Zeitschrift: Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy

Herausgeber: Schweizerische Philosophische Gesellschaft

Band: 44 (1985)

Artikel: La réforme du droit pénal en matière sexuelle : quelques remarques éthiques autour d'un thème controversé

Autor: Bondolfi, Alberto

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-883125

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Studia Philosophica 44/1985

ALBERTO BONDOLFI

La réforme du droit pénal en matière sexuelle. Quelques remarques éthiques autour d'un thème controversé

La problématique qui fait l'objet de ces réflexions est tellement imbriquée, et cela à tout point de vue, qu'il est difficile d'avoir une vue d'ensemble claire et définitive sur l'argument. Pour ma part, en éthicien, je me suis demandé sous quel angle je pouvais aborder le sujet afin de l'examiner sans faire violence à la complexité de ses deux aspects principaux. C'est-à-dire soit à la pratique sociale vécue en matière sexuelle, soit aux discours et aux normes juridiques dans ce domaine et ceci tout en essayant d'y déceler les enjeux éthiques qui restent en général cachés.

Je me suis décidé pour une approche phénoménologique qui enquêterait avant tout sur le langage tenu per le droit dans ce domaine sexuel. Seulement dans un deuxième moment j'exposerai les difficultés d'ordre normatif et systématique qui surgissent du contact entre le droit pénal en matière sexuelle et les légitimations éthico-philosophiques de la peine en général.

1. *Un univers qui tend à la tautologie*

Le discours que le droit actuel tient, tant au niveau de la législation pénale que de la pratique du procès et de la jurisprudence, sur ce qu'on appelle les «bonnes moeurs»[1] est loin d'être rationnel et révèle un sens de maladresse qui ne se laisse pas facilement cacher. Le langage utilisé révèle la pluralité des registres de référence et leur emploi plus évocateur que précis: «Infractions contre les moeurs», «attentat à la pudeur» (art.188), «débauche contre nature» (art. 194), «séduction» (art.196), «outrages à la morale publique» (art. 203svv), «publications obscènes», «sollicitations déshonnêtes» (art.205), «offenser les bonnes moeurs ou la décence» (art.211), «surexciter ou égarer l'instinct sexuel» (art.212), sont les expressions les plus frappantes du code pénal suisse actuellement en vigueur.

[1] Cf. la brillante analyse de F.Ost et M. van de Kerchove: Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique, Bruxelles 1981.

Correspondance: Dr. theol. Alberto G.Bondolfi, Institut für Sozialethik an der Theologischen Fakultät der Univ. Zürich, Kirchgasse 9, CH-8001 Zürich

L'enquête terminologique menée par Ost et von de Kerchove sur le matériel juridique belge (sentences, commentaires, actes de procès etc.) arrive à déceler *onze registres différents* qui expriment et qualifient en positif et en négatif ce qui est dans la ligne ou non des «bonnes moeurs»[2].

Codes	Contraire aux bonnes moeurs	Non contraire aux bonnes moeurs
juridique	interdit par la loi, dangereux	(permis par la loi) (inoffensif)
moral	immoral, interdit par la morale, élément de démoralisation (+ mauvais, éhonté, violent, brutal, etc.)	moral, conforme aux exigences de la morale, portée moralisatrice
esthétique	laid, grossier, manque de goût	beau, esthétique, artistique, délicat, élégant, harmonieux
hygiénique	malpropre, salissant, ordurier, nauséabond	hygiénique, propre
physique	bas lourd trouble mouvements, gestes (+ éveiller, remuer, allumer, attiser, exciter, surexciter)	supérieur, élevé, relevé léger (clair) immobilité
psychiatrique	malsain, pervers, anormal déviation	sain, normal adaptation, équilibre
statistique	exceptionnel, statistiquement rejeté	courant, moyen
technique	inutile, vain, gratuit	utile, nécessaire
socio-économique	vulgaire, pauvre, vil	noble, luxueux
anthropologique	bestial contre nature sensuel, charnel physiologique désirs, instincts, passions, sens corps	humain naturel intellectuel sentimental raison, pensée, intelligence âme
politique	contestataire, provocateur, destructeur des tabous	assurant la sauvegarde de l'ordre social

[2] Op.cit., p.37.

Il nous manque, au moins jusqu'à présent, une enquête semblable faite à partir du matériel juridique suisse, mais je me permets de défendre l'hypothèse que nous nous trouvons en présence de phénomènes assez semblables. En effet ce n'est pas tellement la lettre du code pénal qui joue ici le rôle d'indicateur, mais la formation de discours ultérieurs que ce même code pénal permet. Ces discours prennent une forme qui est transmise par les moyens de communications sociaux. La terminologie employée dans le domaine en discussion est certes un indicateur, mais à elle seule elle n'explique pas suffisamment, lors d'une révision du code de droit pénal, le déchaînement des passions et de la polémique dès qu'on essaie de reformuler ces normes juridiques.

Les termes qui sont empruntés aux différents secteurs de la vie (médecine, hygiène, religion, etc.), une fois entrés dans la phraséologie juridique, tendent, en premier lieu, à souligner leur charge émotive, tout en laissant dans l'incertitude pour ce qui est de leur signification et application précises.

En deuxième lieu on peut observer l'apparition, dans les cas les plus difficiles, d'un phénomène d'*internormativité,* c'est-à-dire de la justification d'une norme juridique par l'aide de la référence à un autre code normatif, telle qu'une supposée «loi morale», qui en général n'est pas ultérieurement légitimée.

Ces deux faiblesses ouvrent enfin la voie à la *tendance tautologique* qu'on peut observer dans beaucoup de textes qui essayent de fonder, au-delà de la lettre de la loi, les normes juridico-pénales en matière sexuelle. Ce phénomène, qui consiste à remplacer les argumentations par des tautologies, peut être objet d'explications de type structuralistico-psychologique. Ainsi, dans la ligne de M.Foucault, Ost et van de Kerchove[3] pensent que le droit opère dans ce domaine, même lorsqu'il prétend faire référence à des concepts neutres, des classifications qui sont aussi déjà indirectement des jugements de valeur. L'introduction dans le droit pénal d'un vocabulaire et de catégories qui viennent d'ailleurs n'est pas à voir, toujours selon ces auteurs, seulement comme la manifestation indirecte d'une volonté de répression. Au contraire «si d'une part, cette scolastique judiciaire exerce assurément une fonction de contrôle et de répression de la sexualité, voire d'exorcisation des menaces et perversions qu'on lui prête, il semble bien qu'elle remplisse par ailleurs une fonction seconde, moins apparente, mais réelle – fonction de production jouitive du discours sur le sexe, de classification de ses tours et détours, d'arrachement de ses aveux». Ces remarques, bien que pertinentes et importantes aussi du point de vue éthique, ne peuvent ici être objet d'une appréciation spécifique, car l'intention de l'auteur de ces lignes est plutôt celle de poser l'accent sur les incohérences et contradictions internes à la logique juridique et éthique

[3] Op.cit., p.46–47.

en elles-mêmes. On essaiera donc de proposer une sorte d'herméneutique qui soit à la fois critique et immanente par rapport aux intentions des «réformateurs» du droit pénal en matière sexuelle.

2. *Que veulent les «réformateurs» du droit pénal en matière sexuelle?*

Les principes ordonnateurs de la réforme sont exprimés par la commission des experts dans le *Rapport explicatif* avec le maximum de clarté désirable:

> «Il ne peut dès lors plus s'agir de réprimer un comportement sexuel en tant que tel ou d'imposer une certaine morale par le biais du droit pénal. Une telle réglementation irait à l'encontre du principe qui veut qu'en démocratie le citoyen soit libre de se comporter par ses actes ou ses omissions. Un comportement sexuel n'est dès lors punissable que s'il lèse une autre personne, ou si l'auteur ne possède pas pleinement la faculté d'apprécier le caractère de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. Enfin, il y a lieu d'empêcher que quelqu'un doive prendre connaissance contre sa volonté d'actes d'ordre sexuel d'autres personnes ou de représentations de tels actes.»[4]

Ces principes constituent, à mon avis, une tentative cohérente de maîtriser cette matière sans poser des jugements de valeur sur des représentations ou comportements sexuels en eux-mêmes, mais en se référant aux critères qui régissent aussi d'autres secteurs de la vie en société. La renonciation à définir et punir des «mala sexualia in se» pour se limiter à ne viser que les fautes contre le droit d'autrui à l'autodétermination, doit être interprétée dans la ligne des idéaux de la réforme du droit pénal par la philosophie des lumières[5]. Elle peut et doit avoir aujourd'hui encore notre consensus critique. On peut toutefois se demander si cette ligne de pensée est présente de façon continue et cohérente dans toutes les concrétisations de l'avant-projet de loi pénale et dans les déclarations d'intention du rapport explicatif.

D'une part on peut retrouver dans ces deux textes la négation de quelques *lieux communs* qui affectaient jusqu'à nos jours les discussions et les codifications courantes. On ne parle plus par ex. de «dangerosité» de la criminalité dans le domaine sexuel, sans spécifier en quels éléments elle pourrait consister[6].

D'autre part il ne manque pas, toujours dans ces textes, de jugements globaux sur la gestion de la sexualité dans la société contemporaine, qui posent

[4] Cf. Commission d'experts pour la révision du Code pénal: Rapport explicatif relatif aux Avant-projets de la Commission d'experts pour la révision du Code pénal..., Berne 1981. Ici à la p.28.

[5] Cf. sur ce thème: M.A.Cattaneo, Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, in: Rechtsphilosophie der Aufklärung, Berlin 1982.

[6] Le concept de «dangerosité», dans son emploi en droit pénal a été l'objet de vives critiques, soit en criminologie soit en philosophie du droit. Pour une présentation des discussions criminologiques cf.: Dangerosité et justice pénale. Ambiguité d'une pratique. Sous la direction de Chr.Debuyst, Paris/Genève 1981 (=coll. Déviance et société, no.13).

quelques difficultés au lecteur avisé. Ainsi «il est évident que dans ce domaine-là les opinions ont sensiblement évolué. La pruderie du siècle dernier n'est plus de mise; la sexualité n'est en principe plus réprimée, et elle est reconnue comme l'une des diverses possibilités du comportement humain ... Mis à part le fait que la sexualité sert dans une mesure toujours croissante à des fins de publicité, d'incitation et de divertissement et que l'évocation de thèmes sexuels n'est plus ressentie comme inhabituelle, on ne peut méconnaître que, dans le domaine de la morale sexuelle, une nouvelle attitude est en train de se manifester ... désormais les processus sexuels sont abordés franchement et librement et les questions sexuelles sont considérées avec objectivité et naturel»[7].

L'optimisme acritique qui se fait jour dans ces lignes est presque désarmant, et on se demande avec quelle sorte d'arguments il faut le réfuter. Je me limiterai à n'en évoquer que quelques-uns parmi ceux qui me paraissent les plus pertinents.

L'appréciation positive du prétendu «naturel» avec lequel on aborderait aujourd'hui la sexualité me paraît, avant tout, comme une simple contre-figure du discours rhétorique de la prétendue «déchéance des moeurs». Cet exorcisme inconscient d'un genre littéraire très répandu par sa simple négation a pour effet de dispenser les auteurs de la réforme du droit pénal d'un diagnostic differencié qui aille aux racines du malaise sexuel de nos jours.

Le phénomène de la commercialisation du code de communication érotique est pris en considération, mais pas soumis à une analyse de ses causes et de ses effets «non sexuels». Une telle analyse aurait pu porter, par ex. à une autre stratégie répressive par rapport au phénomène de la prostitution, tel qu'il se manifeste aujourd'hui surtout dans les grandes villes. En outre, le droit pénal s'abstient de bon droit du contrôle d'une série de phénomènes considérés comme maladifs, et en délègue la gestion à d'autres formes de pouvoir telles que la médecine ou la psychiatrie. Ainsi à propos de l'exhibitionnisme, à l'art. 192 du projet on affirme que «celui qui se sera exhibé sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement pour un an au plus ou de l'amende. Si le délinquant subit un traitement médical ou s'y soumet, la procédure pourra être suspendue. Elle sera reprise si le délinquant se soustrait au traitement»[8]. Le rapport explicatif[9] se tait sur les difficultés éthiques liées au fait qu'on laisse passer une action considerée comme un délit, à la sphère médicale. A mon avis cette modification législative, cohérente avec la logique du développement de l'ordre juridique libéral, a un caractère non dû au hasard mais exemplaire, et

[7] Cf. Rapport explicatif, op.cit., p.27sv.
[8] Avant-projet, op.cit., p.21.
[9] Op.cit., p.47–48.

vise, par le processus de thérapeutisation médicale, à combler le vide laissé par l'abandon d'une vision «métaphysique» et «théologique» («mala in se») de la culpabilité. Dans cette perspective on peut se demander si une «libéralisation» qui se concrétise dans une passation de compétence et de pouvoir d'une sphère de savoir-pouvoir à une autre représente une vraie solution aux conflits sociaux liés à des pratiques non désirées telle que celle de l'exhibitionnisme.

3. *Droit pénal en matière sexuelle et légitimations éthiques de la peine*

Les arguments que la pensée philosophique et théologique ont défendus pour legitimer éthiquement la réaction punitive de l'Etat par rapport au citoyen délinquant ne peuvent être appliqués à la matière sexuelle qu'avec quelques difficultés[10].

La théorie rétributive, si elle est comprise non comme critère de mesure de la peine, mais seulement comme principe légitimant la sanction pénale[11], montre, particulièrement dans le domaine sexuel, son caractère aveugle. Mais la sphère du sexuel n'apporte pas de difficultés spécifiques ultérieures à ce type d'argumentation.

Des problèmes spécifiques s'annoncent, au contraire, lorsqu'on fait référence à la fonction préventive du droit pénal. Pour ce qui est de la prévention générale, la difficulté d'une vérification empirique de cette fonction de la sanction pénale est particulièrement plus grande dans ce domaine que dans les cas des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle.

Cette difficulté d'ordre empirique a indirectement aussi des conséquences sur le plan éthique. En fait si une norme morale n'a pas, à proprement parler, besoin de faire valoir un respect de fait pour légitimer sa qualité morale, une sanction pénale ne peut pas ne pas se référer aussi, si elle veut rester de façon crédible dans un code juridique, à ses effets «visibles» dans le corps social. Lorsque la visibilité des effets préventifs-généraux d'une loi pénale devient minime, le phénomène de la «double morale» se fait jour à tel point qu'il devient presque «immoral» (cette fois-ci *stricto sensu* dans la perspective de la déontologie professionnelle du juriste) pour un juge de condamner celui ou ceux qui n'ont pas eu la capacité technique d'échapper aux larges mailles de la loi.

[10] Pour une information sur les différentes théories de la peine cf. le volume: Philosophie pénale, dans la collection «Archives de philosophie du droit» 28 (1983).

[11] Sur cette distinction capitale cf. H. Hart, Punishment and Responsibility, Oxford 1968. Sur la discussion autour de cette distinction cf. M. A. Cattaneo, La retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di H. L. A. Hart, in: Materiali per una storia della cultura giuridica, 1974, p. 641–699; S. Lazaridis, La rétribution dans la philosophie pénale anglosaxonne, dans: Archives de philosophie du droit 28 (1983) p. 91–108.

Dans le domaine du contrôle social de la sexualité, même le législateur ne paraît pas trop croire à la capacité préventive de la loi pénale pour l'individu. Dans l'avant-projet on propose quelquefois l'échappatoire réparatrice de la médecine[12] ou même du mariage[13].

L'argument, actuellement le plus largement répandu, avec lequel on essaie de fonder éthiquement la nécessité et la légitimité de la peine est celui de la nécessité de la *resocialisation* du délinquant, par la limitation de sa liberté. Ce type d'argumentation est soumis aussi à toute une série de critiques, qu'ici on n'est pas en mesure de référer[14]. Je me limiterai à faire remarquer que, dans le domaine de la sexualité, la fonction resocialisante de la sanction pénale devient encore plus problématique que dans d'autres types de délits. Comment est-il possible de (ré)apprendre une gestion humaine ou, au moins, «normale» de sa propre sexualité, dans une institution, telle que la prison, qui exclut toute ou presque toute possibilité légale de rencontre sexuelle?

La question peut être refusée comme étant non pertinente ou en l'utilisant comme contre-argument à la thèse de la resocialisation du délinquant légitimant la punition. Dans ces deux cas se manifeste la fragilité inhérente de la combinaison des arguments formels de philosophie pénale avec la matérialité de la casuistique du domaine sexuel.

Le droit pénal devra peut-être se résigner ici à faire preuve de fragmentarité et de faiblesse, en renonçant à une partie de sa prétendue force créatrice de «bonnes moeurs»[15].

L'éthique, pour sa part, même si elle a besoin pour devenir visible socialement de «bonnes moeurs», n'a rien à perdre à la prise de conscience de la faiblesse du droit pénal.

Les voies du contrôle, de la répression et de la punition ne sont pas nécessairement les plus éthiques. Elles peuvent aussi se transformer d'une manière

[12] Cf. art.192, 2 à propos de l'exhibitionnisme: «Si le délinquant subit un traitement médical ...».

[13] Cf. *horribile dictu,* art.194,2 ou 197,2 de l'avant-projet: «si l'auteur a contracté mariage avec la victime, l'autorité compétente pourra renoncer à le poursuivre, à le renvoyer en tribunal ou à lui infliger une peine».

[14] Cf. H.Feser, Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges, dans: Seminar. Abweichendes Verhalten, vol.3, éd. par K.Lüderssen et F.Sack, Frankfurt 1977, p.276sv.; Garcia-Pables, de Molina, a., La supuesta funcion resocialisadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo, dans: Anuario de derecho penal 32 (1979) p.645–700; J.P.Garbede, L'action éducative de la peine, dans: Rev. suisse de sociologie 5 (1979) p.335–364.

[15] C'est ce qu'on appelle en allemand la «sittenbildende Kraft des Strafrechts». Ce thème n'est plus tellement discuté entre juristes, mais il reste un problème classique en éthique philosophique et théologique. Cf. A.Auer, Sittlichkeit und Strafrecht, dans: Renovatio 32 (1976) p.156–163; H.Weber, Wieweit ist Sittlichkeit rechtlich erzwingbar?, dans: Trierer theologische Zeitschrift 74 (1965) p.269–280.

contraire: «*summum jus, summa injuria* ...» proclamait déjà la sagesse gréco-romaine, et sa sentence n'a rien perdu de son actualité.

Bibliographie

Commission d'experts pour la révision du Code pénal: Avant-projet. Modifications des Codes pénal et militaire suisses concernant les infractions contre la vie, les moeurs et la famille, Berne 1981.

Commission d'experts pour la révision du Code pénal: Rapport explicatif aux Avant-projets de la Commission d'experts pour la révision du Code pénal ..., Berne 1981.

A. Bondolfi, Straftheorien und Strafrechtsbegründungen: Schwierigkeiten einer ethischen Neubesinnung, in: Zeitschrift für evangelische Ethik 27 (1983) p. 375–390.

P. Fink, Sexualität und Strafrechtsreform, in: Psychosomatische Medizin 8 (1978) p. 138–144.

C. Gyr und W. Bünter, Sexualstrafrecht. Materialien und Anleitungen für Gesprächsgruppen zu Fragen der Revision des Sexualstrafgesetzes, Luzern: Arbeitsstelle für Bildungsfragen, o. J.

H. Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart 1957.

U. Klug, Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts, in: ders., Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, 2 Bde., Berlin/Heidelberg/New York 1981, Bd. II, p. 173–193.

F. Ost et M. van de Kerchove, Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique, Bruxelles 1981.

Philosophie pénale = Archives de philosophie du droit, no. 28 (1983).

C. Roxin, Sittlichkeit und Kriminalität, in: Misslingt die Strafrechtsreform? éd. par J. Baumann, Darmstadt 1969, p. 156–161.

H. Schulz, Die Revision des Schweizerischen Sexualstrafrechts, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 1982, S. 245ff.

P. Spescha, Revision des Sexualstrafrechts, Zürich: Sozialinstitut der KAB, 1982.