Handicap, vers un droit à l'accompagnement sexuel ? Même pas en rêve...

Bruno Py

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

Résumé : 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. 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. Plusieurs pays étrangers ont mis en place des mécanismes de réponse à l'expression du désir sexuel des personnes en situation de handicap par l'implication de professionnels, qualifiés d'assistants ou accompagnants sexuels/érotiques. La France n'a pas adopté ce dispositif qui est purement et simplement assimilé à la prostitution. La prostitution n'est ni prohibée, ni encadrée, elle est donc libre en France, vue l'absence de texte d'incrimination. Tout individu ayant le choix de sa sexualité peut librement décider de monnayer ses faveurs. 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. » (C. pén., art. 225-6-1°.) Pire encore, la loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées à créer une contravention de 5^{e} classe pour réprimer les clients de la prostitution. Au bilan, dans l'état actuel du Droit français, l'assistance ou l'accompagnement sexuel ne tombe pas sous le coup de la loi. En revanche, le proche ou le professionnel qui joue les entremetteurs avec un client est un proxénète qui risque la prison et le client, fut-il en situation de handicap, est un contrevenant risquant une amende.

Mots-clés : assistance sexuelle, accompagnement érotique, prostitution, proxénétisme, répression

« 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

Partant du postulat que « le désir s'exprime par la caresse comme la pensée par le langage [1] », il est très important de verbaliser et même d'écrire pour penser la sexua-

1. 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.

lité. 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 [2].

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 [3].

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 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 CEDH. 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 [4] ». La nuance est essentielle [5].

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.) [6]. Et c'est là que la question devient cruciale. Que signifie l'autonomie juridique lorsqu'un être humain n'a pas d'autonomie corporelle [7] ? Que signifie la liberté sexuelle pour celui qui dépend de son entourage pour accéder à des images, des objets ou des caresses ?

2. Ogien, R. (2014), *Philosopher ou faire l'amour*, Grasset – Giami, A. (2005), « Santé sexuelle : la médicalisation de la sexualité et du bien-être », *Comprendre (revue de philosophie et de sciences sociales),* n° 6, p. 97-115.

3. Vivant, M. (2015), « La morale du Carlton », *D.*, p. 1265.

4. Pichard, M. (2018), « La sexualité, objet d'un "droit à" ? », *in* Cartier, E., Giami, A. et Leuzzi, C. (dir.), *Sexualités, autonomie et handicaps : freins et perspectives*, LEH, p. 83-98.

5. Giami, A., Toniolo, A.-M. et Py, B. (2013), *Des sexualités et des handicaps : questions d'intimité*, PUN – Py, B. (2016), « Le droit à l'orgasme », *in* RERDH (dir.), *Le droit au bonheur*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », p. 55-80.

6. Nuss, M. (2008), *Handicaps et Sexualités* : *le livre blanc*, Dunod.

7. Marguénaud, J.-P. (2013), « L'autonomie personnelle en matière de sexualité », *in* Giami, A., Toniolo, A.-M. et Py, B. (dir.), *Des sexualités et des handicaps : questions d'intimité*, PUN, p. 59.

L'accompagnement sexuel est parfois une demande et il est nécessaire de rappeler que l'accompagnement sexuel ne tombe pas sous le coup de la loi [8].Toutefois, ce constat peut être considéré comme insuffisant et il est utile de se demander si l'accompagnement peut devenir un droit [9] ? Autrement dit, l'étude de la situation de fait (1.), justifiera l'analyse du contexte de Droit (2.).

1 Les faits : handicap et libido

Sur le plan factuel, il semble éclairant de distinguer le désir (1.1.) et l'expression du désir (1.2.).

1.1 Un désir

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 [10]. 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 [11]. 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 ? Certains pensent que oui et s'engage dans une démarche militante de promotion de l'accompagnement sexuel [12].

Comme chacun peut l'imaginer, les personnes en situation de handicap ne dérogent pas à la norme sur le plan du désir sexuel [13]. « On parle de norme en matière de sexe comme en d'autres ; mais la normale exprime une vérité statistique – un point c'est tout – ce qui est vrai pour la grande masse de l'humanité [14]. » Les handicapés désirent, convoitent, fantasment. S'il peut exister des hypothèses de gêne physiologique

8. Py, B. (2018), « Sexe, normes et liberté », *in* Cartier, E., Giami, A. et Leuzzi, C. (dir.), *Sexualités, autonomie et handicaps : freins et perspectives*, LEH, p. 51-65.

9. « 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 », Deffains, N. et Py, B. (dir.), *Le sexe et la norme*, PUN.

10. « 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. (1963), *Le Couple*, Grasset, p. 215 – Py, B. (2016), « Le droit à l'orgasme », *in* RERDH (dir.), *Le droit au bonheur*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques & Essais », p. 55-80.

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

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

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

14. 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.

à l'accomplissement de telle ou telle activité sexuelle, la question principale est celle de la rencontre d'un partenaire consentant. La personne handicapée désireuse 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 [15]. » L'isolement à domicile, et les fonctionnements institutionnels, aggravent cette pénurie relationnelle [16]. 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 Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) :

> « 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 [17]. »

La question de la médicalisation de la sexualité [18] a acquis une grande visibilité publique et médiatique avec l'émergence de nouveaux traitements pharmacologiques des troubles sexuels [19]. 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 [20], ce postulat ne saurait affranchir les professionnels de la santé des critères ordinaires d'appréciation de l'indication médicale [21]. Par ailleurs, le choix 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 [22]. Quant aux acteurs de cette prise en charge médicalisée, l'heure n'est pas encore à demander aux

15. 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.

16. Giami, A. et de Colomby, P. (2008), « Relations sociosexuelles des personnes handicapées vivant en institution ou en ménage : une analyse secondaire de l'enquête. Handicap, incapacités, dépendances (HID) ». ALTER, *Revue européenne de recherche sur le handicap,* n° 2, p. 109-132.

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

18. Py, B. (2013), « La médicalisation de la sexualité », *Mélanges Marie-France Callu*, LexisNexis, p. 353-364.

19. 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.

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

21. 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.

22. Py, B. (2011), *La pudeur et le soin*, PUN.

professionnels de santé de devenir des techniciens des activités sexuelles [23]. Le soignant lave, touche, masse, mais ne sensualise pas [24]. 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 [25].

1.2 Une expression du désir

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 [26]. 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 [27]. La demande de sensualité est plus courante que la demande explicite de sexualité [28].

> « 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 préfère souvent oublier. Elles peuvent pourtant être essentielles au mieux-

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

24. « Celui qui a peur du pubis caresse le nombril », Massan Makan Diabaté (1988), *Une hyène à jeûn*, Hâtier.

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

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

27. « 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.

28. 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.

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 [29]. »

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 a rendu public le 4 octobre 2012 un avis très discuté : « Vie affective et sexuelle des personnes handicapées, Question de l'assistance sexuelle [30]. *» Cet avis est nettement défavorable à la mise en place d'une assistance sexuelle* [31]*. 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* [32]*. 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 l'accès au corps, le sien ou celui d'autrui* ». La demande formulée

29. Vialla, F. (2011), « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale *», Revue droit & santé*, n° 45, p. 23-35.

30. 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 ».

31. 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 », Giami, A. (dir.), PUN, p. 325-349 – Thierry, J.-B. (avril-mai 2013), « Les paradoxes de l'avis du CCNE sur l'assistance sexuelle », *Revue Juridique Personnes et Famille*.

32. « 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.

est généralement une aide à la masturbation [33]. Or, à part Woody Allen [34], 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 [35]. »

2 Le Droit : handicap et sexualité

Étudier le cadre juridique des liens entre handicap et sexualité conduit à se pencher sur le Droit applicable avant la loi du 13 avril 2016 (2.1.), avant d'étudier le Droit depuis la loi du 13 avril 2016 (2.2.).

2.1 Le Droit français avant la loi du 13 avril 2016

Plusieurs pays (Allemagne, Danemark, Hollande), 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 [36]. La Suisse a perfectionné cette réponse en sélectionnant et en formant des assistants sexuels des deux sexes [37]. L'assistance sexuelle y est pratiquée comme une activité reconnue [38]. La question se pose de savoir si ces assistants se livre ou non à une forme de prostitution [39]. La réponse est positive sans équivoque possible aux yeux du Droit français [40]. Ce qui explique que l'assistance sexuelle se développe dans des pays dans lesquelles la législation est différente du

33. 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...

34. « *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... », Woody Allen, Dialogue du film *Annie Hall*, 1977.

35. Ogien, R. (2014), *Philosopher ou faire l'amour*, Grasset, p. 241.

36. 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.

37. « 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.

38. *cf.* Nina de Vries, accompagnatrice sexuelle en Allemagne, in *Handicaps et sexualité : le livre blanc*, Dunod, 2008 – Agathe Diserens, C. et Vatre, F. (2012.), *Assistance sexuelle et handicaps, au désir des corps, réponses sensuelles et sexuelles avec créativité*, 2e éd. revue et corrigée, Chronique sociale.

39. Legardinier, C. (2008), « Handicap : accompagnement sexuel ou prostitution ? », *Prostitution et Société*, n ° 160.

40. Everaert-Dumont, D. (2018), « Questionnement du droit social au sujet de la reconnaissance juridique de l'assistant sexuel », Cartier, E., Giami, A. et Leuzzi, C. (dir.), *Sexualités, autonomie et handicaps : freins et perspectives*, LEH, p. 177-191.

Droit français, c'est-à-dire dans des pays réglementaristes, ayant organisé l'activité prostitutionnelle ce qui n'est plus le cas de la France depuis 1946 [41].

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. [42] 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 [43]. La prostitution, comme le suicide, est un acte déviant et non délinquant tant qu'il 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 [44] ? La véritable question est là. Toute personne valide peut aujourd'hui librement recourir aux services marchands de professionnels du sexe [45]. 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 [46]. » 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 [47]. Le paradoxe et/ou l'hypocrisie sont donc aujourd'hui les suivants : l'handicapé 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 [48]...

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

42. Casado, A. (2013), *La prostitution en droit français, étude de droit privé*, Thèse Paris 1.

43. Py, B. (1999), *Le sexe et le droit*, PUF, p. 74-75.

44. « 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* 1996, n° 182 obs. Veron, M . ; *Rev.sc.crim.*1996, p. 853, obs. Mayaud, Y.

45. « 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 & santé*, n° 40, p. 105-106.

46. C. pén., art. 225-6-1° .

47. C. pén., art. 225-10-2° .

48. Py, B. (2014), « L'acte prostitutionnel : du blâme moral à la répression pénale », *Corps & patrimoine*, n° 18 LEH, p. 301-313.

2.2 Le Droit français après la loi du 13 avril 2016

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 [49]. » 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 [50]. Une résolution a même été adoptée par l'Assemblée nationale le 6 décembre 2011 [51] qui a voté en première lecture le 29 novembre 2013 pour une pénalisation du recours à toute forme de prostitution [52]. 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 [53]. 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* [54] a pour but de supprimer une loi. Or, les initiateurs des proposi-

49. 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.

50. 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.

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

52. « 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, E. (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 (AN numéro 1437) », *RSC*, 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 – Fleuriot, C. (2016), « Prostitution : les députés adoptent à nouveau la pénalisation des clients », *Dalloz Actualité*.

53. 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.

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

tions de loi contemporaines visent à réprimer des faits. Il s'agit donc, littéralement, d'une démarche prohibitionniste. La nuance n'est pas mince.

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 [55]. 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 prohibée sous la qualification de proxénétisme [56]. 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 [57]. 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 [58]. La proposition de loi visant à pénaliser le client ne visait donc pas à lutter contre la prostitution forcée [59]. L'objectif annoncé est d'abolir toute forme de prostitution, consentie ou non, libre ou forcée [60].

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 5e 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 [61]. »

Désormais, le client est un contrevenant, tandis que le professionnel reste impunissable [62]. « Ainsi, une activité totalement légale (se prostituer) génère un acte parfaitement illégal et pénalement réprimé (avoir recours aux services d'une prostituée [63]) ! »

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

56. 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).

57. Py, B. (2006), « Prostitution, racolage, proxénétisme », *Rép. Pén. Dalloz*.

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

59. Mistretta, P. (2013), « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », *JCP* 2013-I-1063, p. 1874.

60. Py, B. (2014), « L'acte prostitutionnel : du blâme moral à la répression pénale », *Corps & patrimoine*, n° 18 LEH, p. 301-313.

61. 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.

62. Casado A. (2016), « Brèves remarques à la lecture de la loi n° 2016-444 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 – Parizot, R. (2016) « La prostitution, infraction sans texte », *RSC*, p. 373.

63. 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.

Concernant le client en situation de handicap, la loi ne prévoit aucun obstacle juridique, 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 [64] ou dans le bois de Boulogne en juin [65]. 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 supra-nationales. On rappellera par exemple que la cour de Justice de l'Union européenne qualifie la prostitution d'activité économique indépendante [66] 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 [67]. 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 considérée 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 [68] : « 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

64. http ://www.larepublique77.fr/2016/05/02/le-client-d-une-prostituee-verbalise.

65. http ://www.bfmtv.com/societe/penalisation-des-clients-de-prostituees-premieres-condamnations-997164.html.

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

67. CEDH, *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 », *D.*, p. 1508 – Marguénaud, J.-P. (2009), « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*.

68. Simard, D. (2018), « Sexualité et handicap : le concept de consentement face au dispositif de la sexualité », *in* Cartier, E., Giami, A. et Leuzzi, C. (dir.), *Sexualités, autonomie et handicaps : freins et perspectives*, LEH, p. 83-98, p. 141-154.

à l'avenir de sexe sans désir [69]. 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 [70]. »

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 [71]. 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

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

70. Badinter, E. (2013), « L'État n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus », *Le Monde* 19 novembre 2013.

71. « 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 et/ou érotique ne nuit pas à autrui [72] et n'est pas nuisible à la Société [73]. Pour l'heure, un droit à l'accompagnement sexuel et/ou érotique n'est pas encore une réalité, à peine un rêve, mais certainement une belle utopie.

> « Il est cependant un domaine où le plaisir et la joie se confondent indissolublement, c'est la sexualité, et c'est ce qui la rend incomparable [74]. »

72. 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.

73. 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.

74. Tournier, M. (1996), *Le miroir des idées*, Gallimard, coll. « Folio », p. 97.