvent des résistances. En effet, les femmes ont du mal à parvenir à un poste de responsabilité et à s'y maintenir ; certaines femmes politiques sont par ailleurs confrontées à des systèmes politiques qui encouragent le clientélisme et les obligent à rendre des comptes uniquement au parti sans avoir un réel pouvoir de décision ; ou encore elles sont cantonnées dans un rôle de promotion de la femme sans intervenir dans d'autres domaines ; malgré l'existence de quotas, on

n'assiste pas forcément à un regain d'intérêt des femmes pour la politique perçue encore comme masculine ; enfin, le système de quotas n'arrive pas malgré son application à réduire les inégalités sociales entre homme et femme. L'UNIFEM a affirmé dans son rapport de 2002 qu'il ne suffisait pas d'accroître la part des sièges qui revient aux femmes, car cela ne garantit pas que les décisions prises soient favorables à la majorité des femmes.<sup>21</sup> On peut enfin se faire l'écho de certaines militantes de l'égalité entre les sexes qui soutiennent aussi que le quota peut constituer « un plafond de verre » au-delà duquel les femmes ne pourraient pas avancer à moins de s'engager dans une autre lutte. Selon d'autres, les femmes qui parviennent au pouvoir grâce à ce système pourraient être sous-évaluées ou perçues comme n'ayant aucun mérite politique. Les quotas ne peuvent constituer qu'une solution transitoire, pas une panacée propre à instaurer une démocratie véritable, affirma Mme Mata Sy Diallo, ancienne vice-présidente de l'Assemblée nationale sénégalaise. C'est pourquoi certains auteurs insistent sur la nécessité de commencer au préalable par assurer l'émancipation des femmes en les scolarisant, les sensibilisant, en favorisant leur participation à la vie économique, avant d'adopter des lois imposant des quotas. Mais au fond le système de quotas apparaît une bonne chose, car il faut noter qu'entre 2000 et 2003 les pays d'Afrique subsaharienne ont organisé des élections et les nombres des femmes parlementaires ont augmenté dans 14 d'entre eux, la plupart des pays ont vu une augmentation considérable par la participation des femmes grâce au système de quotas une forme de discrimination positive en faveur des femmes.<sup>22</sup>

**Conclusion** - On peut retenir du quota comme solution pour résoudre la sous-représentation féminine sur les scènes politiques que la lutte pour l'égalité entre homme et femme reste un sujet difficile à aborder. Les quotas montrent que les rapports sociaux entre hommes et femmes peuvent être modifiés et pas seulement en politique. Si cette égalité des sexes est devenue aujourd'hui une norme politique dominante, il n'en demeure pas moins que les implications qu'elle aurait si elle était mise en pratique ne sont de toute évidence toujours pas faciles à accepter. Ainsi, une législation, même si elle garantit aux femmes des droits politiques nouveaux, ne peut-elle produire tous ces effets tant que d'autres lois ou une partie de la coutume traditionnelle inscrivent les femmes dans un rôle beaucoup moins favorable que celui de l'homme. Car au final, si une femme est considérée comme une citoyenne de seconde zone socialement, elle ne saurait être une citoyenne de pleins droits dans le domaine politique.

Master 2 Dynamiques africaines 

### LE SEXE EN DROIT SOCIAL

D'après une récente étude de *Technologia*, 80% des Français estiment que leur travail nuit à leur vie sexuelle. Sexe et travail ne feraient donc pas bon ménage. Les deux

<sup>21</sup>Rapport *Africa women*, 2002, disponible sur [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>22</sup> Rapport sur la promotion de la femme dans le monde en 2003, *Entrée des Africaines dans la politique*, Afrique Relance, avril 2004, p. 4

notions apparaissent alors de prime abord comme imperméables. D'abord, le terme de sexe fait immédiatement référence aux pratiques sexuelles. Cependant, c'est une acception plus large du phénomène qui sera ici prise en compte. Ainsi, le sexe renvoie également à la distinction des genres (homme/femme) tout en sachant qu'il peut exister des divergences entre le sexe biologique attribué à la naissance et le sexe psychique ressenti par la personne. Dès lors, il convient d'envisager sexualité mais aussi diversité de genre sous l'angle de notre spécialité : le droit social. Lequel ne se réduit d'ailleurs pas qu'au droit du travail, mais englobe également le droit de la protection sociale. Le droit du travail se définit comme l'ensemble des règles législatives, réglementaires et conventionnelles applicables aux relations professionnelles tant individuelles que collectives. La protection sociale est quant à elle un système de couverture visant la protection des travailleurs et de leur famille contre l'ensemble des facteurs d'insécurité. Elle est composée d'une pluralité d'éléments : la sécurité sociale, mais également la protection sociale complémentaire, faisant souvent référence aux mutuelles, l'indemnisation du chômage, l'aide sociale avec le RSA notamment et enfin l'action sociale.

Les premières interventions législatives en matière sociale ont eu pour objectif de prendre en compte les spécificités du « sexe faible » en le protégeant de façon particulière. C'est à la loi de 1841 sur le travail dans les manufactures que l'on doit ces avancées. Les travailleurs de sexe féminin, au même titre que d'autres travailleurs considérés comme vulnérables, ont bénéficié de ces faveurs législatives pour répondre à un besoin évident de protection dans le monde du travail. Seulement, cette volonté de protection s'est rapidement traduite par un sexisme bienveillant. L'une des principales illustrations réside dans la loi de 1892 qui interdit le travail de nuit des femmes. Cette volonté de protection associée à un certain nombre de préjugés sociaux a eu des effets pervers. En effet, sous l'argument d'une faiblesse supposée de la femme, elle fut traitée différemment des hommes, ce qui a engendré des inégalités inacceptables. Peu à peu, le droit social s'est inscrit dans une autre logique. Il s'est fait le vif combattant des inégalités et des discriminations fondées sur le sexe. Le droit social est ainsi passé d'une logique de protection à un moyen de lutte contre les inégalités. Pour preuve, l'interdiction du travail de nuit a été supprimée en 2001 par souci de conformité avec une directive européenne datant de 1976 qui assurait l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de travail de nuit. L'égalité entre les hommes et les femmes a évolué à partir de 1946. Ainsi, en 1946, le préambule de la Constitution pose le principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes dans tous les domaines. En 1972, est votée la loi relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. En 1999, la parité hommes/femmes en politique est également inscrite dans la Constitution. Enfin, l'an passé, a été votée la loi relative à l'égalité professionnelle et à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration. Malgré la mise en place de dispositifs de plus en plus précis et diversifiés, des efforts restent à faire à tous les niveaux notamment en matière d'accès à l'emploi et de rémunération.

Par ailleurs, le sexe doit être envisagé en tant que « pratique sexuelle ». En effet, le monde de l'entreprise

n'est pas un milieu aseptisé : le travailleur ne laissant pas ses émotions aux portes de son lieu de travail, des relations affectives se nouent nécessairement entre collaborateurs. Ainsi, les jeux de séduction et l'officialisation de relations plus ou moins sérieuses n'échappent pas à l'entreprise.

L'un des enjeux du droit du travail est donc de faire face à ces situations qui peuvent être voulues ou non. Il lui revient la lourde tâche d'établir une forme de frontière entre ce qui relève de la sphère privée et ce qui relève de la sphère professionnelle. Cette tâche est d'autant plus complexe que l'activité sexuelle constitue pour certains membres du monde professionnel l'objet même de leur prestation de travail. Le droit social étant considéré comme le droit de tous les travailleurs, il convient d'aborder la situation de ces métiers qui restent largement méconnus. Dès lors, travail et sexe ne semblent plus être des notions totalement antinomiques. La question se pose de savoir comment la thématique du sexe pénètre le droit social.

Il sera particulièrement instructif pour nous, juristes, de confronter le droit social et le sexe. En effet, grands consommateurs de films pornographiques et fervents adeptes de l'onanisme, 74% des Français estiment que la sexualité joue un rôle important dans leur vie. Parallèlement, le temps professionnel occupe aussi une place non négligeable dans la vie des Français puisqu'en France le temps de travail hebdomadaire moyen apprécié à l'année était de 33 heures et 26 minutes en 2010. Ces deux composantes (le travail et le sexe) indispensables à la vie quotidienne entrent donc nécessairement en contact. Le sexe, considéré indifféremment en tant que genre ou sexualité aura nécessairement une influence sur notre travail. À titre d'exemple, la femme enceinte devra quitter temporairement son emploi. La confrontation de notre matière et du sexe sera d'autant plus enrichissante qu'elle nous permettra d'aborder l'incontournable et universelle problématique de l'égalité des sexes. En effet, aucun pays n'est parvenu à éradiquer pleinement les inégalités qui desservent le sexe féminin. Bon nombre de femmes font encore partie de l'« économie informelle » et peinent à accéder au « travail décent ». La précarité menace ces travailleuses en termes de salaires, de droits et d'absence totale de sécurité de l'emploi. Cette question conduit à réfléchir en termes de politique juridique, le risque étant que l'objectif d'égalité se retourne contre les principales intéressées. Une femme connaît par définition des situations singulières comme celle d'être enceinte. Néanmoins, à être trop protégées, les femmes pourraient se trouver en difficulté au moment du recrutement ou pour l'accès à certaines professions durant leur carrière. Peut-être faudrait-il alors envisager la construction d'« une égalité qui permette de continuer à prendre en compte les différences » ? Ainsi, pour atteindre l'idéal d'égalité des sexes, il faudra nécessairement emprunter le chemin de l'amélioration des conditions de travail et d'emploi des femmes. Dès lors, la dynamique du droit social visant à rechercher une égalité entre les genres apparaît tant dans l'accès à l'emploi que lorsqu'il s'agit des rémunérations. Cette entreprise d'amélioration des conditions de travail des femmes est particulièrement délicate et se heurte encore à l'heure actuelle à de nombreux obstacles. Confronté aux pratiques sexuelles, le droit du travail a su concilier le droit des salariés à une intimité avec le pouvoir de direction de l'employeur. Il s'est néanmoins plus difficilement accommodé des travailleurs du sexe. Leurs

droits apparaissant comme un véritable désert juridique. Ainsi, après avoir présenté le droit social comme un instrument de lutte contre les inégalités fondées sur le sexe (I), il conviendra d'aborder la confrontation du droit social à la sexualité dans l'entreprise (II).

### **I. Le droit social instrument de lutte contre les inégalités fondées sur le sexe**

Le sexe et le droit du travail nouent des relations assez conflictuelles que le législateur, puis les partenaires sociaux, tentent d'assainir en essayant de faire du sexe une condition inopérante notamment en termes d'accès à l'emploi et de rémunération.

#### **A. Pour l'accès à l'emploi**

Intéressons-nous de prime abord à l'accès à l'emploi ; celui-ci regroupe tant la problématique de l'embauche avec les offres d'emplois que celle de l'accès à certaines professions. Le principe est que proposer un emploi sexué est interdit. Dès lors, le législateur a proscrit la mention du sexe du travailleur recherché dans les offres d'emplois. Le Code du travail dispose ainsi qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de son sexe. Depuis 1983, la mention du sexe du candidat recherché dans une offre d'emploi est prohibée, mais cela est plus largement le cas du refus d'embaucher, de la résiliation ou du non-renouvellement d'un contrat de travail en raison du sexe. De plus, il est aussi strictement défendu de prendre en considération lors de l'embauche l'état de grossesse d'une femme, qui n'est, d'ailleurs, pas tenue de le révéler à l'employeur lors de l'entretien d'embauche. Il est encore interdit de mentionner le genre, lorsque l'offre concerne un emploi dont il existe une dénomination au masculin et au féminin. Et si la dénomination de l'emploi n'existe qu'au masculin ou qu'au féminin, une mention ne peut préciser que l'emploi est offert aux candidats des deux sexes (par exemple, ingénieur H/F). Cette règle s'étend à tous les employeurs, qu'ils soient franchisés, ou en situation de co-emploi, ainsi qu'aux agences d'emplois privées. Toutefois, ces dispositions « ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes, visant à établir l'égalité des chances avec les hommes ; en particulier en remédiant aux inégalités de fait ». De plus, toute disposition faisant du sexe une condition de recrutement serait frappée de nullité et serait considérée comme une discrimination. On rappellera ici l'aménagement de la charge de la preuve par deux lois de 2001 et 2008, qui profite au salarié victime de discrimination. Dorénavant, le salarié estimant être victime de discrimination doit seulement présenter des éléments de fait, laissant supposer l'existence d'une telle discrimination. L'employeur devra alors se défendre en prouvant, soit qu'il n'y a pas eu de discrimination donc que les faits rapportés sont faux, soit que sa décision était justifiée par des éléments objectifs, tels que les qualifications, l'expérience, et qu'elle répondait à des exigences proportionnées. Il subsiste cependant des métiers sexués de fait. Ainsi, il existe certains métiers où les employeurs seront tentés de recruter en priorité des femmes (par exemple esthéticienne, ou assistante maternelle). Et d'autres, où ils préféreront recruter des hommes (c'est le cas de tous les métiers prétendus physiques : agents de sécurité, maçons...). Il apparaît alors que le principe de non-discrimination semble quelque peu inefficace, voire hypocrite, puisque l'on sait très pertinemment qu'un

homme qui répond à une offre d'emploi d'esthéticienne a relativement peu de chance d'être recruté. Il demeure très complexe, pour un salarié victime de discrimination fondée sur son sexe de la prouver, et ce malgré l'allègement de la charge de la preuve. En effet, l'employeur peut aisément prétendre qu'il a refusé de recruter une personne, en raison de ses aptitudes ou qualifications, plutôt que d'avouer explicitement, que c'est parce que le candidat ou la candidate était un homme ou une femme. Excepté de rares élans de sincérité des employeurs, la preuve de la discrimination sera donc très délicate à apporter. Il existe aussi des emplois sexués de droit, pour lesquels on peut exiger d'avoir un homme ou une femme. Trois dérogations sont prévues par le Code du travail : les « artistes, appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin », les « mannequins, chargés de présenter des vêtements et accessoires » et les « modèles, masculins et féminins ». Pour ces métiers, les dérogations s'expliquent par le fait que le sexe est une condition déterminante pour l'exercice de l'activité professionnelle. En dehors de ces exceptions prévues par la loi, il est interdit de prendre en compte le sexe des travailleurs, dans le cadre de l'embauche. Toutefois, on se rend compte qu'il est encore très difficile pour les femmes, d'accéder à certains emplois, notamment hautement qualifiés, et ce en dépit de la prise de conscience des inégalités entre les hommes et les femmes. En effet, de nombreuses études révèlent que très peu de femmes sont aujourd'hui dirigeantes de grandes entreprises, ou nommées à des postes clés. Par exemple, on recense environ un tiers de femmes dans les sociétés du CAC 40 et seulement 25% d'entre elles ont le statut de cadre. C'est pourquoi le législateur a mis en place une « obligation annuelle de négociation » qui porte notamment sur les objectifs d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans l'entreprise, dont l'accès à l'emploi. On pourrait regretter que le législateur confie aux partenaires sociaux un aspect aussi important que celui de l'égalité professionnelle, car l'application hétérogène entre les entreprises susceptible d'en résulter n'est pas acceptable en la matière. Néanmoins, si ces accords permettent de réduire efficacement les inégalités entre hommes et femmes, on peut espérer que les pouvoirs publics s'en inspirent et imposent un dispositif contraignant pour toutes les entreprises. Enfin, on remarquera qu'en matière d'embauche où le ressenti et l'inconscient ont une importance non négligeable, certaines mesures pourraient engendrer, indirectement, un effet positif pour l'accès à l'emploi des femmes. C'est notamment le cas du projet parlementaire tendant à rendre obligatoire la prise effective d'un congé de paternité. Ainsi, en rapprochant la situation des hommes et des femmes en cas de grossesse, heureux événement se traduisant fréquemment par une prise de recul vis-à-vis du monde professionnel pour la mère, cette mesure serait à même de niveler cette peur récurrente chez les employeurs face aux jeunes femmes. Faire tomber le tabou de la paternité permettrait sans doute de favoriser la parité en entreprise. Prenons l'exemple du groupe Adecco qui incite les hommes à prendre leur congé de paternité malgré ses 70% d'effectifs féminins. Cependant, si on semble être sur la bonne voie en matière d'égalité professionnelle pour l'accès à l'emploi, cela est moins évident en matière de rémunération.

#### **B. Pour la rémunération**

Une étude récente de l'Insee et la Dares, démontre que le salaire des femmes est inférieur de 10% par rapport à celui

des hommes, à poste identique. Afin de lutter contre un tel phénomène, le Code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, en raison de son sexe. Une mesure discriminatoire directe est une mesure ayant un objet discriminatoire. Une telle discrimination pourra par exemple être caractérisée, lorsqu'un employeur versera une rémunération moins importante à un salarié, en raison même de son sexe, ou de sa transidentité. Une mesure discriminatoire indirecte quant à elle, est une mesure dont l'objet n'est pas intrinsèquement discriminatoire, mais qui a un effet discriminatoire. Par exemple, une fonctionnaire allemande qui s'estimait lésée par la rémunération de ses heures complémentaires, moins payées que les heures normales d'un salarié à temps plein décida d'estimer en justice. Au regard de la législation du travail allemande, une telle situation n'était toutefois pas condamnable. Mais dans la mesure où en Allemagne, dans le secteur considéré, 88% des travailleurs à temps partiel étaient des femmes, la CJUE (cour de justice de l'Union européenne) a considéré qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Par ailleurs, d'autres types de mesures peuvent être pris afin de favoriser le gommage de ces inégalités salariales. Ainsi, l'obligation annuelle de négociation, précédemment évoquée, s'impose également en matière de rémunération. Cependant, le bilan d'un tel dispositif est mitigé, dans la mesure où il a certes eu pour incidence une prise de conscience du problème par tous les acteurs du monde du travail, mais il n'a pas permis de réduire significativement les inégalités salariales existantes. Il a donc fallu trouver des mécanismes plus contraignants. Dans cette optique, la loi de 2010 portant réforme des retraites inclut des dispositifs visant notamment la réduction des écarts salariaux entre hommes et femmes. En effet, ces mécanismes répondent à un objectif plus large, de lutte contre les inégalités professionnelles en matière d'emploi, de formation et de promotion professionnelle, etc. Nous les envisagerons toutefois aujourd'hui du strict point de vue de la rémunération. Le choix effectué par le gouvernement est de jouer sur l'image et la réputation des entreprises. En effet, une synthèse du plan d'action visant à réduire les écarts de salaires devra être diffusée sur le site internet de l'entreprise, avec les indicateurs et objectifs dudit plan. Mais, le dispositif en cause ne s'applique qu'aux entreprises de 50 salariés et plus, laissant donc les autres sans aucune contrainte concernant l'égalité entre hommes et femmes alors que le paysage socio-économique de la France est essentiellement constitué de TPE-PME (très petites entreprises – petites et moyennes entreprises). Pour les entreprises de plus de 50 salariés, un rapport annuel, relatif à la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise doit être remis au comité d'entreprise, et à défaut aux délégués du personnel. En outre, un plan d'action comprenant le bilan des objectifs de l'année passée et ceux pour l'année à venir doit être établi. Les salariés, ainsi que l'inspection du travail, seront obligatoirement informés de cette procédure. Par ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, les entreprises n'ayant pas joué le jeu de la négociation annuelle obligatoire subissent une pénalité financière. Le montant de cette pénalité est fixé au maximum à 1% des rémunérations versées aux travailleurs (salariés ou assimilés), au cours des périodes durant lesquelles l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action. C'est une sanction théoriquement

considérable, car la notion de rémunération fait référence à toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail (ce qui comprend les salaires ou gains, indemnités de congés payés, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, etc.). Ce dispositif s'inscrit donc parfaitement dans un mouvement de lutte contre les inégalités professionnelles entre hommes et femmes, spécialement en matière de rémunération. Mais on peut s'interroger sur son impact réel. Celui-ci semble être assez relatif, dans la mesure où la pénalité envisagée n'est applicable qu'aux entreprises n'ayant pas conclu un accord ou mis en place un plan d'action. Et en aucun cas, aux entreprises n'ayant pas réussi à réduire de manière effective les écarts salariaux entre hommes et femmes. Ainsi, une prise de conscience pourra certes être impulsée par un tel dispositif, mais aucun objectif chiffré et précis n'est imposé aux entreprises. Notre étude montre donc que du chemin reste à parcourir pour assurer une égalité entre les hommes et les femmes en matière d'accès à l'emploi et d'égalité de rémunération; mais que des efforts ont été faits, laissant présager et espérer une réduction des inégalités. On peut, à cet égard, mentionner le rapport de la HALDE (Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) de 2010 qui précise que seulement 4,5% des requêtes portent sur une discrimination fondée sur le sexe contre 20% pour le handicap et 27% pour des discriminations basées sur l'origine. Il convient alors maintenant de s'intéresser à la notion de sexe entendu comme pratiques sexuelles.

## II. Le droit social confronté à la sexualité au travail

### A. Les travailleurs et le sexe

« *Le droit du travail est en train de changer de paradigme : il passe d'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail* ». Cette formule de Gilles Trudeau (lors du 29<sup>e</sup> colloque de droit social de Montréal d'octobre 2009) met en exergue la tendance générale de notre matière, confrontée aux problématiques découlant des relations de couple des acteurs de l'entreprise. Depuis la loi du 31 décembre 1992 (loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance-chômage) le principe de non-discrimination interdit à l'ensemble des acteurs de l'entreprise « d'apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (article L. 1121-1). En outre, cette autonomie de la sphère privée des salariés est largement relayée par la jurisprudence notamment avec l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001 qui abandonna le concept de vie personnelle pour envisager la protection de la vie du salarié sous l'angle des droits fondamentaux de la personne. En effet, la chambre sociale affirme que « le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ». Cela implique aussi bien la préservation de l'intimité physique du salarié que l'intimité de sa personnalité. La liberté matrimoniale, le statut familial du salarié, ses choix de vie affectifs appartiennent sans hésitation à ces qualifications de « droits des personnes et libertés individuelles ». Cette non-prise en compte de la situation matrimoniale et affective du salarié s'impose ainsi à la représentation du personnel, aux syndicats mais également aux normes infra-légales du droit du travail que sont les conventions et accords collectifs de travail. Le règlement intérieur ne peut

comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison notamment de leur situation de famille (L. 1321-3 code du travail). Ainsi, une clause interdisant toute relation entre membres de l'entreprise serait illégale. Le contrat de travail est également soumis à cette obligation : l'exemple le plus frappant concerne les clauses de célibat insérées à une certaine époque dans le contrat liant les compagnies aériennes à leurs hôtesses de l'air ou concernant les assistantes sociales. En effet, la liberté du mariage est un principe d'ordre public (Cass. ch. mixte. 17 octobre 1975). *A fortiori*, l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire connaît certaines limites. Il ne peut fonder le licenciement d'un sacristain sur la révélation de son homosexualité, car il s'agit d'un motif tiré uniquement de la vie privée (CA Paris 29 janvier 1992 1er ch. À n° 91-22143, Assoc. Fraternité Saint-Pie X c/ Painsec) ou encore sur une liaison avec un subordonné (Cass. soc., 20 oct. 1976), ou un supérieur hiérarchique (Cass. soc., 30 mars 1982). De même, la jurisprudence a récemment précisé que les juges du fond doivent faire abstraction du contexte amoureux de la relation de travail, pour s'en tenir à une analyse uniquement "professionnelle" des circonstances de fait. Ainsi, la rupture amoureuse entre un employeur et sa salariée ne peut suffire à justifier la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 8 février 2005, n° 03-40.385, Mme Marina Duprey c/ Entreprise Le Clémenceau). Cependant, les faits de la vie extra-professionnelle du salarié peuvent être pris en considération « lorsque le comportement de l'intéressé compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière » (Cass. soc., 1er avr. 1992) ou qu'un discrédit a été porté à l'employeur (Cass. soc., 21 mai 2002). Un tel trouble peut résulter d'une relation au sein de l'entreprise ; par exemple si celle-ci engendre une rupture d'égalité avec les autres salariés hors du couple. Ou encore, constitue une faute grave le fait pour un salarié d'avoir une liaison avec la femme de son employeur et de relater cette inconduite en public (Cass. soc. 12 juillet 1990). Ainsi, la protection des relations affectives découlant du rattachement à la sphère privée n'est pas absolue, l'employeur disposant du pouvoir de sanctionner certains comportements. Mais il lui incombe également une obligation de protéger le travailleur à l'encontre du harcèlement sexuel. L'article L. 1153-1 du Code du travail prévoit que « les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits ». Plusieurs agissements de harcèlement étant exigés, un seul comportement déplacé ne peut en principe suffire à caractériser un harcèlement. Cependant, depuis la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, « tout agissement à connotation sexuelle, subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant » est assimilé à une discrimination. Par conséquent, un agissement unique à connotation sexuelle peut désormais être sanctionné. L'auteur du harcèlement sexuel peut être toute personne de l'entreprise, voire une personne extérieure à l'entreprise susceptible d'influencer le salarié (responsable de recrutement, client important, conjoint de l'employeur). Aucune restriction n'est posée quant à la qualité de la victime (salarié, candidat à l'emploi ou stagiaire). Le harcèlement sexuel porte gravement atteinte à l'intégrité physique et psychique de la personne, à son droit au travail

dans des conditions normales : il constitue une faute grave justifiant le licenciement de son auteur. À l'instar du droit communautaire, le législateur n'a pas précisé la nature des agissements pouvant caractériser un harcèlement sexuel. Cette conception très vague permet d'englober de très nombreux comportements, tels que le chantage à la promotion, les propos déplacés ou obscènes, qu'il s'agisse de paroles ou d'écrits, exprimant menaces, avances, ou propositions de rapport sexuel (CA Metz, 10 nov. 2003, n°1999/02034 : « Tu as un cul d'enfer »). Ces agissements ne doivent pas avoir été souhaités, mais subis par la victime. Toute la difficulté sera de faire la différence entre le flirt entre collègues et le véritable harcèlement ce qui n'est pas sans difficultés et conséquences pour l'employeur. En effet, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, ce dernier voit sa responsabilité engagée dès qu'un salarié est victime de harcèlement sexuel, quand bien même il aurait pris les mesures nécessaires pour le faire cesser.

### B. Les travailleurs du sexe

Par « travailleurs du sexe », hommes ou femmes, il faut entendre les prostitués, les acteurs de films pornographiques, les strip-teaseurs, ou les opérateurs de téléphone rose. Même si l'objet du travail est pour eux en rapport avec le sexe, tous ces travailleurs n'ont pas la même existence aux yeux du droit du travail. Par exemple, le statut des acteurs de films pornographiques est régi par assimilation aux acteurs « classiques » par le Code du travail et par la Convention de l'audiovisuel. Ils sont à ce titre considérés comme intermittents du spectacle, catégorie fourre-tout qui regroupe les artistes et techniciens de ce secteur. Ces acteurs sont subordonnés directement à la société de production, car l'intervention d'un agent, pourtant d'usage pour les acteurs ordinaires, pourrait être qualifiée de proxénétisme. Le recours à un commissionnaire est néanmoins envisageable pour les activités connexes à la pornographie, par exemple les shows érotiques et les photographies de charme. Tout comme les autres intermittents du spectacle, les acteurs de films pornographiques bénéficient des prestations de l'assurance chômage, sous certaines conditions. L'octroi d'un revenu de remplacement pendant les périodes d'inactivité, à condition toutefois de justifier d'au moins 507 heures travaillées sur 319 jours consécutifs. Ils sont couverts par la sécurité sociale en qualité d'assurés sociaux et à ce titre bénéficient de l'assurance maladie et cotisent pour leur retraite. On peut donc considérer que les acteurs pornographiques jouissent des effets protecteurs du droit social. Les prostitués ne sont pas dans la même position. En effet, ils pratiquent des relations sexuelles contre rémunération. Bien qu'exercé par les membres des deux sexes, le « plus vieux métier du monde » est majoritairement accompli par les femmes et consommé par les hommes. Il faut comprendre que désigner le ou la prostitué(e) de « travailleur du sexe » c'est déjà lui reconnaître le statut de professionnel. Pourtant, toutes les législations européennes ne s'accordent pas à raisonner de cette façon. Les pays prohibitionnistes rendent illégal l'exercice de la prostitution, comme en Bulgarie, en Roumanie, ou en Albanie. À l'inverse, les systèmes réglementaristes c'est-à-dire l'Allemagne, la Belgique et les Pays-Bas, encadrent cette pratique en conférant aux prostitués un véritable statut. La France, quant à elle, opte pour une politique abolitionniste depuis 1946. En effet, la loi Marthe Richard, qui interdit les maisons closes, ôte aux

filles de joie leur statut réglementaire. Ainsi, la France, sans interdire l'exercice de la prostitution, occulte son existence, la plongeant dans un vide juridique. Elle ne condamne que les actions qui gravitent autour de la prostitution, ne réprimant que le proxénétisme et le racolage. Cette position ambiguë est problématique, car elle les prive d'un véritable statut social. Ils n'ont ni contrat de travail ni droit à la sécurité sociale en raison de leur activité professionnelle. Ils ne peuvent davantage conclure des conventions avec leurs clients. Ainsi, ils ne sauraient être considérés comme des prestataires de services exerçant une profession libérale. L'État s'arroge pourtant le droit d'effectuer sur leurs revenus les prélèvements fiscaux dus par les travailleurs classiques. Les prostitués sont donc astreints à des obligations, mais ne profitent que de droits limités. Ils bénéficient néanmoins à titre subsidiaire d'un rattachement à la sécurité sociale pour l'assurance maladie par l'effet de certains mécanismes. Ainsi, les prostitués peuvent obtenir le statut d'ayant droit par l'intermédiaire d'un proche. Une personne sans activité professionnelle pourra percevoir des prestations de sécurité sociale en vertu d'un lien familial ou affectif. À défaut, le prostitué pourra prétendre à la couverture maladie universelle (la CMU). C'est un mécanisme permettant de couvrir tous les résidents du territoire français en situation régulière qui ne sont pas assurés sociaux ou ayants droit. Les prostitués en situation irrégulière peuvent, quant à eux, être pris en charge par l'Aide Médicale d'État sous condition de s'acquitter de la somme de 30€. L'étendue de leur couverture est donc limitée. Ils sont en effet appréhendés par le droit de la sécurité sociale en leur qualité de résident et non en leur qualité de travailleur ce qui entraîne une protection qui se résume au seul remboursement des frais médicaux. Ainsi, à la différence des autres travailleurs, le prostitué ne pourra pas obtenir d'indemnités journalières compensant la perte de revenu en cas de maladie. Le Danemark, l'Angleterre, l'Italie, la Suède ont retenu la même logique. Ainsi, aucun statut social ne leur est conféré, mais ils bénéficient du service national de santé reconnu à tous les résidents. Cette situation est d'autant plus critiquable que certains pays européens ont su attribuer aux prostitués un véritable statut. Ils peuvent soit adopter le statut de travailleur libéral, soit celui de salariés des établissements spécialisés de type Eros Centers, le proxénétisme étant légalisé. Face à ces pays qui ont pris en main la situation, le droit social français nous semble bien impuissant à satisfaire les aspirations des travailleurs du sexe. Peut-être, le législateur devrait se laisser tenter par quelque infidélité à l'orthodoxie juridique.

## M2 Droit du travail et de la protection sociale

### SEXE ET DROIT PUBLIC

Qu'est-ce qu'un film pornographique ?<sup>23</sup> Pour répondre à cette interrogation, une distinction a été faite à la fin des années 1960 entre le film érotique et le film pornographique. Le film érotique « dévoile la relation sexuelle, mais simulée et encadrée par un scénario

présentant quelque consistance »<sup>24</sup>. La définition du film érotique consiste donc « en la représentation de la sexualité à l'écran ou, plus explicitement, dans la description d'une rencontre de désirs sexuels de personnages dont les corps sont mis en scène de façon à stimuler l'émoi des spectateurs »<sup>25</sup>. Le film pornographique, quant à lui, « montre, comme à la loupe, la totalité de l'acte sexuel »<sup>26</sup>. Barthélémy Amengual, disait à ce propos que c'est une manière de filmer « sans recul et sans distance intellectuelle, un cinéma minimal, qui ne raconte pas, qui ne discourt pas, qui ne pense pas, qui se contente de montrer, montrer encore, montrer toujours plus. »<sup>27</sup> C'est d'ailleurs à partir de ces années-là que l'on voit un réel essor de films pornographiques aux titres évocateurs tels que *Gorge profonde*, *Les culbuteuses*, *Les gourmandes de sexe*, et bien d'autres. En droit, la distinction entre les films pornographiques de ceux qui ne le sont pas apparaît dans les articles 11 et 12 de la loi du 30 décembre 1975 portant loi de finances pour l'année 1976<sup>28</sup>, par une taxation plus lourde des films classés pornographiques, sans toutefois définir le terme « pornographique ». Mais pourquoi intituler cette intervention « sexe et droit public » s'il est question de pornographie ? Nous avons décidé d'aborder la thématique du genre, plus précisément celle du genre cinématographique, et celle de la sexualité, par l'évocation de la pornographie. La question qui se pose donc est la suivante : qu'est-ce qu'un film pornographique, et surtout, qu'est-ce qu'un film pornographique pour le juriste publiciste ? Pour ce faire, nous nous sommes intéressés au regard que porte le Conseil d'État, dans un de ses fameux arrêts portant sur le film « Baise-moi ». Dans cet arrêt du 30 juin 2000<sup>29</sup>, le Conseil d'État était invité à statuer sur la requête introduite par l'association Promouvoir, association ayant pour objet la promotion des valeurs judéo-chrétiennes dans tous les domaines de la vie sociale. En effet, la ministre de la Culture de l'époque avait, conformément à l'avis de la commission de classification, accordé au film de Virginie Despentes et Coralie Trinh-Thi un visa d'exploitation. Ce dernier était assorti d'une interdiction de représentation aux mineurs de 16 ans et d'une obligation d'apposer à l'entrée des salles et d'insérer dans tous les documents publicitaires un avertissement : « ce film, qui enchaîne sans interruption des scènes de sexe d'une crudité appuyée et des images d'une violence particulière, peut profondément choquer certains spectateurs ». L'association Promouvoir a donc formé un recours pour excès de pouvoir contre la décision du ministre, fondé sur ce que ce film aurait en réalité dû être classé dans la catégorie des films pornographiques et d'incitation à la violence, et, par suite, interdit aux moins de 18 ans. Le Conseil d'État fit droit à la requête considérant que « dès lors que les dispositions du décret de 1990 ne prévoient pas qu'une œuvre cinématographique puisse être interdite de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans autrement que par son inscription sur la liste

<sup>23</sup> M. Guyomar et P. Colin, *Qu'est-ce qu'un film pornographique ?*, AJDA, 2000, p. 609.

<sup>24</sup> C. Tapia, *L'érotisme au cinéma*, Connexions, 2007, n° 87, p. 49.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>27</sup> Cité par C. Tapia, *idem*, p. 50.

<sup>28</sup> Loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975 de finances pour 1976, JO du 31 décembre, p. 13566.

<sup>29</sup> CE, Sect., 30 juin 2000, Rec., 265, concl. E. Honorat ; AJDA, 2000, 609, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA, 2000, 1282, note M. Canedo ; RFDA, 1311, note J. Morange.

des films pornographiques ou d'incitation à la violence, le film relevait de l'inscription sur cette liste ». Cet arrêt permet donc de s'intéresser à l'acte sexuel au cinéma et notamment à son appréhension et son appréciation par le juge administratif. Car ayant suscité de nombreuses réactions, cette appréciation se situe dans un contexte particulier. Il sera donc question de la position du juge face à l'administration (I), avant de s'intéresser à l'environnement normatif du juge administratif (II).

## I. Le juge face à l'Administration

Si l'audace du juge dans son audace a pu susciter les critiques les plus virulentes (B), c'est parce qu'en réalité elle n'est compréhensible qu'en considération du droit positif dans lequel elle s'inscrit (A).

### A. Le cadre juridique du contrôle cinématographique

Le cadre juridique tient à deux types de mesures que peut prendre le ministre en vertu de la loi. Deux types de mesure qui sont, d'une part, une mesure de police administrative, et d'autre part une mesure de nature fiscale et financière. S'agissant de la mesure de police spéciale administrative, elle tient en réalité en l'existence d'un régime d'autorisation préalable. Régime d'autorisation qui se formalise dans la délivrance d'un visa cinématographique à l'occasion duquel le ministre classera le film dans une des catégories existantes. Il faut savoir que ce régime d'autorisation préalable des publications cinématographiques existe depuis l'origine, on rapporte son origine à l'année 1916. C'est la loi, Constitution oblige, qui prévoit ce régime d'autorisation préalable. Le Code du cinéma et de l'image animée (art L211-1) prévoit ainsi qu'il faut l'obtention d'un visa d'exploitation cinématographique délivré par le ministre de l'Information. C'est ensuite un décret du 23 février 1990 qui vient réglementer la délivrance des visas cinématographiques par le ministre. Celui-ci prévoit que le ministre devra recueillir l'avis obligatoire d'une commission de classification. Avis obligatoire, mais non conforme. Toutefois, le ministre ne pourra s'écarter de l'avis de la commission qu'après l'avoir invitée au préalable à réexaminer sa position. Dans le cadre de l'arrêt Promouvoir, objet de cette étude, la commission ne se prononcera qu'avec une courte majorité : 13 voix contre 14. Le ministre décidera dans sa décision de suivre l'avis de la commission. La prise en compte des catégories juridiques existantes est un point déterminant pour comprendre la qualification juridique que choisira le juge administratif. Le décret de 1990 prévoyait quatre possibilités de classement pour le ministre lors de la délivrance du visa : l'autorisation de la représentation pour tout public, l'interdiction aux mineurs de 12 ans, l'interdiction aux mineurs de 16 ans ou l'interdiction totale de la représentation. En l'espèce, le ministre optera pour l'interdiction aux mineurs de moins de 16 ans. Parallèlement au régime d'autorisation préalable, le ministre a la possibilité d'inscrire le film sur la liste des films « pornographiques ou d'incitation à la violence ». C'est ce que prévoit la loi du 30 décembre 1975 portant loi de finances pour 1976. Il s'agit alors d'une mesure de nature fiscale et financière. Il convient de remarquer d'ores et déjà que ce régime fiscal n'a pas pour objet la protection de l'ordre public, ce qui le différencie de la mesure de police administrative qui trouve sa raison d'être dans la protection de l'ordre public. Le « listage » dans la catégorie des films

pornographiques et d'incitation à la violence comporte des enjeux non négligeables. On peut en dénombrer deux principaux. D'une part, ce listage va déclencher un régime fiscal très lourd notamment la suppression de tout soutien financier direct ou indirect de l'État aux producteurs et aux salles qui assurent la représentation de ces films. Mais surtout, élément important pour la compréhension de l'arrêt, ces films classés X seront interdits aux mineurs de 18 ans. D'autre part, ce listage provoque une restriction de la diffusion du film en question, les films pornographiques ne pouvant être diffusés que dans des « salles spécialisées ». Et ces salles doivent assumer certaines pénalisations, comme la suppression de toute subvention de soutien financier de l'État. Or il faut savoir qu'il ne reste plus beaucoup de salles spécialisées : six sur toute la France à l'époque de l'arrêt. C'est la raison pour laquelle cette loi d'objet fiscal est en réalité un véritable « ghetto juridique » pour reprendre une expression de Pierre Soudet<sup>30</sup>. Et c'est compte tenu de ces conséquences et de ces enjeux que certains commentateurs accuseront le Conseil d'État d'avoir opté pour une véritable « censure » en décidant de qualifier le film *Baise-moi* de film X. Mais c'est déjà aborder la question de la mise en œuvre par le juge de ce cadre juridique.

### B. La mise en œuvre du cadre juridique : le contrôle du juge

Lorsque l'on évoque le contrôle du juge, deux questions viennent naturellement : celle de l'intensité de ce contrôle et celle des outils du contrôle. Concernant l'intensité du contrôle du juge, le juge administratif a opté pour un contrôle normal en la matière que ce soit pour la mesure de police administrative ou pour la mesure de classement dans la liste des films dits « X ». S'agissant du contrôle de la mesure de police administrative, le Conseil d'État exerce un contrôle normal depuis 1975 afin de garantir l'exercice de la liberté du cinéma face à cette réglementation stricte que constitue le régime d'autorisation préalable. C'est dans l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 24 janvier 1975, « Ministre de l'Information c/ Sté Rome-Paris Films »<sup>31</sup> que le juge administratif limite le pouvoir discrétionnaire du ministre puisqu'il décide qu'à défaut de critères législatifs, le ministre se doit de « concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques et notamment à la liberté d'expression ». Cette affirmation se suit d'une extension des pouvoirs du juge, car le Conseil d'État se livre alors à un contrôle des motifs et par là à un contrôle de la qualification juridique des faits. S'agissant de la mesure de classement dans la liste de films pornographiques ou d'incitation à la violence, le juge administratif se livre à un contrôle normal depuis les arrêts du Conseil d'État du 13 juillet 1979 « Ministre de la communication c/ SA le comptoir français du film »<sup>32</sup>, et « Société les productions du Chesne »<sup>33</sup>. Le problème qui se pose immédiatement est alors de savoir si le juge a les

<sup>30</sup> P. Soudet, *Étendue et limites du contrôle cinématographique*, EDCE, n° 30, 1978-1979, p. 59.

<sup>31</sup> CE, Ass., 24 janvier 1975, *ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*, Rec., p. 57.

<sup>32</sup> CE, 13 juillet 1979, *ministre de la Culture et de la Communication c/ S.A. Le comptoir français du film*, Rec., p. 322.

<sup>33</sup> CE, 13 juillet 1979, *Société Les productions du Chesne*, Rec., p. 332.

moyens de ses ambitions... Il s'agit du problème des outils du contrôle. Le problème qui va se poser pour le juge administratif est celui de cette notion « floue » que constitue la notion de « film pornographique ou d'incitation à la violence ». En effet, pas de renfort du côté du législateur puisqu'il n'existe pas de définition légale précise et pas de secours non plus du côté de la jurisprudence pénale ou administrative en matière de publication présentant un danger pour la jeunesse. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence administrative va mettre en place un certain nombre de critères permettant de caractériser un « film pornographique ou d'incitation à la violence ». Ces critères sont apparus en 1979 quand le problème se pose dans l'affaire « Société les productions du Chesne » et « Le Comptoir français du film »<sup>34</sup>. Il s'agit de l'affaire où le Conseil d'État se met au contrôle normal. Son commissaire du gouvernement Bruno Genevois<sup>35</sup> propose alors de reprendre les critères dégagés par la Commission de classification. Ces critères sont de nature objective et subjective. Le critère objectif permet de qualifier de film pornographique dès que l'on se trouve en présence d'un film montrant une activité sexuelle réelle, non simulée. Quant au critère subjectif, il prend en considération un certain nombre d'éléments parmi lesquels l'intention du réalisateur, le contenu de l'ensemble du film, le sujet traité et la qualité de la réalisation du film. Ce critère subjectif avait à cette époque un rôle subsidiaire : il servait soit à qualifier lorsque le premier critère n'était pas rempli, soit à disqualifier bien que le premier critère soit rempli. L'existence du critère objectif était alors une condition suffisante. Aujourd'hui, la pondération de ces critères a changé dans le raisonnement de la commission de classification. C'est ce qu'expose le commissaire du gouvernement Edmond Honorat<sup>36</sup> dans ses conclusions sur l'arrêt objet de notre étude et il propose alors au Conseil d'État de suivre cette évolution. Il expose ainsi un « critère mixte » qui est celui de l'objet du film. Pour identifier l'objet du film, il propose que soit utilisée une série d'indices ayant à la fois un aspect subjectif et un aspect objectif. L'aspect subjectif consiste à tenir compte du sujet du film et de l'intention des auteurs du film ; l'aspect objectif viendrait « objectiver » les éléments subjectifs en tenant compte du contenu du film et de la technique de réalisation et des moyens mis en œuvre pour le film. Désormais, le critère objectif est une condition nécessaire, mais non suffisante. Si l'on s'arrête maintenant sur la motivation émise par le juge dans l'arrêt à commenter, on se rend bien compte que le CE fait une utilisation combinée des deux critères pour aboutir à la qualification de film X : on retrouve le critère objectif lorsqu'il est relevé que le film est « composé pour l'essentiel d'une succession de scènes de grande violence et de scènes de sexe non simulées » ; le critère subjectif transparaît dans la suite de la motivation : « sans que les autres séquences traduisent l'intention, affichée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société ». Il semble donc que le juge fasse une application mixte des deux critères, car le juge fait autant de place au critère subjectif qu'au critère objectif, et ce faisant, le critère subjectif a désormais

autant de valeur que le critère objectif. Doit-on se réjouir de cette appréciation du juge qui laisse place à des considérations subjectives ? On peut légitimement se demander si l'on ne serait pas en flagrant délit de contrôle de l'opportunité. C'est en effet la réaction majoritaire des commentateurs de l'arrêt qui sont allés jusqu'à accuser le Conseil d'État de se faire le « chantre d'une sagesse surannée »<sup>37</sup>. D'autres, comme Xavier Daverat,<sup>38</sup> souligneront par exemple les stratégies moralisatrices du Conseil d'État, car d'une part il impose aux réalisateurs certaines conduites en indiquant le sens qu'ils auraient dû donner à leur film et d'autre part en leur imposant des choix esthétiques puisqu'il dit que le sens aurait dû être affiché.

D'autres commentateurs ont avancé alors des alternatives pour remédier aux problèmes que pose le critère subjectif, Olivier Lecucq<sup>39</sup>, par exemple, propose que l'on fasse en sorte que la Commission de classification ait un vrai pouvoir de décision en renforçant ses compétences. Xavier Daverat propose ainsi que la compétence de la délivrance du visa soit laissée à la commission qui statuerait indépendamment d'une intervention du pouvoir exécutif. Concernant le degré du contrôle du juge, il est proposé de limiter ce contrôle à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui serait plus approprié. Mais le juge administratif est-il vraiment entré dans des considérations d'opportunité en l'espèce ? On comprend que le juge administratif n'est pas entré dans des considérations d'opportunité lorsqu'on les confronte aux conclusions du commissaire du gouvernement E. Honorat. Ce dernier évoquait notamment les incidences fiscales et financières d'un tel classement qui conduirait à des conséquences disproportionnées selon lui et surtout le fait que le classement X ne servirait à rien puisque le roman était déjà en vente libre sans compter l'éventualité pour le film d'être accessible sous peu sur internet, la télévision ou d'autres supports. On comprend alors que le Conseil d'État, ne reprenant pas de telles considérations dans sa motivation, est resté imperméable à cet argument « conséquentialiste ». En ne tenant pas compte des conséquences disproportionnées auxquelles aboutira sa décision de classement X, il fait preuve de réserve et décide sagement de ne pas se substituer au pouvoir législatif et réglementaire pour corriger les incohérences d'un état de droit. De plus, le juge n'est pas sorti de ses attributions. Elle est la conséquence de l'absence de critères législatifs précis et rigoureux, le juge devant trancher sous peine de déni de justice. On doit regretter cette incompétence négative du législateur en la matière. Enfin, il faut tout de même rappeler que les critères utilisés par le juge administratif ne découlent pas de son arbitraire, mais ils sont bien ceux dégagés par la Commission de classification des œuvres cinématographiques elle-même. Ce raisonnement bien plus que d'être opportuniste est finaliste. Cette qualification par le juge de « film pornographique ou d'incitation à la violence » s'explique en effet par le fait qu'il n'existe plus, à la date où le juge statue, de possibilité d'interdire le film aux moins de 18 ans autre que par cette qualification. C'est le décret du 23

<sup>34</sup> Préc.

<sup>35</sup> B. Genevois, concl. sur CE, 13 juillet 1979, ministre de la Culture et de la Communication c/ S.A. Le comptoir français du film, Gaz. Pal., 1981, jur., p. 324.

<sup>36</sup> E. Honorat, concl. sur CE, Sect., 30 juin 2000, Association Promouvoir, Rec., p. 267.

<sup>37</sup> M. Canedo, *Le Conseil d'État gardien de la moralité publique ?*, RFDA, 2000, p. 1282.

<sup>38</sup> X. Daverat, *La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique*, Gaz. Pal., 13 mai 2003 n°133, p. 23.

<sup>39</sup> O. Lecucq, *L'expression cinématographique, le juge administratif et la constitution*, LPA, 15 déc. 2000 n° 250, p. 9.

février 1990 qui est venu supprimer cette catégorie alors que le règlement d'administration publique du 18 janvier 1961 relatif à la classification des œuvres cinématographiques prévoyait une telle interdiction à cette tranche d'âge. Le classement X n'a donc été retenu que par défaut, car la catégorie immédiatement inférieure ne convenait pas et qu'il n'existait pas de catégorie intermédiaire permettant une interdiction totale pour les mineurs. L'intention paraît donc louable, mais l'utilisation de la législation fiscale de 1975 pour la protection des mineurs n'en est pas moins problématique. Le juge fait ainsi peser sur le film des conséquences financières et fiscales pour protéger l'ordre public alors que ce n'est ni l'objet ni le but de ce régime fiscal. On voit comment la qualification juridique des faits est instrumentalisée au service d'un régime juridique que l'on cherche à avoir. C'est une qualification téléologique, finaliste de « films X » dans le but de faire bénéficier d'un certain régime pour pallier une carence du législateur. Mais c'est déjà aborder le problème de l'incompétence négative du législateur.

## II. L'environnement normatif du juge administratif

Comme nous allons le constater, le Conseil d'État a pris cette décision en raison d'un certain nombre de contraintes qui l'ont amené à adopter un raisonnement incitatif vis-à-vis du gouvernement (A). Cette jurisprudence fut suivie par d'autres et la nouvelle réglementation n'enlève rien à l'actualité de l'affaire (B).

### A. Les contraintes normatives du juge administratif

Le Conseil d'État a d'abord subi une contrainte d'ordre pénal. En l'effet, l'article 227-24 du Code pénal, réprimant la diffusion de « message à caractère violent ou pornographique [...] susceptible d'être vu ou perçu par un mineur » risquait de s'appliquer en l'espèce si le film était seulement interdit aux moins de 16 ans. Le juge a donc mis en balance le risque pénal de l'exploitant et le risque fiscal de l'exploitant, à savoir les mesures fiscales en l'absence d'une règle de police interdisant les films aux moins de 18 ans. Dans cette affaire, le Conseil d'État a choisi les mesures fiscales. Il est difficile de dire si un autre choix était possible. En effet, si le juge du Palais Royal avait laissé passer, les exploitants auraient été, très probablement poursuivis. Ce qui explique le refus du juge. On peut y voir, de la part du juge, le souci de garantir la sécurité juridique pour les exploitants de cinéma. La raison sous-jacente de ce raisonnement paraît être la protection des mineurs. L'on peut, à cet égard, noter que dans le visa de l'arrêt « Promouvoir » on trouve la Convention de New York de 1990, relative aux droits de l'enfant, et dont l'invocabilité en droit interne pose débat. Cette référence n'est donc pas le fruit du hasard. C'est d'ailleurs l'idée du professeur Morange pour qui le véritable intérêt de l'arrêt n'est pas tant le faux débat sur le « risque de censure », mais bien le vrai débat sur la protection des mineurs.<sup>40</sup> Peut-on aller, jusqu'à considérer que le juge reconnaît un principe juridique de protection des mineurs ? Le Conseil d'État ne répond pas vraiment à cette question, et en tous les cas, ne semble pas aller jusqu'à cela. Mais cela n'enlève rien au fait que le juge opère une balance entre

les intérêts des mineurs et les intérêts des exploitants avec, clairement, un penchant pour le premier. Ce que le professeur Morange appelle « la défense du faible contre le fort ». <sup>41</sup> Cette idée est confortée par le fait que le juge a choisi le classement X par défaut parce que le classement d'interdiction aux moins de 16 ans pouvait se révéler dangereux pour la jeunesse. Cet arrêt est également un exemple topique de l'usage du conséquentialisme par le juge. On assiste, ainsi, à un syllogisme inversé. C'est-à-dire que le juge part de la solution qu'il désire prendre et va élaborer son raisonnement juridique à partir de cette solution voulue. Quitte à faire produire à une mesure spécifique des effets non voulus par le gouvernement. En l'espèce, il fait ainsi jouer au classement X, qui est une mesure fiscale, le rôle d'une interdiction aux moins de 18 ans, que le pouvoir réglementaire avait supprimé avec le décret du 23 février 1990.<sup>42</sup> On peut dire que, avec cet arrêt, le juge a relevé la majorité cinématographique de 16 à 18 ans. D'où l'incitation au gouvernement pour changer la réglementation. L'état d'esprit des conclusions du commissaire du gouvernement était que ce film était trop violent pour être seulement interdit aux moins de 16 ans, mais qu'il ne l'était pas assez pour justifier le classement X. On voit ainsi l'idée sous-jacente que le gouvernement devrait changer la réglementation et réinclure une nouvelle catégorie d'interdiction, celle des films interdits aux moins de 18 ans. On l'a dit, le juge a choisi par défaut. Il fait apparaître, dans son raisonnement, la nécessité de l'introduction d'une nouvelle catégorie. Néanmoins, le Conseil d'État n'intervient pas lui-même. On a ici un exemple parfait du *self-restraint* du juge. Le Conseil d'État a retenu une solution plus sévère que celle préconisée par le commissaire du gouvernement, peut-être pour inciter le gouvernement à agir, pour combler ce que l'on pouvait appeler un vide juridique.<sup>43</sup> On peut dire qu'il a réussi puisque, deux semaines plus tard, la ministre de la Culture de l'époque annonçait un changement de réglementation.

### B. L'actualité normative du contentieux des visas cinématographiques

Le premier changement est intervenu avec le décret du 12 juillet 2001 rétablissant la catégorie des films interdits aux moins de 18 ans. Il n'est pas étonnant que le premier film à avoir bénéficié de ce changement de réglementation fût « Baise-moi ». Le décret de 2001 est-il moins libéral que celui de 1990 ? On peut répondre par la négative, car il permet à des films comme *Baise-moi*, d'avoir une vie commerciale ce que ne permettait pas le décret de 1990. On peut donc dire que le décret de 2001 est plus libéral que celui de 1990.<sup>44</sup> Néanmoins, un nouveau problème se pose: celui de la délimitation entre l'interdiction aux moins de 16 ans et l'interdiction aux moins de 18 ans. L'arrêt « Promouvoir » de 2000 n'est pas le seul arrêt « Promouvoir », et on a pu assister à une véritable saga jurisprudentielle. Dans l'arrêt « Promouvoir » du 14 juin 2002<sup>45</sup>, l'association Promouvoir, désireuse de tuer le film, forme un nouveau recours contre le visa cinématographique de celui-ci. Le Conseil d'État semble

<sup>40</sup> J. Morange, *Censure, liberté, protection de la jeunesse*, RFDA, 2000, pp. 1311-1317.

<sup>41</sup> *Idem.*, p. 1316.

<sup>42</sup> P. Colin et M. Guyomar, *chron.*, AJDA, 2000, pp. 612-613.

<sup>43</sup> *Idem.* p. 613.

<sup>44</sup> P. Tifine et N. Ach, *La police du cinéma et la liberté artistique*, LPA, n° 251, 2001, p. 17

<sup>45</sup> CE, 14 juin 2002, Rec., p. 217.

plus libéré que lors du premier arrêt, et il va rejeter le recours de l'association au motif qu'il n'existe pas d'atteinte à l'autorité de chose jugée, la nouvelle réglementation étant intervenue entre temps. Néanmoins, le Conseil d'État se contredit sur le critère subjectif dans l'appréciation du film, en lui reconnaissant une dimension esthétique, ce qu'il s'était refusé de faire dans le premier arrêt. Cet arrêt est également intéressant, car il y est fait référence au but d'intérêt général d'assurer l'harmonisation entre les dispositions de l'article 227-24 du Code pénal et les règles de délivrance des visas cinématographiques. Un autre changement de réglementation est intervenu avec le décret du 4 décembre 2003 modifiant la procédure de vote au sein de la commission de classification des œuvres cinématographiques. Avant ce changement, pour la décision d'interdiction aux moins de 18 ans ou la classification X, il était exigé une majorité qualifiée des deux tiers. Aujourd'hui, il n'est plus exigé qu'une majorité simple pour les interdictions aux moins de 18 ans. Ce changement favorise grandement le poids des experts de l'enfance par rapport aux professionnels du cinéma. On assiste, ainsi, à une modification de l'équilibre au sein de la classification au détriment de la liberté cinématographique.<sup>46</sup> La saga jurisprudentielle ne s'est pas arrêtée avec le film *Baise-moi*. D'autres films ont subi les foudres de l'association Promouvoir. Ainsi, l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2004 relatif au film « Ken Park »<sup>47</sup>. Ici, l'intérêt de l'arrêt est la place prépondérante du critère subjectif dans le raisonnement du juge. Il est fait ainsi référence au message véhiculé par l'œuvre.<sup>48</sup> Par la suite, le juge du Palais-Royal a eu l'opportunité de se prononcer sur la validité du visa cinématographique du film *Antichrist* dans un arrêt du 25 novembre 2009<sup>49</sup>. L'obligation de motivation des visas d'exploitation s'en retrouve accrue, non pas pour les bénéficiaires, notamment les producteurs, mais pour les tiers, dont les associations. Il y a ici une reconnaissance de l'existence des décisions à double face, au moins en ce qui concerne la protection des mineurs. Cette solution pose problème. En effet, traditionnellement, la motivation accrue est exigée afin de protéger une liberté, l'administration devant justifier l'atteinte qui y est portée. Ici, la motivation accrue est exigée afin de profiter d'une liberté. En tout état de cause, on a ici un fort encadrement de la police spéciale du ministre, non pour la protection des principaux concernés, mais pour la protection des tiers.<sup>50</sup> Enfin, la réforme du 22 février 2010 rend ce type de contentieux encore plus d'actualité.<sup>51</sup> Ce décret opère un transfert de compétence du Conseil d'État vers le tribunal administratif de Paris en ce qui concerne le contentieux des visas cinématographiques. En effet, le décret abroge la règle de l'article R311-1, 5° du Code de justice administrative, selon laquelle le Conseil d'État était compétent en premier ressort pour les actes administratifs dont le champ d'application territorial dépassait le champ territorial d'un

tribunal administratif. Désormais, le Conseil d'État est compétent en premier ressort, pour les actes réglementaires des ministres. La question qui se posait était donc de savoir si la décision d'attribution d'un visa était un acte réglementaire. Le juge des référés du Conseil d'État a répondu par la négative lors d'une ordonnance du 4 novembre 2010. On peut donc s'attendre à une augmentation du contentieux en la matière, notamment en raison de plus grande accessibilité du tribunal administratif de Paris par rapport au Conseil d'État, ne serait-ce qu'en termes de frais procéduraux.

**Conclusion** - Ces éclaircissements dénotent une évolution dans le rôle du juge administratif. En effet, la représentation des films X à l'heure de la génération Y s'en trouve totalement modifiée. Les films des années 1970 font aujourd'hui pâle figure face aux nouvelles représentations du sexe, que ce soit au cinéma, à la télévision, et, devant le nouvel enjeu d'aujourd'hui, Internet. Ces développements censés étayer l'hypothèse d'une différence entre sexe et droit public révèlent qu'ils sont plus faciles à lier, avec, bien entendu, tous les rapports d'inégalité propres au droit public. Là où l'on voyait une distinction, il faudrait en réalité envisager l'hypothèse d'un couple.

## Master 2 Droit public fondamental

### L'IDENTITÉ SEXUELLE

À la rentrée 2011, quatre-vingts députés UMP ont demandé le retrait dans les manuels scolaires de la théorie du genre. Cette théorie, née des travaux des médecins américains John Money et Robert Stoller, met en exergue le rôle des facteurs sociaux dans la détermination de l'identité sexuelle. Elle s'oppose ainsi à une vision purement biologique du sexe. Ces conceptions antagonistes de l'identité sexuelle se retrouvent dans le débat juridique. Il faut immédiatement exclure de notre propos la question de l'orientation sexuelle et, partant, les problématiques liées à l'homosexualité. Nous aborderons exclusivement l'identité sexuelle au sens juridique du terme, c'est-à-dire en tant qu'élément de l'état civil de la personne. Il n'existe aucune définition légale du sexe, mais la question de l'identité sexuelle est ancienne. La jurisprudence a été amenée à se prononcer sur ce point et à donner, dès 1903, une définition selon laquelle le sexe est déterminé par les organes génitaux apparents. C'est donc une définition biologique qui prévaut, et ce sera le cas jusqu'à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme pour la violation de l'article 8 de la Convention dans l'arrêt *Botella contre France* rendu le 25 mars 1992. Par la suite, la Cour de cassation a accepté la modification de la mention du sexe d'une personne transsexuelle et a ainsi consacré une définition psychosociologique du sexe dans deux arrêts d'Assemblée plénière du 11 décembre 1992. Actuellement, la question de l'identité sexuelle renvoie principalement à deux phénomènes : le transsexualisme et l'intersexualité ou l'hermaphrodisme. Il convient de nous intéresser dans un premier temps à la conception de l'identité sexuelle (I), avant de constater, dans un second temps, les conséquences de la modification de la mention du sexe sur la vie familiale (II).

<sup>46</sup> C. Bugnon, *La classification des œuvres cinématographiques : l'art de faire du juge un spectateur averti ?*, RRJ, 2006, p. 709.

<sup>47</sup> CE, 4 février 2004, Rec. tables, p. 887.

<sup>48</sup> C. Bugnon, *idem.*, p. 717.

<sup>49</sup> CE, 25 novembre 2009, Rec. tables, p. 964

<sup>50</sup> S. Dupuy-Besson, *La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films*, Légipresse, n° 279, 2011, p. 23.

<sup>51</sup> M. Le Roy, *Les conséquences du décret du 22 février 2010 sur le contentieux des visas d'exploitation des films*, Revue Lamy droit de l'immatériel, N°70, 2011, p. 44.

## **I. L'identité sexuelle : une notion aux contours imprécis nécessitant un encadrement législatif**

La détermination de l'identité sexuelle revêt une importance particulière, notamment parce que la mention du sexe figure sur les actes d'état civil des individus (A). Il faut donc que cette identité sexuelle soit déterminée, ce qui peut s'avérer compliqué dans certains cas (B).

### **A. Une identité sexuelle forcée ou choisie**

S'il est vrai que, la plupart du temps, l'identité sexuelle est imposée aux individus (1), il n'en demeure pas moins que, parfois, les individus découvrent par eux-mêmes l'identité sexuelle qui leur correspond (2).

#### *1. L'hermaphrodisme*

Une personne est dite hermaphrodite lorsqu'elle possède à sa naissance à la fois un pénis et un vagin. En réalité, il existe différents cas d'hermaphrodismes. Il est question d'*hermaphrodisme vrai* lorsque l'individu possède donc à la fois un pénis et un vagin. On parlera de *pseudo hermaphrodisme* pour faire référence à une anomalie congénitale qui rend difficile la différenciation sexuelle. Lorsqu'un enfant naît hermaphrodite se pose la question du sexe dont il sera fait mention sur l'acte de l'état civil. Il faut attribuer à l'enfant un sexe déterminé. Il est alors pratiqué une ablation de l'attribut le moins développé. En principe, le sexe qui doit faire l'objet de cette opération est choisi en commun par les médecins et les parents. Le système actuel ne convient pas aux personnes nées hermaphrodites qui ont subi une telle opération. Selon eux, il faut qu'on leur laisse le choix de grandir et de faire eux-mêmes le choix de leur sexe. Il y a donc lieu de retenir que le cas des hermaphrodites ne donne lieu à aucune solution clairement établie. Il faut suivre les différentes évolutions sur le sujet pour peut-être avoir un jour une réponse à toutes nos interrogations.

#### *2. Le transsexualisme*

Le transsexualisme est défini comme étant la conviction qu'a un sujet d'appartenir à l'autre sexe, qui le conduit à tout mettre en œuvre pour que son anatomie et son mode de vie soient le plus possible conformes à sa conviction. L'arrêt rendu le 25 mars 1992 par la Cour européenne des droits de l'Homme mit fin à la controverse relative à la reconnaissance d'un droit à changer la mention de son sexe à l'état civil ou non en France. Pour les juges strasbourgeois, le sexe est un élément constitutif de l'identité de la personne, laquelle relève de la vie privée de chaque individu. Suite à cette condamnation, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière opéra un revirement de sa jurisprudence par deux arrêts rendus le 11 décembre 1992. Le droit français reconnaît aujourd'hui la possibilité pour un transsexuel d'apposer sur son acte de l'état civil la mention de son sexe d'appartenance et non plus celle de son sexe d'origine. Toutefois, la modification de la mention du sexe à l'état civil est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions.

### **B. La modification de l'état civil soumise à la réunion de différentes conditions**

Il est certain que la modification de la mention du sexe à

l'état civil suppose une modification physique et psychologique de l'individu (1). En revanche, la nécessité d'une opération chirurgicale reste controversée (2).

#### *1. L'exigence d'une modification physique et psychologique*

Pour pallier l'absence de réglementation du transsexualisme, certaines conditions ont été fixées par la jurisprudence. Très généralement, les juges n'accueillent une demande de changement d'état civil d'un transsexuel que si ce dernier a subi des traitements hormonaux ayant entraîné un changement de sexe irréversible. Par ailleurs, il doit également avoir adopté un comportement social correspondant au sexe auquel il prétend appartenir. Le transsexualisme est une question qui soulève des difficultés au niveau européen, de sorte qu'il n'est pas rare pour la Cour européenne des droits de l'Homme de se pencher sur la question. Dans un arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* rendu le 29 avril 2002, la Cour garantit le droit au respect de leur vie privée aux transsexuels. Au titre des conditions de fond, la grande majorité des États européens subordonnent le changement de sexe à l'état civil aux mêmes conditions que celles posées par la jurisprudence française. Toutefois, certains pays disposent d'une véritable législation sur le transsexualisme et sur le changement de sexe à l'état civil. L'exemple le plus connu est celui de l'Espagne. Dans ce pays, le transsexualisme n'était reconnu qu'à la condition que la personne ait subi préalablement une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. La loi du 15 mars 2007 sur l'identité de genre est venue instituer un dispositif spécial concernant le transsexualisme : la personne doit désormais justifier d'un diagnostic médical relatif à sa situation et avoir suivi un traitement médical durant au moins deux années en vue d'adapter son apparence physique au sexe revendiqué, sauf si ce traitement est impossible en raison de son âge ou de sa santé. Se pose alors le problème des transsexuels français cherchant à obtenir à l'étranger ce que le système français ne peut leur offrir. C'est dans ce contexte que la Commission internationale de l'état civil a élaboré une convention aux fins de faciliter la reconnaissance internationale des décisions rendues en matière de transsexualisme. Cette reconnaissance permettra de remédier à certaines difficultés éprouvées pas les transsexuels dans leur vie quotidienne, spécialement lorsqu'ils possèdent une nationalité autre que celle de l'État où la décision de changement de sexe a été obtenue.

#### *2. La nécessité d'une opération chirurgicale ?*

Dans de nombreux États, la mention du sexe ne peut être modifiée à l'état civil que si le sexe physique de l'individu correspond à son comportement social. En quelque sorte, la réalisation d'une opération chirurgicale visant à un changement physique du sexe y est analysée comme un acte attestant de la réelle motivation du transsexuel. La nécessité d'une opération chirurgicale est toutefois controversée. La législation espagnole et anglaise affirme qu'un État manquerait à son obligation de protéger l'intégrité physique de ses ressortissants en exigeant qu'une personne transsexuelle soit astreinte à une opération chirurgicale alors qu'aucun impératif médical ne l'impose. Dans le même sens, les juridictions autrichiennes et allemandes ont concédé que le fait d'imposer une opération chirurgicale n'était guère plus défendable. Le droit français n'a pas encore tranché la question de savoir si le fait d'imposer une opération chirurgicale constitue ou non une ingérence disproportionnée dans la vie privée du

transsexuel. Il peut apparaître inhumain d'imposer au requérant une mesure irréversible comme gage de sa motivation. C'est pourquoi certains auteurs défendent la thèse selon laquelle l'opération chirurgicale de conversion sexuelle doit être une nécessité thérapeutique et non une condition essentielle au changement de sexe à l'état civil. Dès lors, des personnes transsexuelles ne pouvant avoir accès à l'opération chirurgicale pour des raisons financières ou médicales pourraient toutefois obtenir leur changement de sexe sur l'acte d'état civil. La nécessité d'une opération chirurgicale est donc au cœur de toutes les discussions. Lorsque la modification de la mention du sexe à l'état civil est finalement ordonnée, elle produira indubitablement des incidences sur la vie familiale du transsexuel.

## II. Les incidences du changement de sexe sur la vie familiale

La reconnaissance du changement de sexe à l'état civil ne règle pas les questions relatives à l'accès aux différents modes de conjugalité (A) et à la filiation (B) puisque, si l'état civil de l'individu se trouve modifié, on ne peut oublier son état préexistant.

### A. L'accès du transsexuel aux différents modes de conjugalité

La modification de la mention du sexe à l'état civil pose deux questions : quel est le sort réservé à l'union préexistante au changement de sexe (1) ? Par ailleurs, le transsexuel peut-il se marier avec une personne de son sexe d'origine (2) ?

#### 1. Le sort de l'union préexistante au changement de sexe

Le concubinage étant une question de fait, chacun reste libre du choix de son partenaire et le changement de sexe de l'un des membres du couple en cours d'union n'affectera pas sa validité. Concernant le pacte civil de solidarité, le changement de sexe de l'un des partenaires en cours d'union n'affectera pas la légalité du contrat conclu, la différence de sexe n'étant pas une condition de validité du PACS. La majorité des États n'autorisant pas le mariage entre deux personnes de même sexe, il reste à se demander ce que va advenir le mariage préexistant. En France, les juridictions saisies par le conjoint du transsexuel se sont prononcées en faveur du divorce pour faute. Mais quelle peut être la faute commise par le transsexuel ? De toute évidence, le transsexualisme est une pathologie. Or la maladie ne peut caractériser la faute ou ne peut être imputée directement à l'époux transsexuel. Une équipe de recherche dirigée par le Professeur Terré préconise de recourir à la caducité automatique de l'union préexistante au changement de sexe. Il faut noter qu'en droit des contrats, la caducité sanctionne la perte d'un élément essentiel à la validité du contrat, par la survenance d'un événement postérieur à sa formation, et indépendant de la volonté des parties. Cette définition paraît a priori transposable au mariage du transsexuel, puisque le transsexualisme est considéré comme un syndrome indépendant de la volonté de l'individu. L'application de la théorie des nullités n'est pas envisageable, étant donné qu'initialement il s'agissait bien de personnes de sexe biologiquement différent, de sorte que le mariage fut valablement formé. Si la question du sort du mariage antérieur au changement de sexe a vocation à se poser en

France, faute d'une législation spécifique, il en est autrement dans certains États européens. Tel est le cas de l'Allemagne, des Pays-Bas ou encore de la Suisse qui subordonnent le changement de sexe à l'état civil à la dissolution préalable du mariage ou au célibat de l'intéressé. D'autres États, comme la Turquie ou l'Italie, prévoient la dissolution de plein droit du mariage à compter du jour où la décision autorisant le changement de sexe est devenue effective. Bien qu'il existe encore des incertitudes et des hésitations sur le sort du mariage antérieur à la modification du sexe dans les actes de l'état civil, le droit au mariage du transsexuel avec une personne de son sexe d'origine est une question tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme.

#### 2. La liberté pour le transsexuel de se lier avec une personne de son sexe d'origine

La possibilité pour une personne transsexuelle de vivre en union libre avec une autre personne, que celle-ci soit ou non de sexe identique, est évidente, aucun contrôle n'étant exercé sur cette situation de pur fait. Un pacte civil de solidarité peut lui aussi être conclu par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Si, pour ces deux modes de conjugalité, aucune condition de différence de sexe n'est exigée, ce n'est pas le cas du mariage. Le droit au mariage des transsexuels a longtemps été dénié par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle avait une conception traditionnelle du mariage. La Cour opéra un revirement dans les arrêts *Goodwin c/ Royaume-Uni* et *I. c/ Royaume-Uni* rendus le 11 juillet 2002. Selon les juges strasbourgeois, le sexe doit désormais être déterminé « selon des critères purement biologiques ». Conformément à la jurisprudence européenne, le droit positif français permet aux transsexuels de se marier avec une personne de sexe opposé à leur nouveau sexe, et donc du même sexe biologique, sous certaines conditions. Il faut le changement préalable de la mention du sexe à l'état civil. Dans le cas contraire, cela reviendrait à célébrer un mariage homosexuel, ce qui est prohibé en droit français. Une fois la mention du sexe modifiée à l'état civil, rien ne s'oppose à la célébration du mariage. Selon la doctrine, le transsexuel n'est pas dispensé de toute obligation lorsqu'il souhaite se marier. Il doit avertir son conjoint de son changement de sexe, sous peine d'encourir la nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne.

### B. L'existence d'un droit de fonder une famille

Il est certain que la modification de la mention du sexe à l'état civil n'empêche aucune conséquence à l'égard d'un lien de filiation préexistant (1). En revanche, le doute est permis quant à la possibilité, pour le transsexuel, d'établir une filiation postérieurement à son nouvel état (2).

#### 1. L'indifférence du changement de sexe sur la filiation antérieurement établie

Il est possible qu'avant d'obtenir la rectification de la mention de son sexe à l'état civil, la personne transsexuelle ait fondé une famille. On peut alors se demander si les enfants nés de cette union vont subir les incidences du changement de sexe de leur parent. Si le père de l'enfant est devenu une femme et a obtenu la rectification de son état civil, celui-ci doit-il ou peut-il devenir la mère de l'enfant ? Ce serait cohérent avec l'obtention de son

changement de sexe, car devenir femme tout en restant juridiquement le père pourrait sembler injuste pour le transsexuel dont la transformation ne serait pas totale. La Cour d'appel de Paris a décidé dans un arrêt rendu le 2 juillet 1998 (JCP 1999, II, 10005, note T. Garé) que le jugement accordant la rectification du sexe est un jugement constitutif, c'est-à-dire qu'il n'a pas d'effet rétroactif. Cette position a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni* rendu en 2002. On peut se demander si l'exercice de l'autorité parentale pourrait se trouver affecté par le changement de sexe du parent. La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a renforcé le principe de coparentalité et donc de l'exercice en commun, et ce, même en cas de séparation des parents. Néanmoins, dans des circonstances exceptionnelles et si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut décider que l'exercice de l'autorité parentale sera attribué de manière unilatérale à l'un des parents. Il est cependant primordial que l'enfant maintienne des relations personnelles avec chacun de ses parents. C'est pourquoi cette décision ne peut être prise qu'en raison de motifs graves, et le juge doit veiller à maintenir l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement, sauf motifs graves. S'agissant de la transsexualité de l'un des parents, elle ne peut justifier qu'il soit privé de l'exercice de son autorité parentale. L'indifférence du changement de sexe sur la filiation antérieurement établie contraste avec la prise en compte du passé du transsexuel lorsqu'il souhaite établir sa filiation postérieurement à son changement de sexe.

## 2. La difficulté d'établir la filiation postérieure au changement de sexe

Par une interprétation extensive de la notion de vie familiale, la Cour européenne des droits de l'homme a pu décider (Cour EDH 22 avr. 1997, *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni*) qu'il existait une vie familiale unissant un couple formé d'une femme et d'un transsexuel femme/homme et l'enfant que la femme avait conçu par insémination artificielle. Toutefois, le transsexuel qui vient de changer de sexe peut souhaiter fonder une famille en recourant à la procréation médicalement assistée (a) ou d'adoption (b).

### a. Un accès restreint aux techniques de PMA

Les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) permettent de pallier l'absence de capacité reproductive de certains couples. La loi réserve expressément l'accès à la PMA au couple hétérosexuel. Dans la mesure où le transsexuel a le droit de se marier avec une personne de son sexe biologique de naissance, cette condition semble satisfaite, puisqu'à la date de la demande, le couple est bel et bien composé d'un homme et d'une femme. En réalité, le débat sur l'accès des transsexuels à la PMA se situe sur un plan. L'une des conditions essentielles pour pouvoir accéder à la PMA est également l'infertilité pathologique d'un au moins des deux membres du couple. Le législateur a voulu marquer le fait que la PMA ne saurait être utilisée par souci de commodité. Toute la question est alors de savoir si le transsexualisme présente une telle infertilité pathologique. Certains auteurs avancent que le transsexualisme est une pathologie. Ainsi, sous réserve qu'elle ait été médicalement diagnostiquée, le transsexuel doit être considéré comme infertile et bénéficier de la PMA. À l'inverse, d'autres auteurs s'opposent à l'accès, par les transsexuels, à la PMA. Pour eux, le transsexuel ne saurait se prévaloir d'une

situation dans laquelle il s'est sciemment placé. En effet, son infertilité résulte d'une opération de conversion sexuelle qu'il a volontairement subie ! L'accès à la PMA pour un transsexuel étant controversé, celui-ci est tenté d'établir un lien de filiation en recourant à l'adoption.

### b. Un droit théorique à l'adoption

L'adoption est ouverte à toute personne âgée de plus de 28 ans, sans considération de sexe. Un éventuel changement de sexe du demandeur est en principe indifférent dans l'appréciation de la demande du célibataire. Afin de s'assurer de la capacité du demandeur à élever un enfant, la loi impose au demandeur l'obtention d'un agrément administratif pour certaines catégories d'enfants. Or le transsexualisme du candidat à l'adoption est très souvent un élément qui justifie le refus de l'agrément, de sorte que, dans la très grande majorité des cas, l'adoption est refusée au transsexuel.

La notion d'identité sexuelle n'a jamais été définie par la loi. En réalité, le législateur semble se désintéresser des problématiques suscitées par ce concept. Une évolution semble cependant en marche. En effet, une proposition de loi, qui a été déposée à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011, vise à remplacer le terme « sexe » par celui de « genre » dans les actes de l'état civil. Si elle est adoptée par le Parlement, l'identité sexuelle d'un individu serait pleinement consacrée par notre droit.

M2 Dr. famille interne, international et comparé   
Université de Strasbourg

## COUPLE

*Sous la présidence de Patrice Hilt, maître de conférences à l'Université de Strasbourg, vice-doyen de la Faculté de droit, sciences politiques et de gestion*

### L'UNION CONCLUE À L'ÉTRANGER ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE : QUEL AVENIR EN FRANCE ?

« Le mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Telle est la définition du mariage donnée par Portalis dans les travaux préparatoires du Code civil. Toutefois, face à l'évolution de la société et de ses mœurs, certains États ont élargi le mariage aux couples homosexuels. Cette remise en cause de la conception du mariage, fruit du mouvement de libération sexuelle et de l'éclatement de la norme maritale, n'est cependant pas sans poser de problèmes en droit international privé face à la circulation des couples homosexuels. Dans le cadre de cette étude, sera analysée la question de l'avenir en France de l'union entre personnes de même sexe célébrée à l'étranger. Pour des raisons pédagogiques et ludiques, il convient d'envisager la question sous la forme d'un cas pratique. L'histoire est celle de deux hommes de nationalité américaine,

Messieurs Joyeux et Monsieur Content, qui se marient sans contrat de mariage dans l'État américain du Vermont<sup>52</sup>. Ils élèvent ensemble Elton, l'enfant de Monsieur Content que Monsieur Joyeux a adopté il y a 6 ans. Pour des raisons professionnelles, la famille Joyeux-Content vient s'installer en France. Mais la décadence de la vie parisienne ayant raison de leur amour, Monsieur Joyeux et Monsieur Content souhaitent divorcer en France quelques années plus tard. Monsieur Content demande la garde exclusive de son enfant et conteste le lien de filiation entre Monsieur Joyeux et Elton, estimant que l'adoption n'est pas valable en France. Il convient donc de répondre aux questions que ce cas suscite : le mariage Joyeux-Content pourrait-il être valide et être reconnu comme un mariage en France (I) ? Aussi, peuvent-ils divorcer en France (II) ? Enfin, l'adoption de l'enfant de Monsieur Content par Monsieur Joyeux est-elle reconnue en France (III) ?

### I. Le mariage de Messieurs Joyeux et Content

Si la validité du mariage de Messieurs Joyeux et Content ne semble pas poser de difficultés (A), tel n'est pas le cas de la qualification de cette union comme un mariage au sens du droit français (B).

#### A. La validité du mariage

La validité d'un mariage n'est pas soumise, en droit international privé, à une loi unique<sup>53</sup>. La loi applicable sera en effet différente s'il s'agit de la validité formelle ou de la validité matérielle de l'union. Au regard des conditions de forme, le mariage devra satisfaire aux conditions prévues par la loi de son lieu de célébration<sup>54</sup>. Concernant les conditions de fond, la loi applicable est la loi nationale de chaque époux<sup>55</sup>. Si les époux sont de nationalité différente, cela conduira classiquement à l'application distributive des lois nationales. Mais certaines conditions de fond concernent les deux époux sans qu'il soit possible de les appliquer à l'un puis à l'autre, un lien entre eux étant l'objet de la condition. Ce sont des empêchements bilatéraux qui conduiront à l'application cumulative des lois nationales. Le sexe des époux étant une condition de fond, la loi applicable est la loi nationale des époux, c'est-à-dire la loi du Vermont. Or, cette loi permet le mariage entre personnes du même sexe. Donc le mariage du couple est valable en application de ces règles<sup>56</sup>. Toutefois, la question de la reconnaissance de leur union comme un mariage au sens du droit français est bien plus complexe<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Quatrième État des États-Unis à avoir légalisé le mariage homosexuel à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2009.

<sup>53</sup> Cf. Répertoire Dalloz de droit international, v<sup>o</sup> *Mariage*.

<sup>54</sup> Application au mariage de l'adage *locus regit actum*.

<sup>55</sup> Les conditions de fond touchent à l'état et la capacité des personnes, elles sont donc régies par la loi nationale de l'individu tel qu'il ressort de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, bilatéralisé par l'arrêt *Busqueta* du 13 juin 1814.

<sup>56</sup> Si les époux avaient été de nationalité différente, il aurait fallu que la loi nationale de chacun d'eux permette le mariage de personnes de même sexe, ces lois étant appliquées cumulativement.

<sup>57</sup> E. Fongaro, *Retour sur les effets en France d'une union homosexuelle célébrée à l'étranger*, JCPN 2005, 1258.

### B. La qualification du mariage

L'application de la règle de conflit de lois implique que la situation entre dans une catégorie de rattachement dont la qualification doit se faire *lege fori*<sup>58</sup>. Bien que la condition de différence de sexe ne figure pas explicitement dans le Code civil, il ressort de ses travaux préparatoires que celle-ci était trop évidente pour être mentionnée. Cette analyse a par ailleurs été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 janvier 2011<sup>59</sup> qui a estimé que le mariage est considéré en droit français comme l'union d'un homme et d'une femme. Cependant, il est de tradition en droit international privé d'élargir les catégories du *for* afin d'y faire rentrer des institutions étrangères. L'exemple emblématique en la matière a été donné dans l'arrêt *Benddedouche*<sup>60</sup>, et concerne le mariage polygamique. Un tel mariage conclu à l'étranger entrera ainsi dans la catégorie française du mariage afin de voir ses effets se développer en France. Mais pour de nombreux auteurs, ce raisonnement n'est pas applicable à l'union homosexuelle en ce qu'il touche à la nature même du mariage, défini comme l'union entre un homme et une femme<sup>61</sup>. Et, aucune réponse n'ayant été apportée par la jurisprudence en la matière, il a pu être proposé de requalifier le mariage homosexuel étranger en partenariat enregistré<sup>62</sup>. Or, le partenariat enregistré de l'État du Vermont confère des droits différents de ceux du mariage. Aussi la sécurité juridique des époux Content-Joyeux ne peut être assurée et leurs prévisions sont compromises. De plus, il se peut également que l'État étranger ne reconnaisse aucun partenariat enregistré. Aussi, une réponse ministérielle du 26 juillet 2005<sup>63</sup> propose que le mariage valablement conclu à l'étranger entre deux personnes de même sexe soit reconnu comme un mariage au sens du droit français, au même titre que le mariage de personnes de sexe différent valablement mariées à l'étranger<sup>64</sup>. On pourrait cependant craindre l'application de l'exception d'ordre public international si l'absence de différence de sexe était de nature à heurter les conceptions fondamentales du *for*. En l'espèce, il s'agit seulement de permettre à une situation valablement constituée à l'étranger d'être accueillie au sein de l'ordre juridique français, l'ordre public international ne joue alors que de manière atténuée<sup>65</sup>, puisqu'il ne s'agit pas de créer des droits nouveaux en France. Aucune certitude ne ressort à l'heure actuelle de la jurisprudence et de la doctrine, mais il semblerait que Monsieur Joyeux et Monsieur Content puissent être considérés en France comme étant mariés. En outre, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

<sup>58</sup> *Cass. civ.*, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Grands arrêts*, n°27.

<sup>59</sup> 28 janv. 2011, DC 2010-92 QPC, *Mme Corinne C. et autres*, sur la constitutionnalité des articles 75 et 144 du Code civil. Cf. notamment C. Mecary, *Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ?*, AJ Famille, 2010, p. 489.

<sup>60</sup> *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 3 janvier 1980, *Benddedouche*, *Grands arrêts*, n°61.

<sup>61</sup> H. Fulchiron, *Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français*, RIDC 2006, p. 409.

<sup>62</sup> H. Fulchiron, *Le droit français et les mariages homosexuels étrangers*, D. 2006, p. 1253.

<sup>63</sup> Réponse ministérielle publiée au JO le 26 juillet 2005, p. 7437.

<sup>64</sup> E. Fongaro, *Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé. À propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005*, JDI, 2006, p. 477.

<sup>65</sup> *Cass 1<sup>re</sup> civ.* 17 avril 1953, *Rivière*, *Grands arrêts* n° 26.

pourrait confirmer l'orientation de la jurisprudence française en faveur d'une reconnaissance unilatérale du mariage de Messieurs Content et Joyeux. La reconnaissance unilatérale, comme méthode concurrente de la méthode conflictuelle classique conduisant à accueillir en France la situation valablement créée à l'étranger sans appliquer la règle de conflit de lois, a été impulsée par la confiance mutuelle développée par les droits européens<sup>66</sup>. En effet, il ressort des arrêts *Garcia Avello*<sup>67</sup> et *Grunkin Paul*<sup>68</sup> que le droit de tout citoyen de circuler librement sur le territoire de l'Union européenne implique l'obligation de reconnaître tous les éléments de son statut personnel. Cela participe également de la protection de la vie privée et familiale protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Wagner*<sup>69</sup>. Or, cette même Cour n'a reconnu que le bénéfice du droit à la vie privée et familiale au couple homosexuel dans l'arrêt *Schalk et Kopf*<sup>70</sup>. Or, une fois ce pas franchi, il serait difficile d'opérer une distinction entre les mariages étrangers intraeuropéens et extra européens. L'angoisse des époux relative à la reconnaissance de leur mariage enfin calmée, ils peuvent sereinement s'intéresser à sa dissolution.

## II. Le divorce de Messieurs Content et Joyeux

Le juge saisi devra se prononcer sur les questions tenant à la qualification et à la validité du mariage de Messieurs Content et Joyeux. Deux situations doivent dès lors être dissociées : celle dans laquelle le juge saisi considère Messieurs Content et Joyeux comme étant mariés (A) de celle dans laquelle le juge saisi considère Messieurs Content et Joyeux comme étant partenaires (B).

### A. L'hypothèse de la dissolution du mariage

Avant de déterminer la loi applicable au divorce de Messieurs Content et Joyeux (2), le juge saisi devra au préalable statuer sur sa compétence (1).

#### 1. Le juge compétent pour prononcer le divorce

L'article 3 du Règlement Bruxelles II bis<sup>71</sup> dispose que « sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve la résidence habituelle des époux ». Toutefois, il est nécessaire de se référer à la définition du mariage en droit européen afin de déterminer l'applicabilité

du Règlement Bruxelles II bis. En effet, il ressort de l'arrêt *Martin Peters*<sup>72</sup> de la Cour de Justice qu'en droit de l'Union européenne la qualification doit se faire de manière autonome, c'est-à-dire sans référence aux concepts issus des droits nationaux. La Cour du Luxembourg estime à ce titre, dans l'arrêt *D. et Royaume de Suède c/ Conseil de l'UE*<sup>73</sup>, que le mariage est défini en droit européen comme « l'union de deux personnes de sexes différents ». Cela étant, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>74</sup> a intentionnellement supprimé la condition de différence de sexe dans la définition du mariage. Si cet article n'impose ni n'interdit l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, il constitue cependant « la marque d'un progressisme libéral qui fait en Europe une place au pluralisme en matière de conception matrimoniale »<sup>75</sup>. Aussi est-il raisonnable de penser que la définition du mariage en droit européen a évolué depuis 2001 et que le Règlement Bruxelles II bis est applicable au divorce d'un couple homosexuel. Dès lors, les juridictions françaises seront compétentes pour prononcer le jugement du divorce des époux Content-Joyeux.

#### 2. La loi applicable au divorce

La réponse ministérielle du 26 juillet 2005<sup>76</sup> renvoie pour les effets personnels d'un tel mariage à l'actuel article 309 du Code civil<sup>77</sup>. Selon la règle de conflit unilatérale posée par cet article, la loi applicable au divorce des époux Content-Joyeux, domiciliés en France, sera la loi française. Le juge français pourra donc prononcer leur divorce en application de la loi française et cette décision sera reconnue aux États-Unis. Cela étant, il serait plus opportun pour les époux Content-Joyeux de se voir appliquer la loi américaine à leur divorce. Cette dernière est certainement mieux adaptée à la dissolution de l'union qu'elle a elle-même formée. En ce sens, l'article 5<sup>78</sup> du Règlement Rome III<sup>79</sup> qui entrera en vigueur le 21 juin 2012 et remplacera l'article 309 du Code civil permettrait au couple Content-Joyeux de choisir la loi américaine. Cependant, ce Règlement prévoit que : « lorsque la loi de l'État membre dont une juridiction est saisie ne reconnaît pas la validité du mariage concerné, il conviendrait de l'interpréter,

<sup>66</sup> A. Dionisi-Peyrusse, *La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger (Maternité pour autrui, adoption et mariage homosexuels, polygamie et répudiation)*, AJ Famille 2011, p. 250.

<sup>67</sup> CJCE, 2 oct. 2003, *Carlos Garcia Avello c/ État Belge*, aff. n° C-148/02.

<sup>68</sup> CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin Paul c/ Standesamt Niebuß*, aff. n° C 353/06.

<sup>69</sup> Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01. Cf. B. Hafel, *Eclairage de droit international privé*, AJ Famille, 2010, p. 387.

<sup>70</sup> Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04, considérant n°94.

<sup>71</sup> Règlement CE n°2201/2003, 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

<sup>72</sup> CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c/ Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, aff. n°34/82.

<sup>73</sup> CJUE, 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c/ Conseil*, aff. jointes n° C-122/99 P et C-125/99 P.

<sup>74</sup> « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

<sup>75</sup> P. Murat, *Droit de se marier et de fonder une famille*, in *Traité établissant une constitution pour l'Europe, commentaire article par article*, Bruylant, 2005, p. 153.

<sup>76</sup> *Op. cit.*

<sup>77</sup> « La loi française est applicable si les époux ont l'un et l'autre la nationalité française ou s'ils ont l'un et l'autre un domicile en France ou si un tribunal français est compétent et qu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente ».

<sup>78</sup> Aux termes duquel les époux peuvent choisir comme loi applicable à leur divorce la loi de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention, la loi de la dernière résidence habituelle des époux si l'un d'entre eux y réside encore, la loi de la nationalité des époux au moment de la désignation ou la loi du for.

<sup>79</sup> Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil, 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

notamment, comme le fait qu'un tel mariage n'existe pas dans la loi de cet État membre. En pareil cas, la juridiction compétente ne devrait pas être tenue de prononcer un divorce en vertu du présent règlement »<sup>80</sup>. Par conséquent, le juge pourrait écarter l'application de ce règlement et ainsi priver les époux du bénéfice du choix de la loi américaine.

### B. L'hypothèse de la dissolution du partenariat

Si les époux Content-Joyeux sont considérés comme étant partenaires, la dissolution de leur partenariat obéira aux règles de dissolution du PACS français. En l'absence d'autorité enregistrante de la *civil union* dans le Vermont, la loi française aura vocation à s'appliquer de manière subsidiaire afin d'éviter tout déni de justice. Il ne serait en effet pas envisageable de leur appliquer les règles de dissolution relatives à la *civil union* puisqu'ils se sont mariés dans le Vermont, et non partenaires. Aussi, en application de l'article 515-7 du Code civil, Messieurs Content et Joyeux peuvent mettre fin à leur PACS par déclaration conjointe écrite au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel ils ont leur résidence. Or cette simple décision de rupture de PACS ne recevra probablement pas d'*exequatur* aux États-Unis en tant que telle. Ils devront dès lors procéder à un divorce aux États-Unis sous peine d'être toujours mariés aux États-Unis et dépacés en France... Ainsi, l'application de la méthode classique de règlement des conflits de lois peut avoir, du fait de sa rigidité, pour conséquence de mener à des situations boiteuses : des époux dépacés en France, mais toujours mariés aux États-Unis. Le développement de la méthode de la reconnaissance unilatérale et le rôle accru donné à la volonté individuelle dans le règlement Rome III sont censés réduire ces hypothèses.

## II. L'adoption de l'enfant de Monsieur Content par Monsieur Joyeux

Face aux hésitations du droit français quant à la question de l'adoption homosexuelle (A), la Cour européenne des droits de l'Homme tend à favoriser la circulation des situations valablement constituées à l'étranger (B). Ainsi, le droit européen incite le juge français à reconnaître l'adoption de l'enfant de Monsieur Content par Monsieur Joyeux.

### A. Les hésitations du droit français

L'article 365 du Code civil relatif à l'adoption simple ne faisant référence qu'au « conjoint » a été interprété par la Cour de cassation comme interdisant l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire dans ses arrêts du 20 février 2007<sup>81</sup>. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil Constitutionnel<sup>82</sup> a validé cette interprétation en considérant que « le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ». De plus, si la Cour de cassation<sup>83</sup> considère qu'« un jugement étranger prononçant l'adoption de l'enfant du partenaire

dans un couple de même sexe ne peut se voir opposer un refus d'*exequatur* au nom de l'ordre public international dès lors que la décision prévoit le partage de l'autorité parentale »<sup>84</sup>, elle ne tranche pas pour autant la question de la conformité à l'ordre public de la reconnaissance d'une famille homoparentale. En effet, elle s'abrite en l'espèce derrière les règles relatives à l'autorité parentale. La réponse ministérielle du 26 juillet 2005<sup>85</sup>, quant à elle, prévoit que la filiation fait partie des effets personnels du mariage. Ceux-ci étant soumis à la loi du pays du mariage, l'adoption est donc soumise à la loi américaine. Si l'adoption est valable au regard du droit américain, celle-ci devrait être valable en France. Or, la filiation adoptive ne fait pas partie des effets du mariage. Il semble donc peu probable que les juges français suivent ce raisonnement. Ils préféreront appliquer l'article 370-5 du Code civil<sup>86</sup> qui classe les adoptions prononcées à l'étranger soit dans la catégorie des adoptions simples soit dans celle des adoptions plénières, suivant que le lien de filiation préexistant a ou non été rompu. Si aucune réponse ne semble clairement se dégager par l'analyse du droit français, des éclairages nouveaux apparaissent à la lumière du juge européen des droits de l'homme.

### B. Les incitations du droit européen

La Cour de Strasbourg, dans son arrêt *Wagner c/ Luxembourg*<sup>87</sup> a estimé que le refus de reconnaître l'adoption plénière d'une personne célibataire prononcée à l'étranger était contraire à la Convention. En effet, un tel refus ne tient pas compte de la réalité sociale de la situation et passe outre le statut juridique valablement créé à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8. Plus récemment, la Cour a estimé dans l'affaire *Gas et Dubois*<sup>88</sup> que le refus d'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel n'était pas contraire à la Convention. Cependant, dans leurs opinions concordantes, deux juges européens ont considéré que « le législateur français devait revoir la question en adaptant le texte de l'article 365 du Code civil aux réalités sociales contemporaines ». Si aucun obstacle théorique ne semble s'opposer à la reconnaissance de l'adoption d'Elton par Monsieur Joyeux, les hésitations du juge français ne permettent pas d'aboutir à une solution précise en la matière. La faveur du juge européen pour la reconnaissance unilatérale pourrait cependant changer la donne.

**Conclusion générale** - Les éléments développés au travers de ce cas pratique mettent en exergue l'insécurité juridique qui pèse sur les couples de personnes de même sexe, en l'absence de réponse claire en droit international

<sup>84</sup> H. Fulchiron, *Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger*, JCPG, 2010, p. 2216.

<sup>85</sup> *Op. cit.*

<sup>86</sup> « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

<sup>87</sup> *Op. cit.*

<sup>88</sup> *Cour EDH, 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, req. n° 25951/07.*

<sup>80</sup> *Ibid.*, considérant n° 26.

<sup>81</sup> *Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2007.*

<sup>82</sup> *Cons. const., 6 oct. 2010, décision n° 2010-39 QPC.*

<sup>83</sup> *Cass. 1<sup>re</sup> civ. 8 juill. 2010.*

privé à leur égard. Pour répondre à ces problèmes, la jurisprudence nationale et européenne ainsi que la doctrine ont tenté d'apporter des solutions en modifiant les règles classiques de droit international privé. Or cela conduit à reconnaître en France la validité et les effets des mariages homosexuels conclus à l'étranger alors que la conclusion en France d'un tel mariage reste interdite. La circulation de la situation des couples homosexuels a une influence sur notre système juridique. Dans un souci de cohérence juridique, il serait peut-être judicieux que la France revoie sa position sur le mariage homosexuel.

## Master 2 Droit international

### LE SEXE, L'ARGENT ET LE CONTRAT

Sexe, argent, contrat : la combinaison des notions ne peut s'envisager sans difficulté, tant le sexe est un objet particulier, une activité exceptionnelle, dont le seul encadrement civil est finalement le droit de la famille, encore qu'il ne s'en approche pas au plus près, mais traite du sexe au travers de ses effets, que sont la formation de couples (*copula carnalis*), la filiation, l'organisation patrimoniale. Évidemment, l'argent n'est pas absent de ces considérations, et le contexte familial est aussi le meilleur matériau littéraire pour des intrigues ayant trait, notamment, à l'héritage. Détournement, adultère et autres scandales ont ainsi été les ressorts du roman balzacien. Le sexe nous intéresse uniquement comme activité sexuelle, et non pas sous l'aspect de la question du genre. La différenciation sexuelle, l'égalité, un éventuel troisième sexe, importent peu ici (quoique des contrats existent bien, ne serait-ce que celui à l'origine d'une opération destinée à un changement de sexe). Il est rare que les relations sexuelles soient ouvertement l'objet du droit positif. On aura par exemple à s'interroger sur le sens de l'expression « devoir conjugal », ou sur l'objet exact du contrat de courtage matrimonial. On verra que s'il y a obligation positive, elle reste extrêmement floue. À l'inverse, négativement, des interdictions sont posées, par le droit pénal, ou encore le droit travail. L'enjeu est alors la cohérence de ces pans de droit centrés sur la prohibition (viol, harcèlement, inceste) avec le droit civil, au sein duquel on aura à découvrir si une obligation sexuelle est envisageable. S'agissant de l'argent, la notion renvoie de façon générale à l'onérosité. Non seulement il en est le symbole, mais encore il a l'avantage d'être l'instrument de mesure de tous les transferts de valeur. Il permet d'évaluer toute contrepartie, et donc de s'intéresser aux libéralités sous leur aspect éventuellement rémunérateur. C'est justement à l'égard de l'argent que s'est opéré ces dernières années un tournant majeur en jurisprudence : on a cessé de rechercher le « prix du stupre » derrière l'intention libérale. L'enjeu représenté par le contrat est essentiellement de savoir si l'activité sexuelle peut s'acheter ou faire l'objet de véritables engagements, alors qu'elle appartient au domaine extrapatrimonial et que la liberté essentielle qu'elle suppose rend la matière indisponible. Vraisemblablement non : on pressent que le défaut de force contraignante ne laisse subsister, au mieux, qu'une obligation imparfaite. Le devoir conjugal en est l'illustration, insusceptible d'exécution forcée. On relève toutefois un paradoxe dans les évolutions. Il est remarquable que les juges se désintéressent désormais des motifs, des mobiles, alors que d'un autre côté il reste

inimaginable de désigner explicitement le sexe comme objet d'un contrat commutatif, où une prestation et une contre-prestation se feraient face. Deux tendances contraires se dessinent, toutes deux justifiées par la liberté. D'un côté la protection de la personne interdit qu'on puisse s'engager dans un contrat portant sur le sexe, de telle façon que sexe, argent et contrat restent des notions répulsives les unes par rapport aux autres. D'un autre côté, à l'inverse, sous la poussée d'une évolution libérale des mœurs, la police des contrats est tombée en désuétude. Le contrôle de la validité des actes juridiques en fonction d'une atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs s'est effacé. L'examen de la psychologie et des motivations des actes a alors perdu de son importance. L'immoralité de la cause est passée au second plan. Elle n'invalide pas automatiquement l'acte, laissant une grande marge de manœuvre à la volonté individuelle. En tant que cause lointaine d'un acte, la sexualité est donc devenue presque indifférente. Le déclin de la cause peut se révéler problématique, car la cause est parfois un instrument de qualification juridique. La sexualité reste en effet le critère d'application d'un droit spécial : le droit de la famille ou, a minima, un droit des couples, d'où les personnes tirent souvent des avantages matériels. Or, dans certains cas, la notion de vie commune, sans sexualité, pourrait tout aussi bien justifier ces législations avantageuses que l'existence de relations sexuelles. L'indifférence à la sexualité devient alors un appui à cette revendication. L'absence de sexe participe donc aussi du sujet. En fin de compte, le sexe apparaît d'une part comme un objet resté non appropriable (I), et d'autre part comme une cause devenue presque indifférente (II).

#### I. Le sexe, un objet resté non appropriable

Plusieurs arguments concourent à la démonstration de l'impossibilité de s'obliger sexuellement. Il y a d'abord ceux qui ont trait à l'indisponibilité de la matière (A), et ceux qui tiennent au défaut de force contraignante (B).

##### A. L'indisponibilité du sexe

Il existe une divergence importante entre la réalité sociologique et la capacité du droit à appréhender celle-ci. Au regard de l'ampleur du phénomène que constitue la prostitution, la nullité d'un contrat ayant pour objet le sexe consiste davantage à en détourner le regard, ce que montrent les difficultés de mise en œuvre d'une telle nullité. (1). Faute de disposer d'une forme de référence contractuelle adaptée, il s'agirait d'ailleurs plutôt d'une inexistence que d'une nullité. En outre, l'antagonisme entre sexe et contrat repose sur un autre argument : les notions de consentement en matière contractuelle et dans le domaine de la sexualité sont incompatibles (2). Cet obstacle incontournable interdit de penser que la transformation des mœurs à elle seule pourrait suffire à faire accéder à la vie juridique un contrat ayant le sexe pour objet.

##### 1. Les difficultés posées par la mise en œuvre de la nullité d'un contrat portant sur le sexe et la recherche d'un contrat adéquat

Le sort réservé par le Code civil au contrat portant sur une prestation sexuelle est la nullité pour contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 6 C. civ.). Mais il faut

noter que cette sanction civile ne reçoit pas le renfort du droit pénal, car la prostitution n'est pas une infraction<sup>89</sup>. Aussi se pose la question de l'efficacité de la sanction. En effet, l'hypothèse d'une action en nullité est extravagante. Outre les problèmes de preuve d'un tel contrat, on voit mal qui invoquerait la nullité, et encore moins comment pourraient s'opérer les restitutions une fois le contrat anéanti. Comment revenir en arrière ? Restituer l'argent paraît plausible, mais toute restitution est impossible pour la prestation sexuelle. L'inexistence est finalement plus appropriée que la nullité, car il n'est pas besoin de revenir en arrière. Les volontés ne se sont simplement jamais rencontrées, car l'objet ne peut être appréhendé par un contrat. D'ailleurs, quel contrat choisir pour formaliser cette situation de fait ? Quel contrat spécial pourrait éventuellement être envisagé ? La terminologie la plus courante fait de la « prestation » sexuelle l'élément de ce contrat dont on refuse l'existence. Mais *prestare* n'est pas une notion aussi limpide qu'il n'y paraît<sup>90</sup>. La doctrine propose de l'analyser en une mise à disposition. Dans le cas qui nous intéresse, ce serait alors une mise à disposition de soi, de son corps, de son intimité – ce qui rejoint précisément ce que la notion de prestation voulait éviter : asservir le corps. Il est donc difficile de contourner les notions de vente du corps ou d'esclavage par la mise en avant d'un contrat de service, ou même d'un contrat de travail. Faute d'un tel contrat, l'activité sexuelle reste indisponible. Cet état des choses pourrait apparaître comme un stade dans l'évolution des mœurs, peut-être bientôt dépassé. Sans doute y a-t-il cependant d'autres empêchements à ce qu'un contrat puisse prendre l'activité sexuelle comme objet.

## 2. L'incompatibilité des consentements en matière contractuelle et sexuelle

Le consentement à une relation sexuelle est essentiel, mais la nature de ce consentement est bien différente de celui qui gouverne l'autonomie de la volonté. Le consentement en matière contractuelle a pour effet de lier la partie qui s'engage : le contrat est un instrument de projection dans l'avenir. Une prestation est attendue et elle peut faire l'objet d'une exécution forcée (les parties se sont donné une loi à laquelle elles ne peuvent déroger, aux termes mêmes de l'article 1134 du Code civil). À l'inverse, le consentement à une relation sexuelle ne consiste pas en un tel engagement pour l'avenir. Il n'est en fait valable qu'autant qu'il est maintenu, et peut être retiré à tout moment. La qualification juridique de viol<sup>91</sup> recouvre en ce sens des situations très équivoques et la protection du droit pénal peut même intervenir alors qu'un accord a eu lieu sur une relation rémunérée : le viol de prostituée en est l'illustration<sup>92</sup>. Ces deux conceptions du consentement sont inconciliables, et le consentement à une ou des relations sexuelles n'entre pas dans le champ de l'autonomie de la volonté : on ne se donne pas de loi en la matière, même à soi-même, en sorte qu'on ne saurait s'obliger sexuellement. C'est précisément cette forme de

consentement, qui n'est pas celui au contrat, que protège le droit pénal. Avec des évolutions, la protection pénale s'est étendue au cas des époux, dont la situation matrimoniale pouvait pourtant faire présumer le consentement à des relations sexuelles. La présomption a définitivement disparu avec la reconnaissance du viol entre époux, qui est devenue une circonstance aggravante<sup>93</sup>. Le consentement à une relation sexuelle apparaît donc bien différent de l'engagement définitif qui caractérise une obligation contractuelle. Après avoir souligné la différence de nature quant au consentement, qui exclut qu'on s'engage de manière contraignante en matière sexuelle, il reste à examiner ce défaut de force obligatoire qui distingue accord et contrat.

## B. L'absence de force contraignante

Les accords portant sur le sexe sont privés de force contraignante. Si tel est le cas, leur inexécution ne devrait pas pouvoir être source de responsabilité. Deux contre-exemples pourraient venir à l'esprit : le devoir conjugal entre époux – qui constitue une obligation matrimoniale dont l'inexécution semblerait devoir, comme telle, être sanctionnée (1) – et le courtage matrimonial (2). On constate toutefois que la sanction du devoir conjugal n'emprunte pas le terrain contractuel (1) et que le courtage matrimonial n'emporte aucune obligation portant sur la sexualité (2).

### 1. Le devoir conjugal

On sait que l'ancien droit donnait force détails sur les obligations des époux en matière sexuelle, et que la consommation du mariage était même une condition de sa validité. À l'inverse, le législateur post révolutionnaire, par réaction, a jeté un voile pudique sur la sexualité des époux, en ne laissant subsister que la notion de « vie commune », qui est une notion assez abstraite dont on déduit, par interprétation, une communauté de lit. Mais, bien que le législateur n'ait pas voulu s'immiscer dans l'intimité des époux, le juge a dû s'en charger<sup>94</sup>. La question de la sanction de l'inexécution du devoir conjugal a donc été posée, et ce encore récemment, dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence<sup>95</sup>, du 3 mai 2011. Dans cette affaire, le manquement du mari à son « devoir » – environ 10 ans d'abstinence, entrecoupés de quelques relations erratiques – a conduit à une indemnisation du préjudice moral à hauteur de 10 000 euros sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Quel sens donner à la décision ? La faute de l'époux n'est pas directement d'avoir négligé sexuellement sa femme, mais d'avoir causé par sa négligence un préjudice moral. Ce raisonnement permet d'effacer la corrélation entre le manquement au devoir conjugal et le préjudice. Les juges ont traité le devoir

<sup>89</sup> Il existe des infractions annexes telles le racolage ou le proxénétisme.

<sup>90</sup> Cf. G. Pignarre, *À la découverte de l'obligation de prestare*, *RTD civ*, 2001, p. 41.

<sup>91</sup> Code pénal, art. 222-23.

<sup>92</sup> Pour un exemple éclairant : *CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2010*, n° 10/01 291.

<sup>93</sup> Code pénal, art. 222-24. L'aggravation concerne aussi les partenaires et les concubins.

<sup>94</sup> Pour exemple, *CA Nancy, 1<sup>er</sup> mars 1993*, *Juris-Data*, n° 043046 : « Doit être condamné à verser des dommages-intérêts à sa femme le mari qui, considérant sa femme comme un objet sans intérêt et ayant refusé de consommer le mariage, commet une faute de nature à entraîner un préjudice pour sa femme qui, restée vierge, devra justifier de sa situation à l'égard d'un autre conjoint éventuel »

<sup>95</sup> *CA Aix-en-Provence, 3 mai 2011*, arrêt n° 2011/292, *RG* n° 09/05752, obs. E. Pierroux, *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2011, n° 328, p. 9.

conjugal sur un mode étranger au droit des obligations contractuelles : ce n'est pas le manquement qui entraîne directement l'indemnisation<sup>96</sup>. En d'autres termes, l'indemnisation d'un préjudice est bien différente d'une exécution par équivalent qui vient remplacer l'exécution en nature. L'importance des dommages et intérêts alloués, 10 000 euros, résonne cependant comme une forte incitation à exécuter le devoir conjugal, car en donnant pareil prix à la sexualité, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence jette le trouble. Malgré le fondement affiché de l'article 1382, on peut se demander s'il ne s'agit tout de même pas d'une exécution par équivalent, propre à donner force contraignante au devoir conjugal ? On pourrait lire l'arrêt en ce sens, compte tenu de l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée au cours du mariage<sup>97</sup>, en raison de la qualification de viol : en somme, au moment du divorce, l'épouse aurait obtenu une forme d'exécution retardée, par équivalent. Pourtant, le choix de la source de responsabilité – le délit civil – ne constitue pas l'époux contractuellement débiteur de prestations sexuelles. La solution se refuse à consacrer une véritable obligation contractuelle : elle montre la possibilité d'une forte incitation à ce qu'une communauté de lit s'entende de la communauté de vie. Le devoir conjugal ne peut prendre sa place, en définitive, qu'au rang des obligations imparfaites.

## 2. Le contrat de courtage matrimonial

Le contrat de courtage matrimonial, qui favorise des rencontres sexuelles, peut-il passer pour un engagement sur le sexe ? On notera que la rencontre sexuelle ne rentre pas dans le champ contractuel lui-même. C'est pourquoi il peut être décidé que ce contrat doit être strictement respecté sans que les relations sexuelles – qui en sont l'aboutissement logique – ne soient considérées comme faisant l'objet d'une obligation.

Les effets de ce contrat n'englobent pas la relation qui s'en suit ; elle n'en est qu'un prolongement indirect, quoiqu'explicitement souhaité. D'un côté, il y a la relation du courtier avec le client<sup>98</sup>, qui attend qu'on lui présente le meilleur parti. D'un autre côté, on a la relation de ce client avec la personne qu'on lui propose de rencontrer. Si la première relation est bien une relation contractuelle, qui oblige le client, en revanche la relation amoureuse ne repose sur aucun engagement de type contractuel.

C'est en ce sens qu'un arrêt du 4 novembre 2011<sup>99</sup> a décidé que le contrat de courtage matrimonial conclut par un homme marié n'est pas invalidé pour contrariété à l'ordre public, malgré l'obligation de fidélité de l'article 212 du Code civil. Cette solution rompt avec une tendance de

certaines décisions du fond<sup>100</sup> et marque un recul de l'obligation de fidélité, mais elle a essentiellement pour effet de fixer les limites du contrat de courtage. Obligatoire entre client et courtier, il n'engage à rien entre les personnes auxquelles il permet de se rencontrer. La relation sexuelle n'étant qu'un objet d'espérance, la logique veut qu'il n'y ait pas lieu d'annuler le contrat : l'infidélité n'est pas consommée, malgré l'intention.

Aussi, le caractère obligatoire du contrat de courtage matrimonial n'est qu'une fausse exception à l'impossibilité de s'obliger sexuellement. Reste que l'intention de tromper n'a apparemment plus aucune importance, ce qui illustre l'autre aspect de notre analyse : le recul de la cause (lointaine) en jurisprudence, lorsqu'elle tient au désir sexuel ou au ressort amoureux.

## II. Le sexe, une cause devenue presque indifférente

Le juge était autrefois gardien d'une notion à contenu variable, les « bonnes mœurs », et se trouvait donc en position d'en définir le contenu et les limites. L'abandon progressif de l'examen des intentions en matière de police des contrats a rendu la cause – au sens des motifs – presque indifférente et a participé de l'érosion des bonnes mœurs en droit (A). La cause reste cependant déterminante pour la qualification juridique et l'existence de relations sexuelles constitue un des éléments fondateurs du droit de la famille. Au-delà des débats sur la différence de genre ou l'orientation sexuelle, la question se pose de savoir si l'existence d'une sexualité doit encore rester un critère déterminant pour les constructions juridiques opérées autour de la vie en commun de plusieurs personnes : la sexualité reste à la base du droit de la famille et, par conséquent, la montée d'une indifférence à la sexualité interroge sur la spécificité du droit de la famille et les frontières des institutions familiales (B).

### A. L'érosion des bonnes mœurs

Le délitement du rôle des bonnes mœurs provient tant du désintérêt pour l'examen des motifs des actes juridiques qui est nettement perceptible en matière de libéralité (1) que de la disparition de la sanction pécuniaire des bonnes mœurs (2).

#### 1. Le recul des bonnes mœurs dans les libéralités

Les motifs d'un acte peuvent jouer un rôle plus ou moins grand en droit et c'est au travers d'un contrôle sur la validité de l'acte fait par le prisme de l'ordre public et des bonnes mœurs que le législateur prendra en compte la motivation des personnes<sup>101</sup>, mais, comme il s'agit de notions à contenu variable, l'appréciation en est différente selon les époques<sup>102</sup>. À l'heure actuelle, les juges ont rejeté tout jugement en matière de mœurs sexuelles à la marge des débats judiciaires, en sorte qu'il importe peu pour la validité d'une libéralité que celle-ci soit faite à une maîtresse, y compris dans le dessin trouble de favoriser les relations sexuelles ou leur maintien, et ce quand bien même les protagonistes ou l'un d'eux seraient mariés.

<sup>96</sup> Il est nécessaire d'avoir les trois éléments de la chaîne de la responsabilité délictuelle : une faute, un dommage, et un lien de causalité. L'inexécution d'une obligation est donc insuffisante à sa mise en œuvre, à l'inverse du mécanisme de la responsabilité délictuelle.

<sup>97</sup> Avec la reconnaissance du viol entre époux, l'idée qu'il s'agissait d'une exécution forcée a disparu (de la même manière que l'argument de la présomption du consentement). Elle a pourtant compté dans la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle. La « conjonction ainsi obtenue » était alors une « fin légitime du mariage », *Cass. crim.*, 19 mars 1910, *Bull. crim.*, n° 153.

<sup>98</sup> J. Hauser, v° *Mariage ; Courtage matrimonial*, *J.-Cl. Civil*, Art. 144 à 147 C. civ. ; fasc. 20, n° 16.

<sup>99</sup> *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 4 nov. 2011, n°10-20.114, FS-P+B+A.

<sup>100</sup> Pour une solution contraire : *CA Paris*, 1<sup>er</sup> déc. 1999.

<sup>101</sup> Cf. v° *Ordre public et bonnes mœurs*, J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. Civ. Dalloz*, 2004.

<sup>102</sup> Cf. M. Grimaldi, *D.* 1999, p. 307.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 29 octobre 2004<sup>103</sup> (arrêt *Galopin*), n'a fait qu'entériner un mouvement continu qui a consisté à se détourner des causes de l'acte<sup>104</sup>. La relation adultérine n'y est plus présentée, dans une totale neutralité, que comme « l'occasion » de la libéralité. Il est d'ailleurs significatif qu'on ne se pose plus, dans cet état de la jurisprudence, la même question que celle de l'arrêt du 3 février 1999<sup>105</sup> qui en avait pourtant ouvert le mouvement, à savoir si la donation « en vue de maintenir » une relation adultère est contraire aux bonnes mœurs. La question est devenue en elle-même indifférente. Et cette indifférence est entretenue par une absence de sanction.

## 2. La disparition de la sanction pécuniaire des bonnes mœurs

Dans le même esprit que ce qui précède, les conséquences pécuniaires des manquements aux bonnes mœurs ont quasiment disparu. L'amant entretenant une relation adultérine n'engage plus sa responsabilité civile à l'égard du conjoint trompé<sup>106</sup>. Sur un autre terrain encore, l'égalité des filiations interdit de tirer les conséquences de l'adultère sur le plan successoral : par la réforme du 3 décembre 2001, la loi française a été mise en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *Mazurek*<sup>107</sup>) qui avait sanctionné la précédente législation jugée discriminatoire. Les enfants nés d'un adultère ont maintenant les mêmes droits successoraux que les enfants issus du mariage. Cette indifférence aux bonnes mœurs révèle que le sexe, l'argent, et le contrat ne sont plus liés comme ils l'étaient : les freins à la validité tirés de la cause jouent beaucoup moins qu'autrefois, donnant un rôle plus libre à l'autonomie des volontés.

### B. Le sexe et les frontières de l'institution familiale

Le droit de la famille n'est pas seulement constitutif d'une technique. C'est un droit finalisé, causé, c'est-à-dire conçu pour des situations précises où la sexualité tient un rôle central : celle-ci se retrouve, en effet, tant dans le mariage que la filiation qui sont traditionnellement les deux institutions fondatrices de la famille. Bref, la sexualité est à la base de la famille. Aussi une approche purement utilitariste du droit de la famille interroge-t-elle sur le rôle que conserve la cause, car c'est finalement la cause qui permet en droit de la famille de mesurer les détournements

de l'institution (1). Mais ce phénomène est aussi l'indice d'un besoin d'outils juridiques pour l'organisation patrimoniale de ceux qui n'ont pas de relations sexuelles (2).

#### 1. La sexualité, un élément encore qualifiant

La sexualité reste un élément de définition du couple. Elle est aussi le moyen de procréation le plus commun. En résumé, c'est un élément déterminant de l'application du droit de la famille et l'existence de relations sexuelles participe donc de l'opération de qualification juridique. Le droit de la famille est un droit finalisé : les institutions familiales sont réservées à certaines situations et poursuivent un objectif prédéfini. C'est pourquoi certaines instrumentalisation constituent des détournements condamnables<sup>108</sup>. La simulation de l'existence d'un couple permet d'obtenir des effets avantageux sur le plan pécuniaire ou matériel. On pense aux effets fiscaux (nombre de parts pour l'IRPP) ; on pense encore, prosaïquement, au surplus de points qu'un PACS apportera à une demande de mutation (nord-sud en général) ; on pense encore – bien sûr –, aux mariages blancs, voire gris, aux fins d'obtenir la nationalité ; enfin, on peut citer la fraude aux prestations sociales. Manifestement, la situation de couple reste assez attractive et des détournements ne peuvent être caractérisés que parce que la relation sexuelle n'est pas jugée indifférente dans la justification des avantages législativement octroyés. En parallèle, on soulignera aussi que l'existence de relations sexuelles d'une certaine durée est source de droit : l'existence d'une relation de fait a conduit les juges à accepter d'utiliser les moyens de droit commun pour se rapprocher des effets juridiques attachés à un statut de couple. La société créée de fait ou l'enrichissement sans cause sont ainsi convoqués pour suppléer l'absence de mariage et le droit commun s'en trouve parfois quelque peu gauchisé pour atteindre des objectifs qui lui sont le plus souvent quelque peu étrangers. La sexualité n'est donc pas sans effet juridique, qu'il soit question de refuser les avantages tirés d'une simulation, ou de tirer les conséquences d'une situation de fait. Cependant, les frontières risquent d'en être brouillées. En effet, à qui octroyer finalement certains effets avantageux qui étaient naguère la conséquence de la seule situation institutionnelle fondée sur l'existence de relations sexuelles ? La sexualité en est-elle encore la vraie justification ou bien l'avantage ne se trouverait-il pas également justifié dans d'autres situations ?

#### 2. L'organisation de la vie commune sans sexualité

Le recul de la cause finit par poser un problème : si la relation sexuelle devient indifférente, qu'est-ce qui distinguera une simple communauté de vie de véritables relations familiales supposant des relations sexuelles ? La différence n'étant plus vraiment marquée, on serait tenté de vouloir rapprocher les avantages tirés d'une vie commune de ceux propres à une vie de couple ou à une vie familiale. Cette question a été ouvertement posée avec l'arrêt *Burden Burden c./ R.-U.*<sup>109</sup>, où deux sœurs

<sup>103</sup> Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, Bull. civ. 2004 À. P. n°12, p.27.

<sup>104</sup> Cf. note 14.

<sup>105</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 févr. 1999, n° 96-11.946 : JurisData n° 1999-000755 ; D. 1999, p. 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughrue ; JCP G 1999, II, 10083, note Billiau et Loiseau ; Defrénois 1999, art. 36998, n° 30, obs. Massip ; Defrénois 1999, art. 37008, n° 37, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 1999, art. 37017, n° 62, obs. Champenois ; Dr. famille 1999, comm. 54, obs. B. Beigner ; D. 1999, somm. p. 307, obs. Grimaldi et p. 377, obs. Lemouland ; RTD civ. 1999, p. 364, obs. Hauser et p. 892, obs. Patarin.

<sup>106</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juillet 2001 (rejet), Bull. civ. II, n° 136, p. 91 ; JCP éd. G 2001, II, 10139, note D. Houtcieff ; D. 2001, IR, p. 2363 ; Defrénois, 30 janvier 2003, n°2, p. 119, note J. Massip.

<sup>107</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, req. n° 34406/97.

<sup>108</sup> Cf. le dossier *Les détournements en droit des personnes et de la famille, Droit et patrimoine*, n° 209, déc. 2012, pp. 36-88.

<sup>109</sup> Cf. *Burden c/ Royaume-Uni*, CEDH, Grande Chambre, 29 avr. 2008, req. n° 13378/05.

souhaitaient être traitées comme des partenaires ou des époux et profiter de la faveur fiscale accordée au partenaire ou à l'époux survivant en cas de décès de l'une des deux. Ces deux sœurs cohabitaient depuis plus de trente ans, et prétendaient que l'ancienneté et la stabilité de leur vie commune justifiaient le même traitement fiscal que celui accordé à un couple. Il leur a, néanmoins, été opposé qu'il n'y avait aucune discrimination à en réserver l'avantage à des couples. Bien que la situation des deux sœurs ait été comparable à celle d'un couple, la différence qui réside dans l'absence de relations sexuelles permettait un traitement différent. Les sœurs Burden n'ont pas manqué de faire observer à la Cour que si le partenariat civil leur avait été ouvert, elles l'auraient choisi<sup>110</sup>. Et les juges de faire observer en retour que leur consanguinité interdisait une relation de couple, et qu'il était par conséquent normal de leur fermer ce statut et surtout ses avantages. Mais c'est ignorer une aspiration à voir reconnaître à la vie commune un statut équivalent à celui d'une vie de couple – ce qu'ont relevé les opinions dissidentes. Une solution peut être trouvée dans la création d'un statut à part entière, comme ce fut le cas en Belgique avec le « contrat de vie commune », passé devant notaire et inscrit au « registre de la population ». On se souvient que ce même débat a existé en France où il y avait eu quelques hésitations sur sa finalité au moment de l'élaboration du PACS<sup>111</sup>. Mais l'institution a finalement été réservée aux couples – sans doute fallait-il, symboliquement, inscrire dans la loi la reconnaissance de l'homosexualité. Enfin, une réponse pourra venir de la pratique, inspirée de travaux prospectifs, en tentant par exemple de ressusciter les « sociétés universelles » (aujourd'hui disparues de notre Code civil) en ayant recours à des sociétés civiles<sup>112</sup>.

En définitive, si le contrat s'est avéré inapproprié pour saisir la sexualité, il est en revanche un recours indispensable pour palier l'absence de sexualité et atteindre à des effets de droit semblables à ceux attachés à la famille par la loi. Mais le contrat ne peut à lui seul en recréer tous les effets. Certains aspects concrets, notamment fiscaux ou sociaux, ne pourraient devenir effectifs qu'avec la reconnaissance d'un statut fondé sur la simple vie commune. Ceci participerait à réduire encore la place que la sexualité peut avoir dans la famille.

**Master 2 Droit privé notarial**   
**Université Pierre-Mendès-France, Grenoble**

### LA CONSTATATION ET LA RÉPRESSION DE L'ADULTÈRE DANS L'ANCIEN DROIT

L'adultère... Cet unique mot a su, de tout temps, déchaîner les passions les plus folles. Encore aujourd'hui, une affaire d'adultère peut largement dépasser le cadre privé de la famille pour faire l'objet d'une large polémique et inonder la vie sociale, ou politique... Ainsi, l'adultère suscite-t-il encore aujourd'hui un vif intérêt... L'étude de son évolution reflète

<sup>110</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>111</sup> J. Hauser, *Les communautés taisebles*, D., 1997, p. 255.

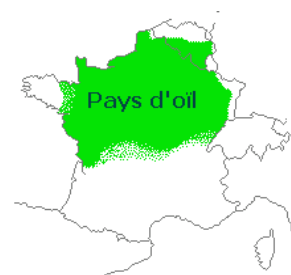
<sup>112</sup> Fl. Deboissy et G. Wicker, *La société universelle ou le possible avenir d'un passé révolu*, in *Mélanges offerts à Michel Vidal*, novembre 2010.

les avancées accomplies en matière de liberté sexuelle. Le temps passant, les sanctions sont de moins en moins sévères à l'instar d'autres pratiques pourtant longtemps réprimées telles que l'homosexualité ou l'avortement. C'est ainsi que le droit s'est chargé de punir, parfois très durement, souvent de manière inégalitaire, cette pratique répandue. En la matière, il apparaît que si les sanctions prévues pendant des siècles avaient pour objectif l'exemplarité de la peine, le droit va dans le sens de la tolérance.



Dans l'acception commune, l'adultère est le fait pour un époux d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint. Un tel comportement a toujours été condamné par la société des hommes. En effet, que ce soit pour des raisons de morale, de religion, ou même d'honneur, les

autorités se sont ingérées dans la cellule familiale pour y sanctionner ces tromperies. En France plus particulièrement, l'adultère reste un délit pénal jusqu'à la loi du 11 juillet 1975. Cependant, il apparaît que selon l'époque étudiée, l'adultère n'est pas traité de la même façon. En effet, il faut distinguer les périodes. Aujourd'hui, pour des raisons de temps et des raisons pratiques, nous avons décidé de traiter plus particulièrement du Moyen-âge et de l'Ancien Régime. Au sein du Moyen-âge, nous avons également effectué une distinction entre les pays de coutume et les pays de droit écrit. C'est-à-dire que nous allons traiter de l'état du droit dans les pays de droit écrit, les pays d'oc, et laisser de côté les pays d'oïl. La frontière entre les pays de langue d'oïl et les pays de langue d'oc peut sembler difficile à définir. Pour avoir une vision de la frontière qui les sépare, on peut dire qu'elle s'étend du nord de Bordeaux, passe par Angoulême, puis par Poitiers, Bourges, Lyon, Avignon, et Gap. Tout ce qui se situe au-dessus de cette ligne est de langue d'oïl et tout ce qui se situe en dessous de langue d'oc.



Nous allons donc, au sein du Moyen-âge, traiter précisément de ces pays de droit écrit.

Mais avant, il faut faire un bref rappel des plus de 10 siècles qui ont précédé le Moyen-âge. Sous l'Antiquité, chez les Hébreux, la femme adultère était lapidée. Quant à la preuve de l'adultère, lorsqu'il n'y avait pas de flagrant délit, on employait une sorte d'ordalie pour découvrir la vérité (c'est un ancien mode de preuve en justice, à caractère religieux, il consiste à soumettre les plaidants à une épreuve dont l'issue, déterminée par Dieu, désigne la personne bien fondée). La cruauté de cette sanction se justifiait par le fait que le mari exerçait un pouvoir de propriété sur sa femme, l'adultère serait donc une atteinte à ce droit de propriété. De plus, les idées religieuses sont encore très ancrées en Grèce et à Rome ; ainsi, l'adultère mettrait en péril le culte des ancêtres. Au point de vue pénal, une loi de Dracon (législateur athénien du VII<sup>ème</sup> siècle avant notre ère) permettait au mari de tuer le séducteur pris en flagrant délit. Dans tous les cas, le mari romain, tout comme le mari grec, était dans l'obligation de renvoyer sa femme adultère. À l'époque classique (-150 à 284), les lois d'Auguste sur le mariage ont restauré les anciennes mœurs et les ont transformées en obligations civiles : cela permet d'intenter contre la femme une action publique qui entraîne la peine de la relégation et la confiscation d'une partie de ses biens. Quant à l'adultère du mari, il n'était l'objet que de sanctions indirectes : par exemple, le mari coupable d'adultère ne pouvait poursuivre l'adultère de sa femme. Avec le christianisme, de nouvelles conceptions vont apparaître ; cependant, l'adultère restera sévèrement puni, car regardé comme souillant le sacrement du mariage ; la femme, quant à elle, restant toujours coupable du péché originel... Saint Paul dans son épître aux Corinthiens affirme l'égal droit à la fidélité de l'homme et de la femme. Le mariage devient sacré et l'adultère est puni qu'il soit le fait de l'époux ou de l'épouse. Le devoir de fidélité est rendu réciproque ; cependant, les sanctions sont toujours inégales entre le mari et la femme : femme, fustigation et réclusion perpétuelle dans un monastère (sauf si le mari lui pardonne dans un délai de 2 ans) ; mari, perte de la donation *ante nuptias* (celle donnée avant le mariage). Le droit de poursuivre la femme est enlevé aux simples citoyens (contrairement à ce qui se passait à l'époque classique) : elle est réservée au mari et aux proches parents (donc la vieille idée de souillure de la cité entière n'est plus d'actualité). C'est ce qu'a décidé Constantin qui pensait cette pratique de l'action ouverte à tout citoyen, source de chantage, abus... À l'époque franque (445-814), l'adultère de la femme était aussi terriblement puni. On y applique la loi de Tacite, qui dans un passage célèbre, nous apprend que le mari devait chasser de chez lui sa femme toute nue, la poursuivre dans le village à coups de fouet aidé par les gens du village. C'est sans doute là que se trouve l'origine de « la course » qui sera étudiée ultérieurement et qui était largement pratiquée au Moyen-âge dès le XI<sup>ème</sup> siècle. Quant à la preuve, en cas de surprise en flagrant délit, le mari avait le droit de tuer sur place les coupables, sinon, la preuve se faisait par ordalies ou par serment purgatoire. Il convient alors de se demander dans quelles mesures l'adultère a été défini et sanctionné sur ces deux périodes que sont le Moyen-âge et l'Ancien Régime. Dans une première partie, nous étudierons la constatation de l'adultère, puis dans une seconde partie, nous envisagerons sa répression.

## I. Les constatations de l'adultère

### A. Les éléments constitutifs de l'adultère de la femme mariée

Nous allons, pour commencer cet exposé, aborder les différents éléments permettant de caractériser l'adultère en Ancien Droit. Ces éléments constitutifs n'ont que très peu varié dans la période allant du Moyen-âge à la Révolution, les principaux changements se situant au niveau de la répression de l'infraction. Pour ce faire, nous allons, à partir de la définition de l'adultère donnée par Fournel, préciser les trois éléments nécessaires pour caractériser un adultère dans l'Ancien Droit. L'adultère se définit comme suit, c'est « *la familiarité charnelle de deux personnes de sexes différents, l'une desquelles est mariée* ». Comme il a précédemment été dit dans l'introduction, bien que cette définition soit exacte du point de vue du droit canonique, il faut, en revanche, apporter quelques précisions s'agissant du droit civil. En effet, nous nous situons à une période où seul l'adultère de la femme mariée est prévu, l'adultère de l'homme n'étant envisagé qu'au cours de la Troisième République. Pour qu'un adultère soit caractérisé, il faut réunir trois éléments : il faut que la femme soit mariée, qu'elle ait une relation sexuelle avec une personne autre que son mari et que cette relation ait été intentionnelle. Nous allons revenir sur chacun de ces trois éléments pour en préciser l'étendue.

#### 1. Le statut de femme mariée

À ce titre, il convient de préciser que la fiancée ne peut pas commettre un adultère. De plus, le mariage doit être valable c'est-à-dire qu'il ne doit pas être frappé de nullité étant entendu que la nullité du mariage doit être envisagée avant toute condamnation d'adultère.

##### a. Une relation sexuelle entre la femme mariée et son amant

En effet, toute « *familiarité* » n'est pas constitutive d'adultère telle qu'un simple rapprochement. Il est nécessaire qu'il y ait « *consommation de l'œuvre* ». Par exemple, nous pouvons citer l'affaire de l'eunuque Bagoas qui avait été surpris dans une position bien compromettante avec une femme. Traduit en justice ce dernier se défendit de sa condition d'eunuque pour nier l'acte coupable. Les juges lui donnèrent raison malgré l'invocation du mari que la faculté de reproduction ne changeait rien à l'affaire. Enfin, ne sont pas prises en compte la masturbation féminine ainsi que les relations homosexuelles. L'homosexualité étant réprimée de façon autonome.

##### b. L'impardonnable intention coupable en tant qu'élément constitutif de tout délit

Elle exclut de fait l'erreur et la violence. L'erreur peut porter sur l'identité de la personne. Par exemple, dans le cas où à la faveur de l'obscurité la femme aurait commis un adultère sans le savoir en croyant se trouver avec son mari. L'erreur peut aussi exonérer l'amant complice si, étant donné le lieu inapproprié de la rencontre, ce dernier ne pouvait se douter que sa partenaire soit mariée. Quant à la violence, celle-ci peut s'exercer de deux manières. Elle peut soit être physique, mais cette condition doit être appréciée restrictivement par les juges, dans la mesure où, d'après

les mots de Fournel, « *quelle que soit la supériorité des forces d'un homme sur celles d'une femme, la nature a fourni à celle-ci des ressources sans nombre pour éluder la triomphe de son adversaire* ». Par ailleurs, la femme qui invoquait l'excuse d'un philtre ou d'une potion d'amour n'était pas recevable. D'autre part, la violence peut aussi être morale. Elle était à l'époque désignée sous le terme de violence compulsive ou de persuasion. C'est le cas d'une femme qui, paralysée par la peur, ne pouvait se défendre. Les juges appréciaient souverainement la violence pour savoir si elle était suffisante pour effacer la culpabilité. Ces éléments constitutifs illustrent une grande sévérité envers la femme mariée qui commettait un adultère. Peu de place était laissée à l'apport d'éventuelles preuves de son innocence. Cette sévérité s'expliquait notamment par le fait que la connaissance d'enfant adultérin pouvait avoir des conséquences graves et prolongées ; c'est pourquoi l'adultère a pu être qualifié de crime de lèse-nation.

## B. Les modes de preuve de l'adultère

Avant tout développement, il faut dire que le droit coutumier méridional a cherché à rendre très difficile la preuve de l'adultère. De façon générale, la 6<sup>ème</sup> partie des *Institutes au droit criminel* de Justinien admet quatre modes de preuves : les témoins, l'aveu, les écrits, les présomptions. Pour pouvoir condamner, il fallait établir deux points : qu'un crime avait été commis et que l'accusé en était l'auteur. Seulement, le crime d'adultère, contrairement à l'homicide ou encore le vol avec effraction, ne laisse pas de traces matérielles. Deux catégories de preuves existent en fonction de la personne qui l'apporte : elles peuvent émaner des tiers ou des accusés eux-mêmes.

### 1. Les preuves émanant des tiers

Le juge pourra emporter sa conviction soit par le constat de l'adultère (a) soit par les divers témoignages (b).

#### a. Le flagrant délit

La difficulté majeure est de constater l'infraction. Il faut dire que le flagrant délit est apprécié largement par certaines coutumes. Ainsi deux personnes enfermées dans une chambre peuvent être considérées en flagrant délit. Un texte de 1289, va nous permettre d'illustrer cette constatation : Il a été jugé qu'un sieur Bousquet avait été reconnu coupable d'adultère. « Un jurat de la ville de Bordeaux vit à travers un trou les coupables nus et nus dans un lit. Le jurat regardait continuellement dans ledit trou. Ceux qui étaient venus avec lui ouvrirent la porte. Bousquet se leva nu et ne put trouver ses pantalons et voulut se cacher dans un autre lit. Il ne put pas et il fut pris tout nu avec la femme et furent amenés nus à Saint Éloi cette nuit-là. Ce même jour, il fut jugé que selon la coutume de Bordeaux il avait été suffisamment prouvé que ledit Bousquet avait été trouvé en adultère. Certains disent que la vision du jurat suffisait ». En 1284, à Toulouse, le viguier a voulu punir des cas d'adultère « prouvés par aveu ou enquête ». Rappel lui a été fait que seule la preuve par flagrant délit est condamnable et que toute autre preuve est inopérante. HENRYS s'interroge sur les circonstances qui entourent le droit pour le mari de tuer sa femme surprise en flagrant délit. Il obtient ce droit dans 3 circonstances : sa femme doit être avec l'adultère, enfermée ou non dans une chambre ; il faut que cela soit

une heure indue ; ils doivent être dans une disposition qui marque l'action passée ou proche.

### b. Les témoignages

La preuve par témoins constituait, en droit criminel, la preuve par excellence. Ce mode de preuve était encadré de diverses conditions : il fallait au moins deux témoins qui ne devaient pas être considérés comme « reprochable » (peu fiable) ; ces témoins devaient se livrer à trois interrogatoires (information, recellement et confrontation) ; et à ces trois reprises, leurs dépositions devaient être identiques. La grande difficulté est que l'adultère est un crime de solitude qui n'a ordinairement de témoins que les criminels. Les témoignages doivent donc être reçus avec une très grande prudence. Ainsi **Prost** fait remarquer que l'imagination peut fourvoyer l'esprit des témoins, qui ne voient pas directement la scène (regarder par un trou de serrure, entendre des sons). De ce fait, les témoins doivent expliquer au juge, les détails « très circonstanciés » c'est-à-dire la « manière dont ils se sont procuré la vue des faits ». C'est à ce moment-là que le juge pourra apprécier leurs dépositions.

### c. Les présomptions.

À la preuve par témoignage, Jousse ajoute qu'elle peut s'effectuer par des indices et des présomptions. Il pose deux caractères à cette présomption : il faut plusieurs présomptions, et elles doivent être « fortes et violentes ». Mais sur quoi reposaient ces présomptions ? On peut considérer qu'il existe des sortes de code de bonne conduite qui régissent les relations entre homme et femme, et plus particulièrement entre la femme mariée et son entourage. Des faits qui, pris isolément, s'écartent de ce code et constituent une originalité, deviennent, lorsqu'ils s'accumulent, non seulement générateurs de soupçons, mais constitutifs d'une preuve. Toute femme qui ne respecte pas le schéma de conduite qui lui est dévolu s'expose, à l'accusation et aux poursuites. Ainsi, nous pouvons donner comme exemple, le fait de trouver la femme et l'homme seuls dans un lieu suspect. Il faut noter que ces conditions sont d'interprétation stricte. Si dans la plupart des cas, les présomptions permettent d'affirmer la culpabilité des individus, Jousse rappelle qu'elles peuvent aussi détruire l'accusation d'adultère. Ainsi, les liens de parenté entre les deux individus, la présence du mari ou encore la vieillesse et la laideur de la femme sont autant d'indices qui font croire à leur innocence.

### 2. Les preuves émanant de l'accusé

#### a. La preuve écrite

Dans cette relation intime, ce mode de preuve paraît quelque peu impossible à rapporter. Cependant, certains juristes l'admettent dans certaines circonstances. Deux conditions étaient requises pour admettre cette forme de preuve : elle devait être précise sur les faits, être reconnue par son auteur. En matière d'adultère, on pouvait parfois se fonder sur des lettres d'amour écrites à l'intention de l'accusé. Prost mentionne ce qu'il appelle « les preuves muettes », c'est-à-dire des lettres, des billets de la femme ou de son complice qui contiendraient des aveux échappés à la passion.

### b. Les aveux

Pour pouvoir condamner à mort l'accusé, une preuve complète était exigée, et il faut dire qu'elle ne l'était que par l'obtention d'un aveu. Il pouvait être volontaire et spontané, voire forcé par l'utilisation de la torture. Le silence de l'accusé avait pour effet de purger l'accusation et d'effacer les indices qui avaient justifié le recours à la torture. Pour contourner ce principe, les juristes se sont fondés sur la notion « avec réserve de preuve ». La seule restriction de cette formule est d'aboutir à une peine autre que la mort. L'aveu ne peut nuire qu'à celui qui le fait, et non à son complice. À cet égard, Denisart précise que l'aveu ne vaut contre le complice que comme déposition d'un témoin, ne pouvant faire foi s'il reste isolé.

## II. La répression de l'adultère

### A. Les peines de l'adultère selon les coutumes

La sanction de l'adultère prévue par les coutumes méridionales présente des caractères très originaux et se démarque nettement de celles prévues par le droit romain. Dans l'évolution des coutumes, trois temps sont à distinguer : tout d'abord, celui de l'arbitraire du seigneur, puis l'apparition de la sanction originale de la course à partir de la fin du 12<sup>e</sup> siècle, et enfin, le remplacement progressif de la course par l'amende.

#### 1. L'arbitraire du seigneur

Le seigneur justicier avait le pouvoir de juger et de sanctionner les infractions classées parmi les *causae majores*. Cette catégorie regroupe les infractions les plus graves comme l'incendie, le meurtre, et également l'adultère. Cela témoigne de la gravité de l'adultère à cette époque. La peine appliquée était une peine arbitraire dont le seigneur était seul maître. Afin d'être suffisamment lucrative pour le seigneur, elle consistait soit en la confiscation des biens soit en l'asservissement du coupable. Cet arbitraire se poursuit sous l'empire des premières coutumes rédigées au 12<sup>ème</sup> siècle, ainsi la confiscation générale des biens demeure la règle. Après 1200, un adoucissement apparaît avec l'application d'une peine spécifique qui se répand rapidement dans le Midi de la France : la course.

#### 2. La peine de la course

Les origines de la course sont peu connues et sujettes à controverse. Si d'après Tacite, elle était pratiquée dans la Germanie du 1<sup>er</sup> siècle, certains auteurs pensent qu'elle dériverait plutôt de coutumes du nord de l'Espagne datant du 11<sup>ème</sup> siècle. Elle apparaît en France à la fin du 11<sup>ème</sup> siècle, évoquée pour la première fois dans la charte d'Oloron environ en 1080, et se répand dans le Midi de la France tout au long du 12<sup>e</sup> siècle. À titre d'exemple, la charte de Millau de 1187 peut être citée ; on la trouve également dans les coutumes de Montpellier de 1204. Finalement, elle devient au 13<sup>e</sup> siècle la sanction normale de l'adultère. Elle consiste en l'obligation pour les condamnés de parcourir la ville selon un trajet fixé précédé par un crieur public. Dans la plupart des coutumes, il est exigé que les condamnés soient nus, certaines d'entre elles exigeant une nudité totale, d'autres laissant à la femme sa chemise et à l'homme ses braies. (La coutume

de Gourdon de 1243, ou la coutume d'Aigues-Mortes de 1246, où seule la femme doit être couverte). Certaines coutumes, enfin, aggravent l'humiliation en obligeant la femme à tirer son amant *per genitalia* au moyen d'une corde. De nombreuses coutumes l'évoquent comme celles de l'Agenais, ou celles de Marmande. Parfois, une épreuve physique s'y ajoute avec la fustigation. Cette peine originale présente des caractéristiques fondamentales. En effet, elle est uniforme, car la femme et son complice subissent le même châtement. Elle doit ensuite être exemplaire, ce qui justifie la présence des crieurs publics. Il s'agit d'une sanction humiliante nécessitant une participation active de la communauté par des quolibets, ou encore parfois par le fouet. Le caractère (ludique) et dérisoire de la course est un élément essentiel des sanctions de cette époque ; on peut notamment citer la chevauchée de l'âne visant à humilier l'homme qui se laisse battre par sa femme. La course, adoucissement du système antérieur de l'arbitraire, est en principe obligatoire et non susceptible de rachat, elle connaîtra sur ce point une évolution importante.

#### 3. Le remplacement progressif de la course par l'amende

Dès le milieu du 13<sup>e</sup> siècle, certaines coutumes offrent le choix au condamné de substituer à la course le paiement d'une amende strictement tarifée. (*Deuxième coutume de Fonsorbes ou encore la coutume de Riom.*). Ce système optionnel est adopté par la majorité des coutumes à la fin du 13<sup>ème</sup> siècle. Dès le 14<sup>ème</sup> siècle, un changement s'opère : alors que la course était une peine principale, et l'amende un simple substitut, l'amende se généralise et la course devient exceptionnelle et réservée aux seuls insolvable. (*Coutume de Tarascon 1348, de Bergerac 1344*). Les coutumes fixent généralement l'amende à 60 sols (80% des coutumes), et du fait de la dépréciation monétaire, elle est devenue en fait particulièrement faible. De plus, les tribunaux condamnaient souvent à des compositions inférieures. Par exemple : à Périgueux, l'amende prononcée par les Consuls était bien souvent de 48 sous ; en outre, les délais de paiement étaient souvent longs. La pratique judiciaire, comme le droit coutumier méridional donne ainsi une impression d'indulgence en contradiction avec l'évolution générale du droit pénal de cette époque. La dégradation de la répression de l'adultère est selon Aubenas, due à l'affaiblissement des sentiments chrétiens, l'adultère devenant matière à plaisanterie. En effet, si les adultères parviennent à s'enfuir, ils sont libres. De plus, en principe une fois la sanction accomplie, les coutumes sanctionnent les personnes qui leur reprocheraient encore leur faute par une amende (coutume de Thégra, en Agenais les coutumes de Sérignac ou de Daubèze). Cette indulgence choque certains juristes savants et juges royaux, qui réclament une répression plus sévère. La peine de la course disparaît progressivement dès le 15<sup>e</sup> siècle, et c'est alors qu'intervient la législation royale.

### B. La législation royale

La répression sous la législation royale s'est quelque peu modifiée par rapport aux coutumes pratiquées sous le Moyen-âge ou même depuis la législation de Justinien. En effet, on constate à la fois, un durcissement de cette répression, avec la réapparition de la peine de mort ainsi que dans certaines circonstances, un adoucissement des

peines notamment à l'égard des femmes. Ces peines de l'adultère sont soit criminelles soit civiles.

### 1. Les peines criminelles

Les peines ne s'infligent qu'aux femmes ou aux complices de ces dernières. Le mari adultère n'étant pas à proprement parler un véritable coupable, et ne recevant de ce fait que des peines civiles.

#### a. L'atténuation de la peine à l'égard de la femme

La femme adultère était condamnée à la peine de la Nouvelle 134 et de l'authentique c'est-à-dire la fustigation et la claustration. Cependant contrairement aux siècles précédents, cette peine ne fut pas suivie dans toute sa rigueur.

*Suppression de la fustigation à partir du XVI<sup>ème</sup> siècle* - Autrefois en vigueur la femme était fustigée soit avant d'entrer au couvent (parlement de Bordeaux du 07 décembre 1523 et 30 décembre 1595) soit après l'expiration des deux ans au cours desquels le mari pouvait pardonner à sa femme son infidélité. Ainsi si ce dernier n'avait émis aucun pardon, la femme était fouettée par la mère supérieure ou des religieuses désignées par cette dernière (Bordeaux, 07 septembre 1614). Cette cérémonie fut jugée inconvenante et immorale et fut donc abandonnée.

*Allègement de la peine de claustration* - La femme est enfermée dans un couvent ou une communauté. Son



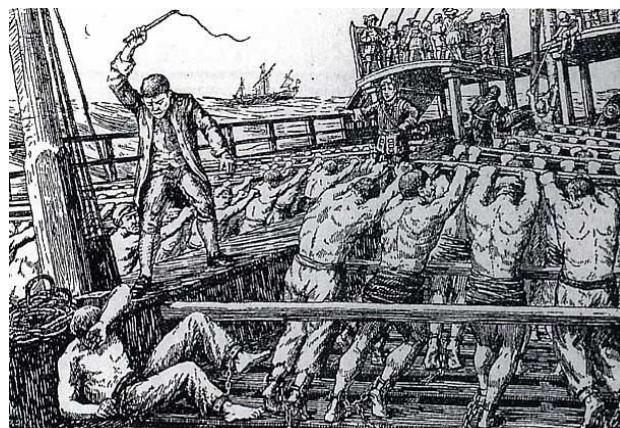
entretien doit être assuré par son mari qui généralement paiera cette pension sur les paraphernaux qui étaient laissés à sa jouissance et à son administration. À défaut de biens personnels, le mari pouvait payer grâce à la dot de sa femme, et à défaut de dot il devait la payer *de suo*, c'est-à-dire sur ses biens propres ; cette pension, dans ce

dernier cas, restait très modique. Si le mari et la femme étaient pauvres, le mari pouvait demander aux juges que sa femme soit enfermée à l'Hôpital où elle était traitée selon les règlements applicables aux femmes débauchées. Dans la pratique du XVIII<sup>ème</sup> siècle, la femme était généralement envoyée dans ce dernier cas dans une maison de force. L'allègement de cette peine se ressent, car cette réclusion n'est pas perpétuelle. En effet, le mari peut pendant deux ans, pardonner à sa femme et la reprendre sans aucune formalité. Passé ce délai de deux ans, le mari peut toujours pardonner à sa femme et la reprendre à condition d'obtenir un jugement qui la remettra en sa possession. Dès lors qu'il lui a pardonné, le mari ne pourra plus jamais accuser sa femme d'adultère. Seuls les magistrats ne pouvaient pardonner à leur femme, car selon Jousse « on a regardé qu'il était indécent à un juge de

*garder une femme qui avait été jugée publiquement.* ». Durant les deux ans d'enfermement de la femme adultère, cette dernière gardait ses habits séculiers et pouvait recevoir la visite de son mari. Ce délai passé, elle était tondue, voilée et devait remettre les habits monastiques, sans pour autant être considérée comme une religieuse. Si son mari venait à décéder avant de lui accorder son pardon, la femme pouvait toutefois reconquérir sa liberté. Deux options s'ouvraient ainsi à elle : elle pouvait soit se remarier. Un arrêt du 29 janvier 1684 paru dans le journal des audiences précise les formalités à accomplir, pour permettre à la femme de retrouver sa liberté : « elle sera reconduite du lieu où elle était renfermée à la paroisse par un huissier qui s'en chargera pour, en sa présence, être procédé à la célébration du mariage; en fait être remise entre les mains du mari » ; soit espérer, après réclamation et plusieurs années de captivité, que les juges considèrent sa peine comme suffisante.

#### b. Le renforcement de la peine à l'égard du complice

Ces peines à l'égard de l'adultère sont très arbitraires puisqu'elles dépendent à la fois des circonstances, mais aussi, et surtout, de la qualité des personnes. Ainsi, suivant la gravité des circonstances, la peine pouvait être une amende pécuniaire, une amende honorable, le bannissement, les galères, voire dans certains cas spéciaux la mort.



#### \* Les différents types de peines en fonction des circonstances

L'*amende pécuniaire* est une peine très variable prononcée au profit du Roi et du mari. Ainsi dans un arrêt du 31 août 1552, le nommé Vernier de Montbrisson fut condamné à 200 livres d'amende pour le Roi et 400 livres d'amende pour le sieur Gaillot, le mari. L'*amende honorable* correspondait à une cérémonie particulière. Ainsi le complice adultère devait se mettre pieds nus, en chemise avec une corde au cou. Il devait ensuite tenir un cierge allumé d'un certain prix, se mettre à genoux en lisant et déclarant follement, malicieusement et audacieusement qu'il avait commis l'adultère, qu'il s'en repent et requiert pardon et merci à Dieu, au Roi, à la justice, etc. À Paris, on faisait amende honorable entre autre devant le portail de Notre Dame. Le *bannissement* pouvait être à temps ou à perpétuité hors de la ville, de la prévôté, de la vicomté ou hors du royaume. Les *galères*, de même, pouvaient être à

temps ou à perpétuité. Cependant généralement peu de gens en revenaient. La *mort* quant à elle était prononcée pour adultère qualifié, c'est-à-dire lorsqu'il était accompagné de viol, rapt, meurtre, inceste, sacrilège. Le genre de mort différait selon la gravité du crime et pouvait correspondre soit à la strangulation, la pendaison, la crémation avec les cendres jetées aux quatre coins du vent.

*\* Une répression sévère  
en fonction de la qualité des personnes*

Si l'adultère souillait des personnes de sang noble ou royal, les peines s'accompagnaient d'atroces souffrances. Ce fut ainsi le cas pour Philippe et Gautier de Launoy accusés et convaincus d'adultère avec les filles des enfants de Philippe Le Bel, roi de France. Ainsi en 1314, le Parlement de Paris condamna les deux hommes à être écorchés vifs, leurs membres coupés et pendus à un gibet. L'inégalité des conditions entraînait aussi une extrême sévérité: ce fut ainsi le cas du valet qui commit adultère avec la femme de son maître et qui fut condamné à mort (arrêt du Parlement de Toulouse en 1567). Les personnes ayant autorité sur autrui par le statut encourageaient, elles aussi, une peine exemplaire. Cela concernait donc, comme le souligne Jousse les cas par exemple des geôliers qui abusaient de leurs prisonnières, des médecins qui trahissaient la confiance que le mari était obligé d'avoir en eux pour commettre adultère avec leur cliente.

## 2. Les peines civiles

### a. Les peines contre la femme

Deux peines civiles s'exercent à l'égard de la femme condamnée pour adultère : elle peut subir une séparation de corps, mais non un divorce ; selon un arrêt du 12 mai 1712, elle n'a plus aucun droit sur sa dot, sa part de communauté et autres conventions matrimoniales. Ses biens étaient attribués au mari ou aux enfants.

### b. Les peines contre le mari

L'adultère du mari entraîne pour ce dernier une séparation de corps et de biens, que la femme ne pouvait demander que par voie civile. Selon certains auteurs, dont Jousse, cette séparation de corps ne pouvait être accordée que s'il y avait eu scandale public, mauvais traitement ou autres choses de semblable. L'adultère du mari entraîne également une perte du gain de la dot et des autres conventions matrimoniales. Enfin, son adultère pouvait être opposé par la femme, elle-même accusée d'adultère.

### c. Les peines communes au couple adultère

Les adultères étaient frappés à l'égard de l'un envers l'autre d'une incapacité absolue de donner ou de recevoir par dispositions entre vifs ou testamentaires, universelles ou particulières, directe ou indirecte. Selon Jousse, ils ne pouvaient pas non plus se donner des aliments que la loi permettait quelquefois aux concubinaires. Les adultères ne pouvaient se remarier entre eux.

**Conclusion** - Au regard de l'exposé sur la constatation et la répression de l'adultère, il est intéressant de constater quelle a été l'évolution des procédures judiciaires de l'époque. En effet, deux justices aux caractères différents

se sont succédé pendant l'ancien droit. D'une part une justice qui légitime une sanction-spectacle ; la peine de la course, dont le but affirmé est l'exemplarité de la peine. En effet, pendant la période du haut Moyen-âge, la justice se fait la voix de la vengeance par l'introduction dans les coutumes d'une peine qui humilie et frappe le corps du coupable de façon très violente. Il est marquant de voir que la société subit directement l'influence de l'Église, qui dès le II<sup>e</sup> siècle, prône une interprétation du péché originel qui diabolise la femme et la rend responsable de la faute, du fait de sa nature tentatrice et peccamineuse. Nous avons également vu que le droit répressif se fonde sur un système de preuve qui laisse place à la réputation, à la *fama* notamment par le recours au témoignage. Les autorités n'hésiteront pas non plus à recourir à la torture. Et cette justice archaïque va se substituer, d'autre part, à une Justice royale qui va s'imposer au nom du respect de l'ordre public et qui interviendra dans la vie des familles pour contrôler et encadrer les modes de conflits. À cette époque la condamnation de l'adultère est renforcée et la peine de mort est rétablie. La femme est encore considérée comme l'instigatrice, mais la peine touche également son complice. La course disparaît et les sévices corporels comme la fustigation diminuent. La peine va évoluer dans un sens plus symbolique par la claustration qui vise cette fois à l'éloignement du coupable. Et parallèlement, les peines civiles traduisent la volonté de mettre la femme à nu en la privant de ses droits et en la condamnant à ne plus recevoir ou donner aucun bien. C'est donc en analysant les fondements de ce qui fut notre droit en matière conjugale que l'on peut comprendre la valeur de la liberté sexuelle et le passage vers un droit où la répression ne se fait plus de façon violente sur le corps, mais de façon symbolique et fondée sur le respect d'un ordre public. Et, malgré les limites temporelles du sujet, il est à noter que sur le plan international la répression de l'adultère constitue un combat majeur des défenseurs des droits de l'Homme. Nous pouvons citer notamment le régime iranien qui prévoit des lois très dures permettant la condamnation à mort pour des crimes non violents tels que l'adultère. Et le cas en Somalie où en 2008 une fille de 13 ans qui a déclaré avoir été violée a été lapidée à mort dans un stade bondé devant des centaines de spectateurs, et ce après avoir été accusée d'adultère. Ces exemples nous montrent qu'il existe au XXI<sup>e</sup> siècle des cas où, dans les sociétés traditionnelles et religieuses, la sanction emprunte encore la voie de la violence cruelle.

Master 2 Histoire du droit et des institutions 

