Droit, droits, liberté et santé sexuelle

Bruno Py

Professeur de droit privé et sciences criminelles, Institut François-Gény – ISCRIMED EA 7301, Université de Lorraine, France

Résumé : Si au siècle dernier, la famille s'est libérée de son triptyque – mariage, hétérosexualité et enfant –, notre société actuelle est de plus en plus encline à imposer par la voie de la contrainte, c'est-à-dire par le Droit, « une morale commune ». En parallèle, la médecine contemporaine affirme qu'une « bonne santé sexuelle » constitue un des éléments d'une « bonne santé » en général. Ainsi, pour cette raison, les sociétés contemporaines encouragent le développement d'une sexualité épanouie. Cette possibilité de développer ainsi que d'entretenir des relations sexuelles découle de l'autonomie personnelle, c'est-à-dire du droit de disposer de son corps. Certains militants invoquent, à tort, un « droit à la sexualité », car, en réalité, la sexualité est une liberté et non un droit au sens technique, puisque chacun a un droit de développer sa sexualité. Ainsi, il est préférable d'employer l'expression de « liberté sexuelle ». L'exercice de cette liberté est relativement aisé pour ceux qui vivent en toute indépendance, mais qu'en est-il de ceux qui vivent en institution ? de ceux qui dépendent de leur entourage pour accéder à des images, des objets ou des caresses ? S'agissant des premiers, la réponse est simple puisque l'autonomie personnelle consacre la liberté pour chacun de pratiquer des activités sexuelles, ou non, sans jugement moral sur la nature des pratiques. Quant aux seconds, la réponse est cruciale, car elle revient à se demander à quoi correspond l'autonomie. En effet, les personnes en situation de handicap, privé de leur autonomie, ne peuvent jouir de leur liberté sexuelle. La personne handicapée n'est pas une coquille vide, c'est un être humain qui, à l'instar de ses pairs, à des désirs sexuels. Non autonome, il ne peut se satisfaire, or comment répondre à son insatisfaction ? En sollicitant un(e) marchand(e) du sexe ? Mais une telle solution tombe invariablement dans les méandres de la prostitution.

Mots-clés : autonomie personnelle, handicap, liberté sexuelle, prostitution

« Ce sexe sans lequel [. . .] le commencement de notre vie serait privé de secours, le milieu de plaisirs, et la fin de consolation. »

(Jean le Rond d'Alembert, *Éloges lus dans les séances publiques de l'Académie française* [1779], éloge de Marivaux)

Introduction

Le mot et la chose[1]. . . Parmi les évolutions qui marquent l'observateur des débats contemporains, figure l'emploi désormais permanent du mot « droit ». Que l'on évoque

1. *Le Mot et la Chose* est un poème galant du XVIII[e] siècle composé par l'abbé Gabriel-Charles de Lattaignant (1697-1779) : http ://www.poesie.net/attaign1.htm.

les questions politiques, sociales, ou sociétales, chacun se drape dans SON droit, revendique la reconnaissance de son droit, exige le respect de son droit. Encore faut-il d'emblée définir le sens des vocables employés. La présente contribution utilisera la langue du juriste, qui diffère souvent du langage commun. Le mot « Droit », avec une majuscule désigne l'ensemble des règles normatives organisant la vie en société. Le mot « droit », avec une minuscule, désigne une prérogative individuelle permettant de jouir d'une chose ou d'exiger d'autrui une prestation [2]. Au sujet du sexe, nous étudierons donc à la fois le Droit français et les éventuels droits des individus en la matière. Le juriste, cet obsédé textuel, est tenté de calculer le nombre d'occurrence des mots du sexe dans Légifrance. Dans le code pénal, le mot « sexe » apparaît huit fois [3], en revanche plusieurs mots importants n'y figurent pas, comme « pénis », « vagin », « pédophilie », « abus sexuel » ou « attouchement ». Pour l'anecdote, on notera que les mots « amour » et « plaisir » sont absents du code pénal. L'absence de ces termes ne doit pas surprendre car le législateur utilise, pour définir les interdits répréhensibles, la langue du Droit qui repose sur des catégories juridiques et donc sur un lexique distinct du langage commun [4].

1 Le cadre juridique de la liberté sexuelle

Si l'on veut bien admettre que l'Homme fut un animal avant de devenir un être social, alors l'étude de la manière par laquelle il réussit à canaliser ses instincts au profit de l'organisation de sociétés structurées s'impose. L'encadrement de la sexualité humaine est depuis toujours un objet d'intérêt pour ceux qui ont la charge de diriger un groupe humain dans la mesure où il conditionne, au-delà des enjeux individuels, la survie de l'espèce toute entière. Chaque communauté humaine s'est dotée de règles destinées à empêcher que l'homme et la femme ne laissent libre cours à leurs pulsions. Il apparaît en effet que l'anarchie sexuelle, si paradisiaque qu'elle puisse sembler, est une source de conflits internes et de dangers externes pour toute collectivité d'être vivants [5]. Or, au contraire des autres animaux, les fonctionnements corporels humains ne sont pas limités par des processus naturels. Il n'y a pratiquement pas de frein biologique (saison du rut, ovulation, gestation, etc.) à l'attractivité de l'accouplement [6]. C'est pourquoi il a été nécessaire d'instaurer des freins culturels pour résister aux appétits organiques. Il ne nous appartient pas de déterminer si c'est parce que les humains ont « codifié » leurs pratiques sexuelles qu'ils sont devenus des animaux supérieurs ou si, à l'inverse, c'est leur conscience naissante qui leur a inspiré de brider leur énergie

2. Beaudoin, L. (2008), *Les mots du droit*, 3e éd., Édition Yvon Blais – Cabrillac, R (dir.) (2014), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2014*. LexisNexis – Cornu, G. (2014), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige » – Gaudu, F. (2010), *Les 100 mots du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? » – Schmidt, C. (1997), *Introduction à la langue juridique française*,1e éd., Baden-Baden, Nomos – Schmidt, C. (2000), « La langue juridique : maux et remèdes », *in* Frédéric Houbert (dir.), *Dictionnaire de terminologie juridique anglais-français*, Paris, La Maison d'édition du dictionnaire.

3. Quatre articles concernent la discrimination à raison du sexe, article 225-1, article 225-3, article 713-3, article 723-3, article 225-4-10 (dissimulation visage), article R. 624-3(diffamation), article R. 624-4 (injure), article R. 625-7 (provocation à la haine ou à la discrimination).

4. Darsonville, A. et Leonhard, J. (dir.) (2015), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

5. Turquier, L. (2012), « De la liberté en amour au début du XXe siècle. Réflexions et pratiques anarchistes sur le mariage, la liberté en amour et la liberté sexuelle », *Rev. Réfractions*, n° 29 « Voies sexuelles, Voix désirantes », automne.

6. « Boire sans soif et faire l'amour en tout temps, Madame, il n'y a que ça qui nous distingue des autres bêtes », de Beaumarchais, P.-A.-C. (1778), *Le mariage de Figaro*, II, 21.

sexuelle. Toujours est-il que chez l'Homme, la sélection de partenaires, les démarches amoureuses et le rapprochement sexuel sont dictés par des règles culturelles.

La première catégorie de règles est fondée sur la notion de tabou ou interdit majeur ; le plus connu étant le tabou de l'inceste. Ensuite, avec les religions, apparurent les péchés. Ce n'est qu'avec l'émergence d'organisations politiques de la vie sociale que furent définies les notions de faute et d'infraction, qui sont des transgressions de la règle de Droit. Les anthropologues, les sociologues et les ethnologues décrivent souvent les liens entre la sexualité et les notions de tabou, de péché et de faute. Leurs études montrent que la limitation juridique de la liberté sexuelle, par le moyen juridique est une formulation laïque moderne du concept de péché [7], et que le contenu des règles de Droit est directement lié aux spécificités biologiques de la sexualité humaine [8].

Notre société multiplie les lois et les règlements. Les règles juridiques règnent dans les domaines les plus privés qui étaient jadis livrés à des régulations sociales moins contraignantes comme la morale ou les règles de politesse [9]. Les normes juridiques ne tolèrent plus les cigarettes, ni les mauvaises manières, les influences trop appuyées, ni les regards ambigus. Elles cherchent à nous rendre à chaque fois plus « libres » et « meilleurs », au risque de nous transformer, pour ce faire, en victimes ou en pervers.

Nous savons que si jadis le droit pénal était moins présent dans le domaine des mœurs, c'est que le droit civil s'occupait d'organiser, à travers des règles très rigoureuses, un certain modèle familial, marquant de son sceau une bonne partie de l'existence de chacun. C'est en libéralisant la famille et les règles qui en dépendaient (la sexualité, la relation entre parents et enfants, les places des hommes et des femmes, les formes de conjugalité) que nos gouvernants ont pris peur. Ils commencèrent à affirmer que nous avions perdu nos « repères », quand, en réalité, notre société a créé les conditions d'émergence d'un pluralisme des valeurs, c'est-à-dire a obtenu la défaite de l'idée selon laquelle il n'y aurait qu'une seule manière de bien vivre. Ces craintes et les politiques qui les ont accompagnées ont eu comme conséquence ce résultat curieux : plus les formes de vie familiale se libéralisent, plus l'on souhaite créer par la voie pénale des dispositifs individualisés de contrôle de la vie de chacun. Le slogan selon lequel nous aurions perdu nos « repères », nos « valeurs » vise donc à imposer par la voie de la contrainte répressive une « morale commune », celle que l'on avait précisément souhaité abolir à travers la révolution des mœurs.

---

7. « Le sens actuel du mot péché se réfère avant tout à une transgression d'ordre religieux – c'est par conséquent dans la religion qu'il nous faudra rechercher l'origine de la notion de péché. Ce sont évidemment les tabous religieux qui sont à la base de la répression sexuelle – les lois civiles n'ont fait que suivre les mœurs modelées par les pressions religieuses. », Weil, P. (1973), *Répression et libération sexuelle. Origines psychologiques ésotériques et religieuses*, EPI, p. 14.

8. « Le Droit a été construit par et pour une certaine espèce vivante, douée de caractères bien définis ayant un cycle vital particulier, par et pour une certaine espèce où la reproduction est sexuée, où les deux sexes sont séparés, où la proportion sexuelle est voisine de l'unité, où la fécondation est interne, où la génération s'effectue sur le mode vivipare, où le délai de gestation est d'environ neuf mois. [...] Il est évident que si l'Homme était hermaphrodite comme l'Escargot, s'il changeait de sexe comme le Mollusque Crepidula, s'il naissait adulte comme le cobaye, si sa tête repoussait comme celle du Ver de terre ou de la Planaire, il ne se serait pas donné les mêmes lois. », Rostand, J. (1958), « La biologie et le Droit », Rostand, J. (dir.), *Science fausse et fausses sciences*¸ 4e éd., Gallimard, coll. « Les Essais », p. 77-78.

9. Piaget, J. (1977), « Les relations entre la morale et le droit », *Études sociologiques*, Genève, Librairie Droz, coll. « Travaux de Sciences Sociales », p. 172-202 – Dermange, F. et Flachon, L. (dir.) (2002), *Éthique et droit*, Labor et Fides, coll. « Le champ éthique ».

Un philosophe du XIX[e] siècle, qu'on lit malheureusement trop peu, Charles Fourier (1772-1837), avait beaucoup réfléchi à cette question. Il pensait, en substance, que notre civilisation était victime d'une confusion entre la sexualité et l'amour. Il regrettait qu'un sentiment si raffiné soit galvaudé et perverti par la déconsidération et le mépris dont les plaisirs sexuels étaient l'objet. Ceux-ci, tenus pour dégoûtants par notre civilisation dès qu'ils se présentent à l'état brut, sont forcés à se sublimer et à se racheter par le sentiment amoureux. Pure justification de nos pulsions sexuelles, l'amour n'a jamais la possibilité de s'affirmer pour lui-même, de se complexifier et de se stabiliser, de croître au lieu de diminuer avec le temps. « Nos savants, écrit Fourier dans *Le Nouveau Monde amoureux*, ont traité l'amour matériel [*i.e.* la sexualité] comme un torrent dont on essayerait de barrer le lit sous prétexte qu'il est dévastateur. » Le résultat est que cette entrave produit beaucoup plus de ravages que ceux qu'on voulait éviter, puisque la sexualité est devenue à la fois omniprésente et cachée.

Peut-on affirmer, comme Marcela Iacub [10] que lorsque l'on transforme la morale en Droit, on démoralise la société ? Un État qui étouffe ses citoyens sous tant de lois pénales ne leur permettrait pas de traverser par eux-mêmes des dilemmes moraux, de se déterminer à partir de règles différentes, de créer des valeurs nouvelles en dehors de celles qu'imposerait la contrainte du Droit. Ne risque-t-on pas d'accoucher d'un peuple déchargé de toute conscience morale qui ne chercherait qu'à échapper à la rigueur des lois ? Un État qui ne laisse pas la place à la morale demande aux citoyens de n'avoir que le Droit, c'est-à-dire l'État lui-même, comme critère du bien et du mal. Et on peut trouver un tel modèle, sans être taxé d'exagération ou de goût des comparaisons hâtives, quelque peu totalitaire. Plus l'État cherche à régler des comportements privés, plus il devient intime et psychologique, plus il ouvre la porte à l'arbitraire judiciaire tout en promouvant une conflictualité de plus en plus étendue entre les individus.

La liste est longue des lois contemporaines ayant eu pour objet d'encadrer la sexualité. Mise à part la loi de 1975 dépénalisant l'adultère [11], toutes visent à limiter, à prohiber ou à renforcer la répression. La loi de 1980 étend notablement la définition du viol [12]. La loi de 1992 introduit en France la notion de harcèlement sexuel [13]. Le nouveau Code pénal remplace l'infraction d'outrage public à la pudeur par le délit d'exhibition. La loi du 17 juin 1998 aggrave la répression des infractions sexuelles contre les mineurs et punit spécifiquement le tourisme sexuel [14]. La loi du 18 mars 2003 incrimine le racolage passif, la prostitution des mineurs et la zoophilie [15]. En 2004, la loi Perben 2 crée le FIJAIS [16]. La loi du 12 décembre 2005 permet la prescription de médicament

10. Iacub, M. (2009), *Le crime était presque sexuel : et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, coll. « Champs » – Iacub, M. et Maniglier, P. (2005), *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Bréal, coll. « Antimanuel ».

11. « La décriminalisation consiste à faire sortir de la sphère du droit pénal des comportements jusqu'alors incriminés… Ainsi, depuis la Révolution, des agissements comme le blasphème ne sont plus punissables… La loi du 11 juillet 1975 a fait de l'adultère une simple faute civile… » Jeandidier, W. (1991), *Droit pénal général,* Montchrestien, coll. « Domat Droit privé ».

12. Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

13. Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation social créant un article 222-33 du Code pénal.

14. Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

15. Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

16. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité créant le Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles.

inhibiteur de libido aux délinquants sexuels [17]. La loi du 5 mars 2007 crée le délit de proposition sexuelle à un mineur [18]. Certains prônent des réformes à but purement symbolique, comme celle qui vise à introduire le mot « inceste » dans le Code pénal [19].

Étudier, sexe, norme et liberté, consiste à analyser pourquoi et comment la société entend régir les relations entre les êtres humains, chaque fois que leur genre ou leur activité sexuelle réelle ou potentielle influent sur le groupe social. Or, les 100 dernières années ont montré une évolution radicale de l'approche des questions de sexe en substituant à l'obsession des bonnes mœurs [20] la promotion des libertés individuelles [21]. Le modèle unique de vie conjugale monogamique – la famille « légitime » – s'est vu remplacé par l'émergence de nouveaux choix de vie permettant l'épanouissement de pratiques différentes. À côté du couple marital classique, de nouveaux couples peuvent coexister [22] sans déstabiliser la société.

Partant du postulat que « le désir s'exprime par la caresse comme la pensée par le langage [23] », il est très important de verbaliser et même d'écrire pour penser la sexualité. Si la sexualité fascine l'être humain, c'est probablement parce qu'elle irradie trois domaines de la vie. Elle est l'expression d'une pulsion physiologique ; elle peut être une satisfaction de fantasmes ; et elle reste le mode principal de reproduction... Le corps, la tête, le fruit. À cela il faut ajouter le postulat de la médecine contemporaine qui affirme qu'une « bonne santé sexuelle » constitue un des éléments d'une « bonne santé » en général. Pour toutes ces raisons, les sociétés contemporaines prônent et encouragent comme objectif légitime pour chacun : le développement d'une sexualité épanouie [24].

2 La reconnaissance explicite de la liberté sexuelle

Sur le plan du Droit, la possibilité de développer et d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie

17. Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005. Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales article 27. L'article L. 3711-3 du Code de la santé publique est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsqu'il a été agréé à cette fin, le médecin traitant est habilité à prescrire au condamné, avec le consentement écrit et renouvelé, au moins une fois par an, de ce dernier, un traitement utilisant des médicaments dont la liste est fixée par arrêté du ministre de la santé et qui entraînent une diminution de la libido, même si l'autorisation de mise sur le marché les concernant n'a pas été délivrée pour cette indication. »

18. Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

19. Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, modifiant l'article 222-31-1 du Code pénal.

20. « Mœurs. Ensemble de comportements propres à un groupe humain ou à un individu et considérés dans leurs rapports avec une morale collective – absol., règles de vie, modèles de conduite plus ou moins imposés par une société à ses membres. [...] Bonnes mœurs. Ensemble des règles imposées par la morale et auxquelles les parties ne peuvent déroger par leurs conventions (CAP. 1936) ». Trésor de la langue française, http ://atilf.atilf.fr. Mistretta, P. (2017), « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *Revue Sciences criminelles*, p. 273.

21. « Au choix individuel s'oppose la force sociale de la norme juridique », Vuillemin, J. (1949), *L'Être et le travail. Les conditions dialectiques de la psychologie et de la sociologie*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine. Psychologie et sociologie », p. 113.

22. Union libre, Concubinage, Pacs, Labbée, X. (2010), *Le droit commun du couple*, Presses Universitaires du Septentrion, coll. « Droit / Manuel ».

23. Sartre, J.-P. (1943), *L'Être et le néant*. NRF – Py, B. (2015), « Les mots du sexe dans la loi pénale », *in* Darsonville, A. et Leonhard, J. (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », p. 45-62.

24. Ogien, R. (2014), *Philosopher ou faire l'amour*, Grasset.

personnelle (CEDH 17 février 2005). Certains militants invoquent un prétendu « droit à la sexualité », qu'il faudrait rendre universel en l'introduisant dans la loi. La notion pourrait faire sourire si elle ne confondait pas avec l'autonomie personnelle, concept cher à la Cour européenne des droits de l'Homme. La sexualité, composante de la vie privée, est une liberté pas un droit au sens technique. Nul n'a un « droit à la sexualité », chacun a « un droit de développer une sexualité ». La nuance est essentielle [25]. Pour utiliser d'autres termes, la sexualité n'est pas un droit-créance mais un droit-liberté. Afin d'éviter toute ambiguïté, il est préférable d'employer les termes de « liberté sexuelle ».

Si l'exercice de la liberté sexuelle est relativement aisé pour ceux qui vivent en toute indépendance dans un logement privé, en bénéficiant de la faculté de visiter et/ou de recevoir des visiteurs, il en va autrement de ceux qui doivent subir les conséquences d'une vie en institution. Un cas d'espèce a placé cette question sous le projecteur de l'actualité juridique en Aquitaine où le règlement intérieur d'un hôpital prohibait explicitement toute forme de sexualité dans l'établissement.

> « Un patient hospitalisé dans un hôpital psychiatrique s'est opposé à l'application du règlement de fonctionnement de l'unité qui interdisait les relations sexuelles. Il a donc demandé au directeur d'établissement de supprimer cette interdiction. Ce dernier lui a opposé un refus au motif que le droit à de libres relations sexuelles ne figurait pas dans la liste des droits énumérés [...] par le code de la santé publique, que l'interdiction ne concernait que les pratiques sexuelles entre patients et que les malades d'un hôpital sont vulnérables et doivent être protégés de tous les abus [26]. »

Pour le demandeur, cette interdiction qui s'imposait à tous les patients quelle que soit leur pathologie était disproportionnée par rapport au but recherché. Il soutenait que l'interdiction des relations sexuelles posée par le règlement intérieur présentait le caractère d'une interdiction générale et absolue, que l'interdiction contestée avait méconnu l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme dès lors qu'elle n'était prévue par aucun texte législatif et qu'elle n'était pas nécessaire à la protection de l'un des intérêts supérieurs mentionné par la convention. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a condamné l'hôpital en question. Au-delà des griefs évoqués par le requérant, la question sous-jacente était de savoir si les relations sexuelles constituaient un droit fondamental. L'arrêt de condamnation affirme explicitement que la vie sexuelle est une liberté découlant de la vie privée, et implicitement qu'il s'agit d'une liberté fondamentale.

> « Considérant que l'ingérence dans l'exercice du droit d'une personne atteinte de troubles mentaux, hospitalisée sans son consentement, au respect de sa vie privée qui constitue une liberté individuelle et dont le respect de la vie sexuelle est une composante, par une autorité publique, ne peut être

25. Giami, A., Py, B. et Toniolo, A.-M. (dir.) (2013), *Des sexualités et des handicaps. Questions d'intimités*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap » – Py, B. (2016), « Le droit à l'orgasme », *in* RERDH (dir.), *Le droit au bonheur*, 1re éd., Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », p. 55-80.

26. Bérard, K. (2017), *Les soins psychiatriques sans consentement*, Droit, Lyon 3, p. 460-461.

légale que si elle répond à des finalités légitimes et qu'elle est adéquate et proportionnée au regard de ses finalités [27]. »

L'autonomie au sens juridique consacre la liberté pour chacun de pratiquer des activités sexuelles ou pas, indépendamment de tout jugement moral sur la nature de ses pratiques (masturbation, homosexualité, sexualité de groupe etc.) [28]. Et c'est là que la question devient cruciale. Que signifie l'autonomie juridique lorsqu'un être humain n'a pas d'autonomie corporelle [29] ? Que signifie la liberté sexuelle pour celui qui dépend de son entourage pour accéder à des images, des objets, ou des caresses ?

3 La liberté sexuelle et le handicap

La sexualité est-elle un besoin ? L'orgasme est-il indispensable pour vivre ? Heureusement que non ! L'Histoire et la Science montrent que l'être humain peut se passer de toute sexualité, par contrainte ou par choix, sans que cela n'affecte son espérance de vie. Le constat est aisé, physiologiquement, la sexualité n'est pas un besoin [30]. La réponse est différente, lorsqu'on se place sur le plan psychologique et relationnel. Si l'on admet que l'Homme est un animal social, alors il faut s'interroger sur l'impact de la privation de toute sexualité sur l'ensemble des relations avec les autres [31]. Or, le ressort qui pousse vers les autres porte un nom : le désir. Désir d'être, d'exister, d'aimer. Lorsque ce désir est sexuel, il s'agit de libido. Exprimée ou pas, la libido existe en chacun. Elle peut être réprimée, frustrée ou sublimée, mais elle existe. C'est alors qu'interviennent les deux grands fondements de l'équilibre que sont la liberté et l'autonomie. Les personnes en situation de handicap, sont privées de liberté, par défaut d'autonomie. C'est pourquoi la loi tente de compenser cette perte d'autonomie pour permettre une certaine liberté. Faut-il aller jusqu'à prendre en compte la libido des personnes en situation de handicap [32] ? Certains pensent que oui et s'engage dans une démarche militante de promotion de l'accompagnement sexuel [33].

Comme chacun peut l'imaginer, les personnes en situation de handicap ne dérogent pas à la norme sur le plan du désir sexuel [34]. « On parle de norme en matière de sexe comme en d'autres ; mais la normale exprime une vérité statistique – un point

27. Vialla, F. (2013), « Privé de vie privée : "Vol retour" au-dessus d'un nid de coucou ? », *RDS*, n° 52, p. 141-151 – Katz, D. (2013), « Peut-on interdire les relations sexuelles aux patients d'un hôpital psychiatrique », *A.J.D.A*, p. 115.

28. Nuss, M. (dir.) (2008), *Handicaps et sexualités*. Le livre blanc, Dunod.

29. Marguénaud, J.-P (2013), « L'autonomie personnelle en matière de sexualité », *in* Giami, A., Py, B. et Toniolo, A.-M. (dir.) (2013), *Des sexualités et des handicaps. Questions d'intimités*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap », p. 59.

30. « L'attraction sexuelle n'est [...] pas un besoin simple comme la faim [...]. Déjà Claude Bernard avant Freud avait pressenti que la sexualité s'étend à l'organisme entier. » Lilar, S. (1991), *Le Couple*, p. 215 – Py, B. (2016), « Le droit à l'orgasme », *in* RERDH (dir.), *Le droit au bonheur*, 1re éd., Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », p. 55-80.

31. « Je suis les liens que je tisse avec les autres », Jacquard, A. et Planès, H. (1997), *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*, Calmann-Lévy.

32. « Les difficultés d'entretenir des relations sexuelles ne peuvent pas être entièrement compensées par le Droit ». Thierry, J.-B. (2011), « Libres propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », *in* Deffains, N. et Py, B. (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

33. Association pour la promotion de l'accompagnement sexuel, présidée par NUSS Marcel, http ://www.appas-asso.fr

34. *On n'est pas des anges*, long métrage de Simoneau Guy (1983).

c'est tout –, ce qui est vrai pour la grande masse de l'humanité [35]. » Les handicapés désirent, convoitent, fantasment. S'il peut exister des hypothèses de gêne physiologique à l'accomplissement de telle ou telle activité sexuelle, la question principale est celle de la rencontre d'un partenaire consentant. L'handicapé désireux peine à rencontrer un partenaire désirant. « La misère sexuelle des personnes handicapées n'est pas le fait du droit : elle est la conséquence de l'exclusion sociale, de l'image que renvoie la personne handicapée aux valides [36]. » L'isolement à domicile, et les fonctionnements institutionnels, aggravent cette pénurie relationnelle [37]. En raisonnant en terme de marché, on pourrait dire que la demande existe et qu'elle est forte, mais que l'offre est faible, voire absente en fait.

La médecine affirme aujourd'hui qu'une « bonne santé sexuelle » constitue la condition primordiale d'une « bonne santé » en général. Ce postulat est consensuellement admis, y compris par le Conseil consultatif national d'éthique :

> « Le CCNE souligne que toute amélioration des troubles de la vie sexuelle concourt au bien-être de l'individu. Cependant, la vie sexuelle diffère d'autres fonctions individuelles car elle n'est pas vitale, elle fait appel à l'interaction complexe de facteurs physiques et mentaux et renvoie souvent à la complémentarité d'un autre. C'est dire que cette complémentarité peut signifier au plan thérapeutique que l'on dépasse la simple prise d'un médicament [38]. »

La question de la médicalisation de la sexualité [39] a acquis une grande visibilité publique et médiatique avec l'émergence de nouveaux traitements pharmacologiques des troubles sexuels [40]. S'il peut être entendu que la médecine contemporaine postule qu'une « bonne santé sexuelle » constitue la condition primordiale d'une « bonne santé » en général [41], ce postulat ne saurait affranchir les professionnels de la santé des critères ordinaires d'appréciation de l'indication médicale [42]. Par ailleurs, le choix

35. Miller, H. (1968), *Le Monde du sexe*, Buchet/Chastel, p. 18. – *cf.* également « Il m'avait toujours semblé que lorsque la sexualité tend à se muer en sexologie, la sexologie ne peut plus grand-chose pour la sexualité », Gary, R. (1975), *Au-delà de cette limite votre ticket n'est plus valable*, Gallimard.

36. Thierry, J.-B. (2011), « L'accompagnement sexuel en France », *in* Sallem, R. et Delattre, V. (dir.), *Handicap : affectivité, sexualité, et dignité*, Mairie de Paris, coll. « Les défis de civilisation », p. 152.

37. Giami, A. et de Colomby, P. (2008), « Relations socio-sexuelles des personnes handicapées vivant en institution ou en ménage : une analyse secondaire de l'enquête "Handicaps, incapacités, dépendance" (HID) », *ALTER, Revue Européenne de Recherche sur le Handicap*, vol. 2, n° 2, p. 109-132.

38. CCNE, avis n° 62, du 18 nov. 1999 sur Médicalisation de la sexualité : le cas du Viagra. Réponse au secrétaire d'État à la santé.

39. Py, B. (2013), « La médicalisation de la sexualité », *in* Roland, H. et Dagonet, F. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Marie.-France. Callu,* LexisNexis, p. 353-364. Giami, A. (2009), « Les formes contemporaines de la médicalisation de la sexualité ». *in* : Yaya, S. (dir.). *Pouvoir médical médical et santé totalitaire : conséquences socioanthropologiques et éthiques.* Montréal, Presses de l'Université Laval, p 225-249.

40. On assiste, par ailleurs, à un développement des approches médicales concernant les relations entre un certain nombre de pathologies somatiques (le cancer et le SIDA notamment) et la « fonction sexuelle ». Le retentissement des pathologies sur l'activité sexuelle, l'évaluation des conséquences des traitements et la correction des dysfonctionnements (la fonction érectile des hommes et plus récemment les troubles du désir et de l'excitation sexuelle pour les femmes) connaissent un cadre et des limites juridiques.

41. Giami, A. (2005), « Santé sexuelle : la médicalisation de la sexualité et du bien-être », *in* Ogier, R. et Billier, J.-C. (dir.), *Comprendre la sexualité*, PUF, p. 97-115.

42. Même si l'amélioration de la sexualité peut être analysée comme une démarche thérapeutique, le principe fondamental de balance bénéfice/risque ne saurait être abandonné. « Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté » C. santé publ., art. L. 1110-5.

d'un acte diagnostic ou d'un traitement pouvant avoir un retentissement sur la sexualité suppose un respect tout particulier de l'information du patient [43]. Quant aux acteurs de cette prise en charge médicalisée, l'heure n'est pas encore à demander aux professionnels de santé de devenir des techniciens des activités sexuelles [44]. Le soignant lave, touche, masse, mais ne sensualise pas [45]. Le soignant n'a pas vocation à devenir un partenaire. Le désir du handicapé est reconnu, voire soigné, mais pas assouvi par les professionnels de santé [46].

Face au désir sexuel exprimé par une personne non autonome, trois solutions se rencontrent en pratique. La négation-répression du désir ; la satisfaction hygiéniste de la pulsion ; le recours à la prostitution. Aucune n'est satisfaisante, chacune est hypocrite. Il n'empêche que les témoignages affluent de proches et de professionnels du secteur sanitaire et/ou social qui sont à la recherche de stratégies pour répondre à ce désir [47]. Soit ils satisfont eux-mêmes la personne handicapée, soit ils ont recours à des travailleurs du sexe.

La diversité des demandes à caractère sexuel impose de préciser que celles-ci sont bien plus diversifiées que l'acte de pénétration sexuelle lequel n'est parfois pas possible ou pas souhaité. Parmi les demandes exprimées, on relèvera la demande d'aide à la masturbation, la demande de stimuli, d'objets, de littérature ou d'iconographie. Plusieurs témoignages évoquent la seule demande de contemplation d'une poitrine de femme ou d'un corps d'homme nu. C'est pourquoi l'expression d'accompagnement érotique doit être préférée [48]. La demande de sensualité est plus courante que la demande explicite de sexualité [49].

> « La sexualité occupe sans conteste une place de choix. Que dire alors, lorsque l'on ajoute à la difficulté, en introduisant la maladie, la vieillesse ou le handicap, qui plus est dans un contexte de prise en charge collective en institution médicosociale ou sanitaire. Les questions de la vie privée, de la vie affective et de la sexualité des sujets âgés, des personnes malades ou handicapées, vivant en institution, sont de celles qui dérangent et que l'on

43. Py, B. (dir.) (2011), *La pudeur et le soin*, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

44. Py, B. (2010), « De la frontière entre acte thérapeutique et sexuel », *in* Delmas, G., Maffesoli, S.-M., Robbe, S. (dir.), *Le traitement juridique du sexe*, L'Harmattan, coll. « Presses Universitaires de Sceaux », p. 65-80.

45. « Celui qui a peur du pubis caresse le nombril », Diabaté, M.-M. (1988), *Une hyène à jeun*, Hâtier.

46. Nuss, M. (2012), *Je veux faire l'amour : handicap, sexualité, liberté*, Paris, Autrement, coll. « Haut et fort ».

47. Sallem, R. et Delattre, V. (dir.), *Handicap : affectivité, sexualité, et dignité*, Mairie de Paris, coll. « Les défis de civilisation ».

48. « Le verbe accompagner signifie littéralement se déplacer avec un être animé. Accompagner, c'est faire un bout de chemin avec l'autre. Accompagner, n'est ni infantilisant, ni paternaliste. Dans le domaine érotique, l'accompagnement sexuel ne prétend pas être LA solution, mais se propose d'être une étape du progrès au bénéfice de celui ou celle qui souhaite être accompagné. L'accompagnement se conçoit exclusivement entre adultes volontaires. L'accompagnement sexuel est un projet pensé, espéré, accepté et dans le meilleur des cas, réalisé. Bien entendu, l'accompagnement sexuel ne peut être limité à un acte sexuel classique qui n'est parfois pas possible, parfois même pas demandé. Il peut englober toutes les formes d'expression de la libido, en passant par les textes et les images, les objets et les gestes, les mots et les silences, qui font la sexualité des hommes et des femmes libres. » Py, B., éditorial 29 octobre 2014, http ://www.appas-asso.fr.

49. La sensualité étant définie comme le caractère, le tempérament d'une personne qui cherche tout ce qui peut satisfaire les sens et procurer du plaisir – un attachement aux plaisirs du corps ; une faculté de sentir, de percevoir des sensations. http ://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe ?8 ;s=367697250

> préfère souvent oublier. Elles peuvent pourtant être essentielles au mieux-être de la personne prise en charge. Refuser d'y prêter attention conduirait à confiner la personne dans sa pathologie, son âge ou son handicap [50]. »

Que ce soit assumé ou clandestin, explicite ou caché, c'est à l'entourage qu'il advient parfois d'assouvir les expressions du désir sexuel de la personne handicapée à domicile. Ceux qui ont participé à des conférences débat sur le thème de la sexualité des personnes en situation de handicap ont tous entendu des familles témoigner de ces faits. Le Droit n'y trouve rien d'illicite entre majeurs consentants. La psychologie, s'interrogera longtemps encore sur les indicibles conséquences de cette forme de misère sexuelle… C'est alors qu'intervient la question de savoir si la satisfaction du désir sexuel de la personne handicapée ne pourrait pas être dévolue à une personne extérieure aux proches, à un professionnel, un(e) travailleur(euse) du sexe, à un(e) accompagnant(e) sexuel(le) ?

Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) a rendu public le 4 octobre 2012 un avis très discuté : « Vie affective et sexuelle des personnes handicapées. Question de l'assistance sexuelle [51]. » Cet avis est nettement défavorable à la mise en place d'une assistance sexuelle [52]. Le CCNE envisage exclusivement la sexualité sous l'angle d'une « relation interpersonnelle, plus souvent désirée que la sensation sexuelle en elle-même ». Et il précise :

> « On ne saurait parler de sexualité sans souligner l'importance des liens affectifs et de la relation amoureuse. […] Vie sexuelle et vie affective sont fortement associées. La revendication des personnes handicapées est avant tout d'accéder à cette vie affective. »

Si chacun s'accorde à penser que la sexualité dépasse la notion d'acte sexuel, il est téméraire de sous-entendre qu'il n'y a pas de sexualité sans amour ! Affirmer que le sexe et les sentiments sont indissociables est un postulat critiquable. Il est tellement plus simple de répondre qu'une demande de sexualité cache en fait une demande affective. Le raisonnement est un peu court et exclut la demande érotique globale [53]. Enfin, le CCNE néglige tout un pan de la demande lorsque « pour la personne atteinte d'un lourd handicap moteur, il peut y avoir une impossible "technique" qui rend difficile

50. Vialla, F. (2011), « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale », *Revue droit & santé*, n° 45, p. 23-35 – Py, B. (2017), « La question de l'assistance sexuelle », *in* Ferreol, G. et Maurice S. (dir.), *Handicap et sexualité*, EME éditions, p. 103-106.

51. www.ccne-ethique.fr/upload/avis*118.pdf. Le CCNE avait rendu les avis 49 et 50 du 3 avril 1996 relatifs à « la contraception chez les personnes handicapées mentales » et à la « stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive ».

52. Py, B. (2013), « Commentaire de l'avis CCNE n° 118 Vie affective et sexuelle des personnes handicapées : Question de l'assistance sexuelle, Des Sexualités et des Handicaps, Questions d'Intimités », *in* Giami, A., Py, B., Toniolo, A.-M. (dir.), *Des sexualités et des handicaps : questions d'intimité*, Nancy, PUN, p. 325-349 – Thierry, J.-B. (2013), « Les paradoxes de l'avis du CCNE sur l'assistance sexuelle », *Revue Juridique Personnes et Famille*.

53. « Les personnes présentant un handicap mental ont en général plus de problèmes relationnels que de problèmes sexuels. » CCNE, avis n° 118. Le CCNE trahit sa conception morale rigoriste en évoquant les affres de la pornographie. « La très grande exposition dès le plus jeune âge à la pornographie, que l'on soit handicapé ou non, est d'ailleurs en soi une cause de distorsion de la représentation de la sexualité. Il y a là un problème grave, qui déborde le cadre de cet avis, mais sur lequel notre société devrait réfléchir. » Outre que l'accès à la pornographie n'est pas en soi illégal et que son impact fait l'objet de controverse. Leonhard, J. (2011), Essai sur la pornographie pénalement prohibée, Thèse Nancy, à paraître LGDJ.

l'accès au corps, le sien ou celui d'autrui ». La demande formulée est généralement une aide à la masturbation [54]. Or, à part Woody Allen [55], personne ne relie masturbation et relation affective... La doctrine véhiculée par le CCNE est critiquable parce qu'elle lie indissociablement sexualité et affectivité. « L'argument psychologique disant que le sexe avec amour est plus gratifiant que le sexe sans amour n'est pas vraiment fondé [56]. »

4 L'émergence de nouvelles limites à la liberté sexuelle

Étudier le cadre juridique des limites de la liberté sexuelle conduit à se pencher sur le Droit applicable avant la loi du 13 avril 2016, avant d'étudier le Droit depuis la loi du 13 avril 2016.

Plusieurs pays (la République fédérale d'Allemagne, le Royaume de Danemark, le Royaume des Pays-Bas), ont mis en place des mécanismes de réponse à l'expression du désir sexuel des personnes en situation de handicap par l'implication d'assistants sexuels [57]. La Confédération suisse a perfectionné cette réponse en sélectionnant et en formant des assistants sexuels des deux sexes [58]. L'assistance sexuelle y est pratiquée comme une activité reconnue [59]. La question se pose de savoir si ces assistants se livrent ou non à une forme de prostitution [60]. La réponse est positive sans équivoque possible aux yeux du Droit français. Ce qui explique que l'assistance sexuelle se développe dans des pays dans lesquelles la législation est différente du Droit français, c'est-à-dire dans

54. Après avoir exalté le besoin d'affection, le CCNE se contredit magistralement en recommandant la formation des personnels soignants et éducatifs sur la sexualité, y compris sur « l'accès à des moyens mécaniques de satisfaction sexuelle ». La manipulation d'un *sex-toy* comme seul horizon de progrès est une piètre ambition. Imaginons la définition d'un projet de vie dans lequel le chapitre sexualité connaîtrait deux cases : avec ou sans godemiché... »

55. « *Don't knock masturbation. It's sex with someone you love* » (« Ne te moque pas de la masturbation. C'est faire l'amour avec quelqu'un qu'on aime »). Allen, W. (1977), Dialogue du film *Annie Hall*.

56. Ogien, R. (2014), *Philosopher ou faire l'amour*, Grasset.

57. Thierry, J.-B. (2011), « Libres propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », *in.* Deffains, N. et Py. B (dir.), *Le sexe et la norme*, Nancy, PUN, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

58. « En Suisse romande, il existe une formation (en partie subventionnée par l'État) en assistance sexuelle et ce, depuis 2008. Cette assistance s'adresse aux personnes en situation de handicap physique. En Suisse allemande, il existe aussi des personnes formées proposant un service d'accompagnement sexuel pouvant aller jusqu'à l'acte sexuel. Ces deux associations suisses (*PRO INFIRMIS* pour la Suisse allemande et *SEXUALITÉ ET HANDICAPS PLURIELS* pour la Suisse romande) sont d'ailleurs en partenariat avec des associations de "professionnels du sexe" – Aspasie et Fleur de pavé – qui font en sorte de faire reconnaitre et défendre une prostitution indépendante et reconnue, inscrite légalement au registre du commerce. Cependant, il est à préciser que la loi LProst (10447)- I2 49 sur la prostitution, votée en décembre 2009 par le Grand Conseil de la République et Canton de Genève dispose que "les assistants sexuels pour personne handicapée au bénéfice d'une formation adéquate n'entrent pas dans le champ d'application de la présente loi". Une distinction entre les deux professions est bien opérée. » Banic, M. (2012), *L'assistance sexuelle et la prostitution*, mémoire Master 2 sciences criminelles, Nancy, p. 23-24.

59. *cf.* Nina de Vries, accompagnatrice sexuelle en Allemagne, in Nuss, M. (dir.) (2008), *Handicaps et sexualités. Le livre blanc*, Dunod. – Aghte-Diserens C. et Vatré, F. (2012), *Assistance Sexuelle et handicaps, au désir des corps, réponses sensuelles et sexuelles avec créativité*, 2e éd., Chronique Sociale, coll. « Comprendre les personnes ».

60. Legardinier, C. (2008), « Handicap : accompagnement sexuel ou prostitution ? », Prostitution et Société, n ° 160, janvier-mars.

des pays réglementaristes, ayant organisé l'activité prostitutionnelle ce qui n'est plus le cas de la France depuis 1946 [61].

La possibilité de trouver un partenaire sexuel au-delà du cercle affectif de l'entourage ne transgresse aucun texte juridique. Le Droit français ne sanctionnant pas l'acte prostitutionnel, avoir recours aux amours tarifés ou non, d'un partenaire qui par intérêt ou par altruisme accepte de satisfaire la libido d'un demandeur, n'est pas interdit. La prostitution n'est ni prohibée, ni encadrée, elle est donc libre en France. L'acte prostitutionnel quoique considéré à de nombreux égards comme blâmable par le droit pénal, n'est pas en soi punissable, vu l'absence de texte d'incrimination. Tout individu ayant le choix de sa sexualité peut librement décider de monnayer ses faveurs. La prostitution est l'objet d'un simple blâme moral qui n'est pas une sanction pénale [62]. La prostitution, comme le suicide, est un acte déviant et non délinquant tant qu'elle ne concerne que l'usage d'une liberté privée, non attentatoire aux droits des tiers. Il ne fait aucun doute que, sur le plan juridique, l'assistance sexuelle, y compris par massage érotique sans pénétration est une forme de prostitution, et alors [63] ? La véritable question est là. Toute personne valide peut aujourd'hui librement recourir aux services marchands de professionnels du sexe [64]. Toute personne en situation de handicap ne le peut pas faute de capacité de déplacement ou de communication.

La difficulté juridique repose sur l'infraction de proxénétisme qui sanctionne différents comportements dont le fait : « De faire office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite ou rémunère la prostitution d'autrui [65]. » Aussi faut-il mettre en garde les proches comme les personnels qui œuvrent à un rapprochement des personnes handicapées demandeuses d'activités sexuelles avec des personnes qui se prostituent. Le risque pénal s'élève à sept ans d'emprisonnement et il est indifférent au fait que l'entremetteur soit bénévole et ne tire aucun profit de l'infraction. Les peines sont encore plus sévères (dix ans d'emprisonnement), pour qui tolère que la prostitution s'exerce dans un local d'un établissement qu'il gère ou exploite [66]. Le paradoxe et/ou l'hypocrisie sont donc aujourd'hui les suivants : la personne handicapée peut recourir sans risque juridique à une prostituée (même si on l'appelle assistance sexuelle) en revanche celui qui faciliterait cette rencontre entre offre et demande serait un délinquant [67]...

61. Py, B. (2006), « Prostitution, racolage, proxénétisme, *Rép. Pén. Dalloz.* – Py, B. (2011), « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *Revue droit &* santé, n° 40, éditorial, p. 105-106.

62. Py, B. (1999), *Le sexe et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », p. 74-75.

63. « La prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui. » Cass.crim. 27 mars 1996, Pourvoi n° 95-82.016, Bull.crim.n° 138 ; Droit pénal, n° 182 obs. Veron, M – Rev.sc.crim.1996, obs. Mayaud, Y, p. 853.

64. « En matière de sexualité des personnes handicapées, le Comité consultatif national d'éthique ne peut discerner quelque devoir [...] en dehors de la facilitation des rencontres et de la vie sociale. » CCNE, avis n° 118 : « Au risque de choquer moralement, la vie sociale englobe la possibilité de rencontrer un(e) travailleur(euse) du sexe », Py, B. (2011), « L'assistance sexuelle aux personnes handicapées : un service ? Un soin ? Un délit ? », *Revue Droit et santé*, n° 40, mars, éditorial.

65. C. pén., art. 225-6-1° .

66. C. pén., art. 225-10-2° .

67. Py B. (2014), « L'acte prostitutionnel : du blâme moral à la répression pénale », *Les cahiers du droit de la* santé, n° 18 Corps et patrimoine, p. 301-313.

Le premier obstacle à l'émergence d'une assistance sexuelle et/ou d'un accompagnement érotique en France, découle des opposants à cette pratique, qui contestent l'utilité générale de l'assistance. « La reconnaissance de la sexualité des personnes handicapées comporte des aspects que la seule assistance sexuelle n'est pas à même d'appréhender [68]. » Ce diagnostic est pertinent dès lors que l'on admet avec eux que l'assistance sexuelle n'a pas l'ambition d'être la panacée, réglant d'un coup de baguette magique l'ensemble des questions de désir et de libido des personnes en situation de handicap. Ces auteurs considèrent que la prostitution ne suffit pas à répondre aux demandes, soit. Mais surgit alors une problématique de toute autre ampleur, qui repose sur la volonté de certains d'interdire la prostitution. Or, ayant démontré que l'assistance sexuelle était une forme de prostitution, si celle-ci venait à être interdite, l'assistance sexuelle deviendrait juridiquement prohibée.

Un courant contemporain entend supprimer, éradiquer, abolir la prostitution [69]. Une résolution a même été adoptée par l'Assemblée nationale le 6 décembre 2011 [70] qui a voté en première lecture le 29 novembre 2013 pour une pénalisation du recours à toute forme de prostitution [71]. Après un processus long et polémique, la loi a été adoptée : Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées [72]. On notera que les partisans de cette pénalisation s'auto-intitulent « abolitionnistes », terme d'ordinaire réservé aux réformateurs en lutte pour abolir un mécanisme juridique ou une sanction pénale comme les combattants contre l'institution de l'esclavage ou les partisans de l'abrogation de la peine de mort. L'abolitionnisme, comme le souligne le *Trésor de la langue française* [73] a pour but de supprimer une loi. Or, les initiateurs des propositions de loi contemporaines visent à réprimer des faits. Il s'agit donc, littéralement, d'une démarche prohibitionniste. La nuance n'est pas mince.

---

68. Thierry, J.-B. (2011), « Libres propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », *in* Deffains, N. et Py. B (dir.), *Le sexe et la norme*, PUN, p. 311.

69. L'appel « Abolition 2012 » lancé en novembre 2011 par plus de 45 associations, le rapport Danielle Bousquet-Guy Geoffreoy de 2011 sur la prostitution en France et la volonté de la ministre des Droits des femmes, Najat Vallaud-Belkcem, d'abolir la prostitution. http ://blogs.mediapart.fr/edition/les-batailles-de-legalite/article/170712/l-abolition-de-la-prostitution-un-projet-de-so. http ://www.abolition2012.fr/documents/appelHDfinal-3.pdf.

70. http ://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0782.asp.

71. « Le débat à l'Assemblée nationale sur la proposition de loi visant à sanctionner les clients de prostituées a démarré vendredi 29 novembre 2013. Les députés ont adopté dans la nuit la pénalisation des clients, mesure phare de la proposition. Ils ont voté à main levée la disposition la plus controversée du texte, celle qui punit l'achat d'actes sexuels d'une contravention de 1 500 euros. Le texte dans son ensemble sera voté le 4 décembre. En cas de récidive, l'infraction deviendra un délit puni d'une peine d'amende 3 750 euros. » http ://www.leparisien.fr/politique/loi-sur-la-prostitution-le-debat-s-ouvre-dans-un-hemicycle-quasi-desert-29-11-2013-3361543.php – Clément, É. (2015), « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs. Étude à l'occasion de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel », *Revue de sciences criminelles*, p. 813-825 – Ghelfi-Tastevin, F. (2015), Commentaire de l'avis de la commission nationale consultative des droits de l'homme sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel, assemblée plénière du 22 mai 2014, *Journal de médecine légale*, p. 25.

72. J.O. 14 avril 2016. Déposée à l'Assemblée nationale le 10 octobre 2013 par Bruno Le Roux et plusieurs de ses collègues, la proposition de loi avait été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 décembre 2013 et en première lecture, avec modifications, par le Sénat le 30 mars 2015. En deuxième lecture, elle avait été adoptée à l'Assemblée nationale avec modifications le 12 juin 2015 et au Sénat, avec modifications, le 14 octobre 2015. Après constat de désaccord en commission mixte paritaire, la proposition de loi avait été adoptée en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale le 3 février 2016, puis par le Sénat avec modifications le 10 mars 2016. http ://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/systeme*prostitutionnel*renforcement*lutte.asp.

73. http ://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe ?8 ;s=1520789145

Un des arguments les plus forts est d'affirmer que nul ne se prostitue par choix et qu'il y a donc lieu de créer une législation pour réprimer le client qui paie pour obtenir une prestation sexuelle d'une personne non-libre. Cette posture morale se vérifie probablement dans une grande majorité des cas [74]. Mais l'argument juridique ne tient pas dès lors qu'on ouvre un Code pénal pour y constater que toutes les formes d'incitation à la prostitution étaient d'ores et déjà prohibées sous la qualification de proxénétisme [75]. La législation en vigueur permettait de réprimer vigoureusement l'exploitation de la prostitution et surtout la traite des êtres humains en vue de les forcer à se prostituer [76]. La loi du 5 août 2013 ayant déjà renforcé les peines applicables au fait de traite des êtres humains en vue de les astreindre à une soumission sexuelle payante ou non [77]. La proposition de loi visant à pénaliser le client ne visait donc pas à lutter contre la prostitution forcée [78]. L'objectif annoncé est d'abolir toute forme de prostitution, consentie ou non, libre ou forcée [79].

La loi du 13 avril 2016 introduit un nouvel article 611-1 dans le Code pénal sous un chapitre intitulé ; Interdiction de l'achat d'un acte sexuel. L'infraction nouvelle est une contravention de la 5^{e} classe punie de 1 500 euros d'amende :

> « [...] le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe [80]. »

Désormais, le client est un contrevenant, tandis que le professionnel reste impunissable [81]. « Ainsi, une activité totalement légale (se prostituer) génère un acte parfaitement illégal et pénalement réprimé (avoir recours aux services d'une prostituée [82]) ! » Concernant le client en situation de handicap, la loi ne prévoit aucun obstacle juri-

74. Darsonville, A. (2014), « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », *Dalloz-actualité.fr* ; Mistretta, P. (2014), « Converser avec une personne prostituée deviendra pénalement risqué », *Dalloz-actualité.fr*.

75. Est puni de sept ans d'emprisonnement le fait : « D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire. » C. pén., art. 225-5. Le proxénétisme est puni de 20 ans de réclusions lorsqu'il est commis en bande organisée (C. pén., art. 225-8). Il est puni de la réclusion à perpétuité lorsqu'il y a recours à des actes de torture et de barbarie (C. pén., art. 225-9).

76. Py, B. (2006), Prostitution, racolage, proxénétisme, *Rép. Pén. Dalloz*.

77. C. pén., art. 225-4-1, *A.J. Pénal Dalloz*, oct. 2013, n° 10.

78. Mistretta, P. (2013), « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP*, n° 42, p. 1874.

79. Py B. (2014), « L'acte prostitutionnel : du blâme moral à la répression pénale », *Les cahiers du droit de la* santé, n° 18 Corps et patrimoine, p. 301-313.

80. C. pénal, art. 611 créé par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

81. Casado, A. (2016), « Brèves remarques à la lecture de la loi n2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées », *Droit pénal*, n° 6, étude 12 – Morvan, P. (2016), « Quand le « cave » devient délinquant : la pénalisation des clients de prostitué(e)s », *JCP-G*, p. 841.

82. Garderes, N., « Loi sur la pénalisation du client : une aberration juridique », http ://www.lefigaro.fr/vox/societe/2016/04/05/31003-20160405ARTFIG00222-loi-sur-la-penalisation-du-client-une-aberration-juridique.php.

dique, aucun fait justificatif, aucune excuse. Le client, fut-il handicapé, est désormais un délinquant ordinaire.

À défaut de saisine du Conseil constitutionnel, la loi a été publiée au journal officiel et est donc applicable depuis le 15 avril 2016 minuit. Quelques premières applications sporadiques sont relevées par la presse, comme à Fontainebleau en mai [83] ou dans le bois de Boulogne en juin [84]. Est-ce à dire que le débat serait clos ? Certes pas. Dans l'hypothèse d'une condamnation, un justiciable pourrait formuler une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Nombreux sont les arguments qui pourraient être invoqués, tels que l'insuffisante précision de l'incrimination au regard du principe de la légalité criminelle, l'atteinte disproportionnée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et surtout l'intrusion exagérée dans la vie privée de majeurs consentants. Ce dernier argument est certainement le plus fort au regard des règles supranationales. On rappellera par exemple que la Cour de Justice de l'Union européenne qualifie la prostitution d'activité économique indépendante [85] mais surtout que la Cour européenne des droits de l'Homme dans son célèbre arrêt *KA et AD* contre Belgique énonce :

> « La faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps. »

Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité [86] ». Nous pensons que la loi du 13 avril 2016 est l'illustration d'une posture morale. L'incrimination d'une relation sexuelle entre adultes consentants au seul motif qu'il y aurait rémunération, serait probablement considéré par la CEDH comme une ingérence non justifiée dans la vie privée. L'application de l'article 611-1 du Code pénal issu de la loi du 13 avril 2016 pourrait valoir à la France une condamnation par la CEDH sur le fondement d'une violation de l'article 8 de la convention.

Le postulat fondamental des partisans de la prohibition de toute forme de prostitution est le suivant : « Parce que tout acte sexuel non désiré constitue une violence » (*sic*). Autrement dit, ce mouvement contemporain prétend affirmer qu'il ne doit plus y avoir

83. Braik, A., « Le client d'une prostituée verbalisé », http ://www.larepublique77.fr/2016/05/02/le-client-d-une-prostituee-verbalise/

84. Hussonnois-Alaya, C., « Pénalisation des clients de prostituées : de premières condamnations… symboliques », http ://www.bfmtv.com/societe/penalisation-des-clients-de-prostituees-premieres-condamnations-997164.html.

85. CJUE 20 novembre 2001, *Jany c/ Pays-Bas*, C-268/99.

86. CEDH, *E K.A. ET A.D.* c/ Belgique, 17 février 2005, § 83 et 84 – Roman, D. (2005), « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *Recueil Dalloz*, p. 1508 – Marguénaud, J.-P. (2009), « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 49.

à l'avenir de sexe sans désir [87]. Ou, plus radicalement encore, que l'acte sexuel sans désir devrait être qualifié de violence, ce qui justifierait sa répression. Cette posture heurte le juriste qui ne confond pas consentement et mobile. Si le consentement libre et éclairé, manifestation de l'autonomie de la personne, est un critère juridique (mariage, contrat, acte médical, sexualité, etc.), le mobile ou cause subjective est, et doit rester, indifférent. Pourquoi untel consent-il à se marier, à contracter, à se faire opérer ou à lutiner ? Cela est indifférent dès lors qu'il exprime un réel consentement. La sexualité est toujours une question de consentement, lequel est parfois seulement motivé par le désir. Faire du désir un critère de licéité supposerait de créer une police du désir, des experts du désir et un jour… des juges du désir…

L'étude de cette question, est doublement transgressive puisqu'elle heurte deux tabous classiques : le sexe et l'argent. L'encadrement juridique de la prostitution est un enjeu politique dans ce sens qu'il illustre un glissement contemporain prétendant confier au législateur la mission de gouverner les mœurs fut-ce en édictant des lois qui s'insinuent jusqu'au cœur de l'intimité des pratiques sexuelles individuelles, mêmes librement consenties.

> « Sous prétexte de lutter contre les réseaux, c'est la prostitution qu'on veut anéantir. L'État n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus, à dire ce qui est bien ou mal. Où commence et où finit la prostitution ? Combien de femmes ou d'hommes sont en couple pour l'argent ? Personne ne songe à aller y voir. On ne parle jamais de la prostitution masculine. Il y a aussi une misère sexuelle féminine et des femmes qui font appel à des prostitués. Il n'est plus alors question de domination masculine dénoncée par les auteurs de la loi [88]. »

Il faudrait rappeler aux beaux esprits qui parent la loi de toutes les vertus, qu'on sait depuis Montesquieu qu'il est vain, voire tyrannique de vouloir changer les mœurs par la loi [89]. L'avenir n'est pas écrit. La loi a été votée. La jurisprudence nous éclairera sur la manière dont elle sera appliquée… ou pas ! La fréquentation des professionnels du secteur médico-social et des usagers laisse à penser que l'expression du désir est un fait de société et que ce mouvement est irréversible. Les tendances répressives l'emporteront-elles sur les courants plus progressistes ? Nul ne peut le deviner. Mais

87. Déjà Paul Ricoeur s'étonnait de ces discours exclusivement élogieux de l'amour… Ricoeur, P. (2008), *Amour et justice*, Points-seuil, p. 18.

88. « L'État n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus », Badinter, E, *cf.* Dupont, G. (2013), « Prostitution : "L'État n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus" », Le Monde.fr.

89. « Nous avons dit que les lois étaient des institutions particulières et précises du législateur, et les mœurs et les manières des institutions de sa nation en général. De là, il suit que, lorsque l'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois, cela paraîtrait trop tyrannique : il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières. Ainsi, lorsqu'un prince veut faire de grands changements dans sa nation, il faut qu'il réforme par les lois ce qui est établi par les lois, et qu'il change par les manières ce qui est établi par les manières : et c'est une très mauvaise politique, de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières. La loi qui obligeait les Moscovites à se faire couper la barbe et les habits, et la violence de Pierre Ier qui faisait tailler jusqu'aux genoux les longues robes de ceux qui entraient dans les villes, étaient tyranniques. Il y a des moyens pour empêcher les crimes, ce sont les peines : il y en a pour faire changer les manières, ce sont les exemples. […] En général, les peuples sont très attachés à leurs coutumes ; les leur ôter violemment, c'est les rendre malheureux : il ne faut donc pas les changer, mais les engager à les changer eux-mêmes. Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique. La loi n'est pas un pur acte de puissance ; les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort ». Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre XX, extrait du chapitre XIV.

un indestructible optimisme nous incite à espérer que les juges se souviennent que le Droit est un instrument de défense de la Liberté. Or, l'accompagnement sexuel ne nuit pas à autrui [90] et n'est pas nuisible à la Société [91].

90. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

91. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, art. 5 : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »