

Une théorie unifiée des infractions sexuelles est-elle concevable ?

À propos de Stuart P. Green, *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, New York, Oxford University Press, 2020

Régis Schlagdenhauffen

DANS **GRIEF 2021/2 N° 8/2**, PAGES 101 À 111

ÉDITIONS **ÉDITIONS DE L'EHESS**

ISSN 2275-1599

ISBN 9782247208197

DOI 10.3917/grief.212.0101

Date de mise en ligne : 17/12/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-grief-2021-2-page-101?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.

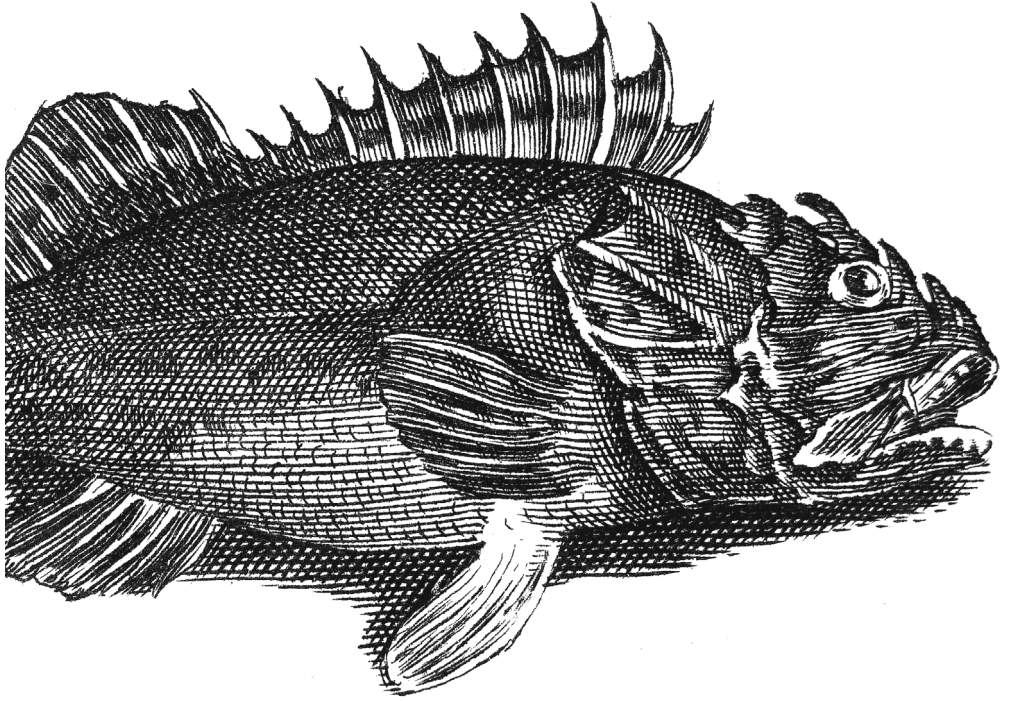


Distribution électronique Cairn.info pour Éditions de l'EHESS.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Lecture





Une théorie unifiée des infractions sexuelles est-elle concevable ?

À propos de **Stuart P. Green**,
Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory,
New York, Oxford University Press, 2020

par Régis Schlagdenhauffen

Dans son dernier ouvrage, *Criminalizing Sex*, Stuart P. Green, professeur de philosophie du droit à Rutgers et auteur, notamment, de *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime* (2007)¹, élabore une théorie libérale unifiée en matière de pénalisation des infractions sexuelles. L'exercice auquel il s'emploie n'est pas des plus aisés puisque, comme il l'affirme, « il n'y a probablement aucun domaine du droit pénal qui ne présente de questions plus controversées que celui des délits sexuels » (p. 361). Néanmoins, grâce à l'usage d'une langue accessible, de raisonnements rigoureux étayés d'exemples parfois amusants et cocasses, Green parvient tout à la fois à offrir un état des lieux des connaissances sur le sujet et à établir un système juridique permettant de faire progresser la réflexion dans le domaine des infractions sexuelles selon l'éthique libérale des torts (*harms*) et préjudices (*wrongs*).

L'auteur part du constat que, depuis quelques années, les législations pénales sur les délits sexuels ont connu de profondes transformations : elles sont globalement devenues plus répressives concernant les relations non consenties (viol, agressions sexuelles, etc.), mais aussi plus souples à l'égard des relations mutuellement consenties (homosexualité, adultère, etc.). Ce double mouvement apparent invite Green à explorer les implications conceptuelles et normatives de ces tendances divergentes, en partant du principe qu'un système pénal libéral idéal se devrait de punir uniquement les situations où un auteur imposerait à autrui une relation sexuelle non consentie. Une telle vision du droit, qui met l'accent sur l'autonomie individuelle, tout en prévenant les préjudices et torts causés à autrui, s'inscrit dans les pas de celles promues par John Stuart Mill², Herbert L. A. Hart³ et Joel Feinberg⁴. Elle peut être qualifiée d'unifiée, en ce qu'elle cherche à prendre en compte tous les délits

sexuels possibles. *Criminalizing Sex* est donc un ouvrage dont la lecture est stimulante à plus d'un titre. Tout d'abord, car son auteur tient (quasiment) toujours compte d'autres perspectives morales (moralisme juridique, paternalisme, positivisme sexuel, théorie *queer*, perspectives féministes), à côté de celle qu'il défend. Ensuite, car il brasse un éventail très large d'infractions sexuelles qui ne sont pas souvent pensées conjointement en philosophie du droit ou en droit pénal spécial. Enfin, car les cas abordés font écho à l'actualité mondiale du moment (mouvement *#MeToo*) et parce qu'ils renouvellent la manière dont le consentement peut être pensé. Pour terminer, Green couvre aussi des pratiques sexuelles allant au-delà du genre humain, notamment les relations sexuelles inter-espèces, qui font écho à la montée en puissance de l'antispécisme.

D'un point de vue formel, *Criminalizing Sex* est constitué de quatre parties. La première consiste en une « boîte à outils » conceptuelle (chapitres 1 à 4), permettant de définir ce qu'est une infraction sexuelle, de saisir ce qui la distingue d'une conduite sexuelle, quels liens opposent autonomie sexuelle et consentement et ce que défend une conception libérale du droit pénal. La deuxième partie, qui est assurément la plus fournie, examine les relations sexuelles non consenties et/ou non voulues. Green discerne quatre situations typiques : celle, classique, où la relation sexuelle est clairement non consentie (c'est-à-dire le viol) ; celle où le non-consentement est présumé (en raison d'une incapacité à consentir ou d'un lien de subordination) ; celle relevant des rapports sexuels non voulus (harcèlement) et, enfin, celle où la question se pose selon un autre paradigme (exhibitionnisme et voyeurisme). La troisième partie de l'ouvrage est dédiée aux relations sexuelles où le consentement peut être présumé (inceste, sadomasochisme/BDSM, prostitution ou travail sexuel). La dernière partie interroge les relations sexuelles *aconsenties* : la bestialité et la nécrophilie.

Selon Green, le sujet des infractions sexuelles a trop peu été abordé jusqu'à présent en théorie du droit, qui a privilégié des questions du type : qu'est-ce qui est « normal », « naturel » ou juridiquement « valable », en matière de sexualité ? Les *infractions sexuelles* ont donc rarement été définies globalement. Il peut s'agir soit d'une conduite directement sexuelle (viol, agression), soit d'une conduite préparatoire à la commission d'une infraction sexuelle (solicitation, séduction), soit encore d'un comportement qui enfreint le droit d'autrui à l'autonomie sexuelle (atteinte à la pudeur, mutilations sexuelles). Selon cette définition, une infraction sera considérée comme sexuelle si et seulement si le sexe y joue un rôle. Par conséquent, voler un *sex toy* ou une boîte de Viagra ne relèvera pas de cette catégorie.

Ensuite, la question du consentement est pensée comme étant au cœur de l'approche libérale. Elle permet d'envisager la pénalisation et est liée au concept d'*autonomie sexuelle* qui désigne soit « le droit de » ou « la

capacité à » (autonomie positive), soit « le droit de ne pas s'engager dans » ou « de ne pas être assujéti à » une conduite sexuelle (autonomie négative). En définissant l'autonomie sexuelle de la sorte, Green inclut l'asexualité en tant que droit de ne pas s'engager dans des activités sexuelles⁵. Cependant, en tant que telle, la loi joue un rôle mineur concernant l'autonomie sexuelle. Elle limite plutôt l'autonomie sexuelle positive, notamment à travers des « infractions morales » souvent inspirées de préceptes religieux (prohibition de l'adultère, homosexualité, inceste, sadomasochisme, bestialité, nécrophilie, etc.). L'autonomie sexuelle d'un individu est donc violée lorsqu'il (ou elle) est assujéti à une relation sexuelle non consentie ou lorsqu'on lui interdit une relation sexuelle mutuellement consentie. Le *consentement* peut quant à lui être exprimé par la parole, l'attitude ou encore la capacité. C'est pourquoi on considère généralement qu'une personne dans le coma, droguée ou sévèrement handicapée mentalement comme étant dans l'incapacité de donner son consentement. De plus, le consentement peut avoir différentes intensités (un petit oui n'équivaut pas à un oui franc). Enfin, il nécessite deux agents moraux (p. 33). La question n'a donc pas de sens concernant l'autostimulation.

L'étude des relations sexuelles non consenties et/ou non voulues occupe la majeure partie de l'ouvrage. Green examine dans un premier temps le cas classique du viol en tant qu'acte sexuel pénétratif non consenti (chapitre 5), selon qu'il y ait usage de la force, refus ou absence d'un consentement affirmé. Le chapitre 6 explore ensuite le viol par tromperie, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de rapports sexuels obtenus au moyen de procédures médicales frauduleuses, d'usurpation d'identité, ou encore de déclarations fallacieuses. Enfin, Green se penche sur la question du viol par la contrainte (chapitre 7). Typiquement, il s'agit du cas où A obtient une relation sexuelle de la part de B en le (ou la) menaçant, sans recourir pour autant à la violence physique (menace ou promesse de gratification en échange, promotion, etc.). Des situations de ce type ont été rendues visibles au tournant des années 2020 par le mouvement *#MeToo*, en mettant en lumière et en dénonçant publiquement des formes de contrainte exercées sur des femmes par des hommes politiques, entrepreneurs, réalisateurs de films, etc. Cela permet à Green de discuter de l'exercice de la contrainte en matière sexuelle et de rappeler que certaines manières de procéder restent moralement acceptables et légales (un dîner romantique aux chandelles, une conversation intime sur l'oreiller) avant l'« obtention » d'une relation sexuelle. De là découlent deux problèmes centraux concernant le viol par coercition non violente : tout d'abord, à quel moment des rapports sexuels obtenus sous la contrainte doivent-ils être considérés comme non consentis (p. 123) ? En second lieu, en supposant qu'un tel acte soit non consenti, cela signifie-t-il qu'il doit être traité comme un délit ?

Dans un deuxième temps, Green examine diverses situations où le non-consentement est présumé : soit parce qu'il y a une incapacité au consentement, soit parce qu'un enfant mineur est impliqué ou encore parce qu'il existe un lien de subordination. Le chapitre 8 explore ainsi l'incapacité à consentir selon que la victime est endormie, inconsciente, dans un état végétatif persistant, en situation de handicap physique ou mental ou encore droguée. Il constate que pratiquement toutes les juridictions tiennent pour un crime une relation sexuelle avec une personne incapable de consentir – et peu importe si une relation préexistait. Puis, dans le chapitre 9, Green examine la question du détournement de mineur, qui a tout d'abord attiré l'attention au XIX^e siècle, notamment *via* les mouvements de protection de l'enfance. Il observe ensuite qu'au XXI^e siècle les lois sur le détournement de mineurs restent sous certains aspects problématiques dans plusieurs législations. Une partie du problème réside selon lui dans la manière singulière dont le « détournement de mineur » est formulé par la loi et interprété. On peut comprendre aisément qu'il y ait détournement de mineur dans le cas d'un enfant en bas âge, mais est-il possible de fixer une limite d'âge raisonnable à partir de laquelle un mineur serait capable de consentir ? À la suite de cette question restant sans réponse ferme et définitive, Green explore, dans le chapitre 10, le viol par personne ayant autorité. Il aborde ensuite les conduites sexuelles non voulues (harcèlement sexuel) et discute à cette occasion l'évolution récente de diverses législations en la matière. La Belgique, la France ou Israël ont ainsi une approche large du harcèlement sexuel, notamment à travers la reconnaissance des outrages sexistes dans l'espace public (p. 123).

Le dernier volet de la deuxième partie, intitulé « Prise de risques » (chapitres 12 et 13), explore le voyeurisme et l'exhibitionnisme. Ces deux chapitres permettent d'appréhender face à face des conduites peu abordées par le droit pénal de la sexualité. Selon une étude de Niklas Långström et Michael Seto, 7,7 % de la population suédoise aurait été victime d'un incident « exhibitionniste » ou « voyeuriste »⁶. Du côté des auteurs, 12 % des hommes seraient des voyeurs contre 4 % des femmes. On observe une même prévalence de genre pour l'exhibitionnisme : 4 % contre 2 %. Ces conduites sont cependant loin de ne concerner que des individus souffrant de désordres psychologiques. Bon nombre d'êtres humains éprouvent du plaisir à voir d'autres personnes nues ou engagées dans une relation sexuelle (c'est pourquoi les vidéos pornographiques ont du succès sur internet). Qui plus est, nombreuses sont les personnes dont les pratiques peuvent être qualifiées d'exhibitionnistes : plonger nu dans un lac, prendre un bain de soleil, uriner au pied d'un arbre. En somme, qu'il s'agisse d'exhibitionnisme ou de voyeurisme, la différence entre la norme et la déviance est largement une question de degré, d'intentionnalité et de contexte. S'agissant du voyeurisme en tant

qu'infraction, Green note que, la plupart du temps, cette conduite, notamment telle qu'elle apparaît à la télévision ou sur internet, semble consentie aussi bien du point de vue de l'exposant que de l'exposé ; il est ainsi délicat de distinguer clairement ce qui serait moralement acceptable ou pas en la matière. En outre, la littérature justifiant pourquoi le voyeurisme devrait être puni est quasi inexistante (même Feinberg est peu prolixe sur la question). Peut-être qu'une des seules justifications valables serait le droit à la vie privée.

Au voyeurisme, nous pouvons donc « opposer » l'exhibitionnisme (chapitre 13). Ce sujet est hautement complexe, car le droit négatif d'une personne (de ne pas être exposée au corps nu d'autrui) entre en conflit avec le droit positif (de s'engager dans une telle exposition). À l'heure actuelle, on constate que certaines lois répriment, d'abord, le fait d'être nu ou d'avoir une activité sexuelle dans un lieu public (certains États incluent la poitrine des femmes, mais excluent cependant celle des hommes) ; ensuite, l'exhibition de certaines parties du corps ou d'actes sexuels devant des observateurs non consentants, tout en permettant la chose devant des observateurs consentants (spectacle sexuel en direct, club échangiste, camp de nudistes) ; enfin, certaines motivations du contrevenant (tandis que d'autres ne tiennent pas compte de l'intention coupable). À cela, Green articule un autre critère intéressant concernant cette infraction (tout comme dans le cas du voyeurisme) : l'absence de contact physique avec la ou les victimes. Un certain nombre d'arguments plaident par ailleurs en faveur de licéité de la nudité publique : ses pratiquants affirment que le naturisme permet d'entrer en communion avec la nature, promeut la bonne santé, réduit ou fait disparaître les barrières sociales, etc. Certains soutiennent même qu'avoir une relation sexuelle dans l'espace public est un moyen de retrouver une connexion avec l'humanité et d'élargir ses horizons érotiques. Enfin, historiquement, les lois servant à réprimer la nudité publique ont souvent été dirigées envers certains groupes sociaux et ont permis d'asseoir la domination des hommes sur les femmes. Les arguments pour et contre ayant été posés, Green propose de considérer quatre facteurs pour savoir si l'exhibitionnisme est un « bon candidat » à la pénalisation (p. 234). 1) La conduite de la victime potentielle : est-ce que la victime a consenti ou assumé le risque d'être témoin de la conduite de l'offenseur et d'être par la même occasion offensée ? 2) Est-ce que l'offenseur souhaitait choquer, blesser, dégoûter ? 3) Son geste a-t-il une valeur pour lui ou pour la société ? 4) Est-ce que l'auteur avait une alternative sérieuse en termes de lieux et de temps pour moins offenser ? En distinguant l'offense directe de l'indirecte, Green suggère, à la suite de Feinberg, de considérer que, dans un système juridique libéral, les cas relatifs à des offenses indirectes, donc relevant d'une forme de moralisme légal, ne devraient pas être poursuivis. Seuls les actes ayant l'intention de choquer, de dégoûter ou de provoquer

devraient l'être, car ils portent atteinte à l'autonomie sexuelle des témoins (p. 239).

La troisième partie de *Criminalizing Sex* explore les relations où le consentement est présumé : inceste entre adultes consentants, sadomasochisme (SM) et prostitution. Des comportements de ce type étaient traditionnellement poursuivis en vertu d'une logique moraliste. On peut donc se demander si de telles prohibitions sont conciliables avec les principes libéraux. S'agissant de l'inceste (chapitre 14), quatre grandes approches coexistent selon qu'elles pénalisent ensemble ou distinctement celui entre majeurs ou celui entre majeur et mineur consentants, ou encore uniquement les cas d'agressions et de viols incestueux sur mineurs (Islande). Étrangement, Green n'explore pas dans ce chapitre l'inceste entre mineurs consentants (qu'il reconnaît écarter volontairement sans autre explication), ni l'inceste homosexuel ou LGBT. Ces limites étant signalées, trois justifications rationnelles plaident en faveur de la pénalisation de l'inceste selon Green : d'abord, il peut induire des tares à la naissance en cas de grossesse ; ensuite, il bouleverse des rôles familiaux établis et engendre des conflits intrafamiliaux ; enfin, la présomption de consentement est souvent illusoire (tout particulièrement lorsque la relation incestueuse avait débuté alors que l'un des partenaires était mineur). Néanmoins, une pénalisation de l'inceste a aussi pour limite de porter atteinte à la liberté de choisir librement ses partenaires sexuels.

Le sadomasochisme constitue un autre défi à la présomption de consentement (chapitre 15). Le SM peut être défini comme une pratique visant à donner ou recevoir du plaisir ou une gratification, généralement sexuelle, en infligeant de la douleur ou en soumettant autrui à une forme d'humiliation. Le BDSM (bondage, discipline, soumission et domination) embrasse des pratiques plus vastes que le SM et peut aussi faire référence à l'exercice de douleurs psychologiques. Enfin, SM et BDSM supposent un contexte de consentement mutuel. Bien qu'il n'existe pas d'infraction spécifique les réprimant, certains commentateurs considèrent qu'il s'agit d'une pratique dégradante, tandis que d'autres estiment que cela permet de donner un sens différent et épanouissant aux activités sexuelles. Du point de vue *libéral*, le droit d'infliger ou de se voir infliger de la douleur comme moyen de plaisir sexuel devrait être envisagé comme un des pivots du faisceau des droits à l'autonomie sexuelle. À l'opposé, une vision *moraliste légale* attribue au droit pénal un rôle moral allant au-delà de la simple prévention des préjudices causés aux individus⁷ : la société dans son ensemble peut être blessée par les pratiques SM. Une approche *paternaliste* confère aussi à la loi un rôle protecteur : elle a même le droit de protéger les individus contre eux-mêmes⁸. Dans le cas du SM, le consentement donné devrait être considéré comme invalide, car aucune personne saine d'esprit ne permettrait volontairement autrui de le battre ou de lui infliger des brûlures. *A contrario*, les visions *sexpositiviste*⁹ et

queer estiment que le SM n'est pas une activité nocive que nous devrions tolérer au nom de valeurs libérales, mais plutôt une pratique positive, qui doit être célébrée et promue au sein de la société (p. 285). Enfin, une perspective *féministe dominante* considère le SM comme déshumanisant et profondément mauvais. Selon Catherine MacKinnon, « la dynamique relationnelle du SM ne nie pas le paradigme de la domination masculine, mais s'y conforme précisément ¹⁰ ».

Un dernier aspect abordé dans la troisième partie de l'ouvrage, et non des moindres, est celui de la prostitution (chapitre 16). Jusqu'à présent, de nombreux pays pénalisaient aussi bien la vente que l'achat de prestations sexuelles. Mais de nos jours, notamment sous l'impulsion de certaines franges des mouvements féministes contemporains, plusieurs États (dont la Suède, la Finlande, la Norvège, le Canada et la France) pénalisent uniquement l'achat. Quelques autres, dont l'Allemagne et les Pays-Bas ont, quant à eux, dépénalisé l'achat et la vente de ce type de prestations (p. 295). À cela, il convient d'ajouter que, selon les législations, la prostitution est autorisée dans des maisons closes ou sur le trottoir (Royaume-Uni). S'agissant de la manière dont le « travail sexuel » est puni, on distingue trois approches. Selon l'approche « traditionnelle », la prostitution est un crime ou délit, tout comme le fait de s'engager dans une activité prostitutionnelle ou de payer pour. Selon l'approche « moderne », la loi réprime la vente ou l'achat d'« activités sexuelles », de « services sexuels » ou de « contacts sexuels ». Une troisième approche énumère exactement les actes prohibés. D'après la Cour suprême d'Hawaï, la prostitution peut être définie comme un comportement sexuel avec une autre personne, comme une pénétration ou un contact sexuels ou un attouchement des parties sexuelles ou intimes contre rémunération. Selon cette approche, la *lap dance* (danse contact) ou un massage avec *happy ending* relèvent de la prostitution. S'agissant des cas n'impliquant pas de contact physique entre vendeur et acheteur ou impliquant un tiers, comme lorsqu'un client paye pour voir un strip-tease ou une automasturbation, il est dur de statuer (p. 303). De même lorsque le vendeur ou la vendeuse a une relation avec une autre personne que celle qui paye (par exemple si l'acheteur veut gratifier un tiers ou parce qu'il paye le vendeur ou la vendeuse pour le/la voir engager une relation sexuelle avec un tiers). Dans de telles situations, il ne s'agit pas non plus de proxénétisme, car l'acheteur ne profite pas directement du contrat. En poussant le raisonnement plus loin, Green reconnaît qu'il est d'usage de considérer que la prostitution implique une relation sexuelle contre de l'argent. Dès lors, une invitation à dîner, un cadeau ou le *sugar dating* constituent-ils des formes de prostitution ? Certaines critiques, dont celle de Martha Nussbaum, considèrent qu'il n'y a pas de différence moralement significative entre la prostitution ordinaire et un mariage de convenance ¹¹. Enfin, qu'en est-il du sexe thérapeutique (ou assistance

sexuelle) tel que dépeint dans le film *The Sessions* de Ben Lewin (2012)? En France, ces pratiques sont considérées comme une « atteinte inacceptable aux droits et à la dignité des personnes humaines ». Au bout du compte, cinq arguments peuvent plaider pour l'interdiction de la prostitution : 1) protéger les valeurs religieuses ou l'intégrité familiale ; 2) protéger la santé des travailleurs du sexe et des clients ; 3) prévenir la violence à l'encontre des travailleurs du sexe ; 4) prévenir la réification des travailleurs du sexe qui sont principalement des femmes ; 5) prévenir l'exploitation économique des travailleurs et travailleuses du sexe.

La quatrième et dernière partie du livre pose la question de la sexualité *aconsentie*. Il s'agit de situations qui ne sont ni consenties ni ne pouvant être qualifiées de non consenties, comme la bestialité ou la nécrophilie. La bestialité désigne le contact physique sexuel entre humain et animal. Elle se distingue de la zoophilie qui se rapporte à l'attraction éprouvée par des êtres humains envers des animaux non humains (p. 328). À la suite du judaïsme, l'éthique chrétienne considère la bestialité comme une abomination. Dans un autre registre, certaines recherches récentes font état de « dysphorie d'espèce », terme désignant des personnes pensant s'être incarnées par erreur dans un corps humain plutôt qu'animal¹². S'agissant des lois sur la bestialité, on distingue une approche traditionnelle-moraliste faisant de la bestialité un « crime contre la nature », opposable à celles dites modernes (en vigueur en Allemagne, Danemark, Suède, etc.), qui la perçoivent comme des actes de cruauté envers un animal. En découle la question du statut moral des animaux qui est hautement complexe et dépend de l'éthique qui la sous-tend (p. 334). On peut considérer que la souffrance et le bien-être animal doivent être pris en compte dans tout calcul utilitariste¹³, que certains animaux ont des droits moraux¹⁴ ou encore (positionnement écoféministe) que les animaux ont le droit d'être bien traités, d'après l'argument selon lequel la justification idéologique de la prétendue infériorité des femmes se serait faite en les assimilant aux animaux¹⁵. Ces approches semblent donc toutes reconnaître que les organismes dotés de sensibilité méritent une forme de considération morale. Concernant ce point, ni John Stuart Mill, ni Herbert L. A. Hart, ni même Joel Feinberg ne se sont demandé si les animaux non humains relevaient du principe libéral des torts et préjudices. En ce sens, les questions que pose ici Green et ses propositions de réponse sont inspirantes. Du côté des torts potentiels, l'auteur observe à la suite de Piers Beirne¹⁶ que : 1) certains animaux, tels que les anguilles ou les poules, ne sont manifestement pas disposés à accueillir des avances sexuelles humaines. Ils ont peur et l'acte de pénétration matérielle engendre des lésions physiques voire la mort. 2) D'autres animaux, dont certaines espèces de chiens, semblent apprécier ce type d'attention humaine. 3) Enfin, certaines espèces, dont les chevaux ou les vaches, réagissent plutôt avec indifférence. La bestialité constitue-t-elle alors une

forme de sexualité non consentie? Certains auteurs considèrent que les animaux ne peuvent effectivement pas consentir à une relation sexuelle avec un humain; d'autres qu'il leur manque les compétences mentales pour le faire. Cette question reste compliquée à déterminer car, par exemple, les chiens (qui sont souvent victimes de bestialité) peuvent acquiescer à certaines activités proposées (en remuant la queue par exemple), mais aussi signifier leur refus (en restant assis). Pour Green, ce *consentement corporel non verbal* n'est pas valide, même si l'animal montre de l'enthousiasme! Le sujet est d'autant plus complexe si l'on admet que les animaux de compagnie sont castrés ou stérilisés sans leur consentement. Or, les mutilations sexuelles relèvent pourtant des crimes sexuels (même si elles ne sont qu'effleurées dans le livre). Sachant cela, on peut distinguer les situations où un humain force un animal, de celles où il prétend considérer l'animal comme partenaire consentant à une relation impliquant sentiments et gratification mutuelle (notamment les zoophiles du collectif Zeta¹⁷). La bestialité est-elle dès lors une infraction *aconsentie*? Deux points de vue s'opposent. L'un admet qu'une telle relation ne cause de tort à personne (argument zoophile); l'autre, défendue par les thuriféraires du bien-être animal, considère que les animaux sont à rapprocher des personnes souffrant de troubles mentaux graves et donc incapables de consentir. Selon Green, aucun de ces deux arguments ne tient la route. Un animal n'est pas un « handicapé » et l'argument zoophile est semblable à celui, pédophile, selon lequel les relations sexuelles entre adultes et enfants peuvent être mutuellement bénéfiques. Dès lors, la bestialité relève-t-elle de la cruauté envers les animaux¹⁸? Avant de tenter d'y répondre, il convient d'avoir à l'esprit que de nombreuses pratiques causant maux et souffrance aux animaux sont autorisées: la chasse, l'abattage d'animaux d'élevage à des fins alimentaires, la pratique d'expériences scientifiques, les cirques et zoos, etc. De plus, les animaux peuvent être castrés, stérilisés et inséminés légalement. Green estime donc qu'à l'heure actuelle, les lois relatives aux droits des animaux manquent d'unicité dans les démocraties libérales. En revanche, celles à l'égard des cadavres semblent moins équivoques. La nécrophilie (chapitre 18) – qui fait référence à une personne 1) qui fantasme à l'idée d'avoir une relation sexuelle avec un cadavre, ou 2) qui a des relations sexuelles avec des morts, ou encore 3) qui tue sa victime dans le but d'avoir une relation sexuelle avec elle¹⁹ – pousse cependant le principe des torts et préjudices à ses limites, car elle suppose l'existence de dommages posthumes et pose la question du sujet manquant (*missing subject*). D'un point de vue psychologique, le motif le plus courant de la nécrophilie est le désir de posséder un partenaire qui ne résiste pas et ne refuse pas le rapport sexuel. Les nécrophiles choisissent de préférence des professions qui les mettent en contact avec des cadavres (et sont à 92 % des hommes). Selon les juridictions, la nécrophilie est réprimée, car

1) assimilée à un viol ou, 2) parce qu'il s'agit d'un « crime contre nature », 3) d'une « profanation », ou 4) parce que la loi interdit la sexualité avec des cadavres. Dans un système libéral, trois arguments rationnels permettent de justifier la pénalisation de la nécrophilie (p. 354). Car, 1) elle cause un préjudice ou une offense à des tiers (parents ou proches du défunt, voire la société en général); 2) elle porte préjudice à la personne décédée dont le cadavre est « maltraité »; 3) elle peut engendrer un préjudice direct à l'auteur: risque de maladie ou d'infection. Même si la nécrophilie est généralement considérée comme dégoûtante en ce qu'elle touche à un tabou ancré dans la plupart de nos sociétés, doit-elle pour autant être punie par la loi? Selon Épicure, ni la mort elle-même ni ce qui se produit après elle ne peut nuire aux morts, car ils ne souffrent pas. D'après cette conception, un cadavre est un objet inanimé; il ne peut donc pas constituer un « autrui » (p. 357). Cependant, selon George Pitcher, on peut aussi affirmer que la vie biographique d'un individu est plus longue que sa vie physique²⁰. Par conséquent, nous avons tous des intérêts qui s'étendent au-delà de notre mort et qui pourraient être lésés *post mortem*. On peut ainsi considérer, d'après Green, que la nécrophilie devrait être un délit puni, mais moins sévèrement qu'un viol. Toutefois, il pourrait y avoir des exceptions. Supposons qu'une personne indique dans ses dernières volontés son souhait d'être utilisée sexuellement après sa mort. D'après l'auteur, une telle situation pourrait être assimilée à celle où une personne consciente donne son consentement pour une relation sexuelle avant de (s')être endormie ou droguée. La Cour suprême canadienne (2011) y voit pourtant un obstacle, car la personne n'a pas pu, à aucun moment de l'acte, dire « stop ». Mais, pour Green, ce consentement irrévocable peut être considéré comme valide, « aussi bizarre que cela puisse paraître à première vue » (p. 360).

En conclusion, *Criminalizing Sex* est un ouvrage particulièrement stimulant. Tout d'abord, car il aborde des aspects que les prédécesseurs de Stuart Green avaient négligés, notamment les droits sexuels des animaux. Ensuite, car il propose en moins de 400 pages (dont la lecture est aisée) un système de raisonnement unifié (libéral en l'occurrence), tout en étant attentif à d'autres éthiques. Enfin, car il pointe certaines limites morales en matière sexuelle dans des démocraties se disant libérales. Malgré ces nombreuses qualités, l'ouvrage aurait pu être plus abouti encore s'il avait, par exemple, abordé la question de la circoncision dans les pratiques sexuelles non consenties (débattue en Islande en 2018), celle de l'inceste entre mineurs et entre personnes de même sexe, ou encore approfondi la réflexion sur les limites morales que pose la pénalisation de prestations sexuelles pourtant légalement commercialisables. Un dernier regret pourrait résider dans l'absence d'une conclusion étayant l'ensemble du système théorique déployé tout au long de l'ouvrage. Il n'en demeure pas moins qu'en discutant à chaque fois les

divergences d'approches et les arguments justifiant le point de vue défendu par les tenants du libéralisme juridique, Green prolonge magistralement la réflexion engagée par Feinberg et ses prédécesseurs, et qui peut se résumer ainsi : dans une démocratie libérale, les relations sexuelles consenties devraient être légales.

Notes

- 1 En français « Mentir, tricher et voler. Une théorie morale de la criminalité en col blanc ». Une recension de l'ouvrage par Mélanie Péclat a été publiée dans *Champ pénal – Penal Field*, vol. X, 2013, doi.org/10.4000/champpenal.8464 (consulté en septembre 2021).
- 2 J. S. Mill, *De la liberté*, trad. par L. Lenglet, préf. de P. Bouretz, Paris, Gallimard, 1990 [1859].
- 3 H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963.
- 4 J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, *Offense to Others*, New York, Oxford University Press, 1985.
- 5 Voir K. Gupta, « Compulsory Sexuality. Evaluating an Emerging Concept », *Signs. Journal of Women in Culture and Society*, vol. 41, n° 1, 2015, p. 131-154.
- 6 N. Långström et M. C. Seto, « Exhibitionistic and Voyeuristic Behavior in a Swedish National Population Survey », *Archives of Sexual Behavior*, vol. 35, n° 4, 2006, p. 427-435.
- 7 Voir P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Indianapolis, Liberty Fund, 2009 [1965].
- 8 Voir G. Dworkin, « Paternalism », *The Monist*, vol. 56, n° 1, 1972, p. 64-84.
- 9 Le *sexpositivisme* promeut une « attitude envers la sexualité humaine qui considère toutes les activités sexuelles consenties comme fondamentalement saines et plaisantes, et qui encourage le plaisir sexuel et l'expérimentation sexuelle » (voir fr.wikipedia.org/wiki/Mouvement_sexpositif, consulté en septembre 2021).
- 10 C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 142.
- 11 M. C. Nussbaum, *Sex and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 309.
- 12 Voir C. M. Earls et M. L. Lalumière, « A Case Study of Preferential Bestiality », *Archives of Sexual Behavior*, vol. 38, n° 4, 2009, p. 605-609.
- 13 Voir P. Singer, *La libération animale*, trad. par L. Rousselle, préf. de J.-B. Jean-gène Vilmer Paris, Payot & Rivages, 2012 [1975].
- 14 Voir T. Regan, *The Case for Animal Rights*, Berkeley, University of California Press, 2004 [1983].
- 15 Voir C. J. Adams et J. Donovan (dir.), *Animals and Women. Feminist Theoretical Explorations*, Durham, Duke University Press, 1995.
- 16 P. Beirne, « Rethinking Bestiality. Towards a Concept of Interspecies Sexual Assault », *Theoretical Criminology*, vol. 1, n° 3, 1997, p. 317-340.
- 17 Voir « Bestiality and Animal Welfare – A Contradiction? », Zeta – Zoophiles Engagement für Toleranz und Aufklärung, en ligne : www.zeta-verein.de/en/animal-protection/bestiality-and-animal-welfare-a-contradiction (consulté en septembre 2021).
- 18 En France, l'article 521-1 du Code pénal, modifié en 2006, dispose que « le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé,

ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

- 19 Voir J. P. Rosman et P. J. Resnick, « Sexual Attraction to Corpses. A Psychiatric Review of Necrophilia », *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 17, n° 2, 1989, p. 153-163.
- 20 G. Pitcher, « The Misfortunes of the Dead », *American Philosophical Quarterly*, vol. 21, n° 2, 1984, p. 183-188.