Avant-propos

Alain Giami[1], Bruno Py[2]

[1] Directeur de recherche émérite, INSERM (CESP – U1018), Villejuif

[2] Professeur droit privé et sciences criminelles,
Université de Lorraine Nancy

« Les plaisirs des sciences sont susceptibles d'être partagés sans perdre de leur prix ; qu'ils tendent non seulement à rendre notre vie plus agréable, mais encore meilleure, et qu'un homme raisonnable est porté, par tous les motifs possibles d'intérêt et de devoir, à tourner son esprit vers des occupations qui seront pour lui les véritables moyens de pratiquer la vertu et de trouver le bonheur[1]*. »*

La question de l'association entre le Droit, les droits humains, la santé et la sexualité peut être traitée de différentes façons. Elle peut être traitée de façon cloisonnée par chacune des disciplines, chacune étudiant l'aspect des choses qui la concerne avec, éventuellement une incursion éventuelle dans le champ d'autres disciplines, sur des aspects périphériques par rapport au point de vue principal de l'auteur. Ce qui peut justifier, d'une part, le fait que des juristes s'aventurent sur le terrain des sciences sociales ou politiques, de la morale ou encore de la sexologie, d'autre part, que des chercheurs en sciences sociales, des historiens ou des philosophes se risquent à évoquer, commenter ou même discuter des textes de loi ou des documents qui ont des contenus et une portée juridique. Bien évidemment chacun de ces points de vue a ses propres limites, mais c'est justement le fait de franchir ces limites qui a fait tout l'intérêt de notre projet.

1 Pourquoi s'interroger maintenant sur les droits sexuels ?

Le présent ouvrage s'inscrit dans l'actualité de ces dernières années avec notamment la publication en mars 2014 de la nouvelle *Déclaration des droits sexuels* (disponible en dix langues dont le français[2]). Cette déclaration a été publiée quelques semaines avant la réunion de la Commission sur la population et le développement des Nations unies (ICPD) (47e session, 7-11 avril 2014) au cours de laquelle la question des droits sexuels a pu être évoquée en commission de travail mais n'a pas été retenue comme objectif stratégique. La publication de la déclaration des droits sexuels de la WAS n'est

1. Brougham, H. P. (1828), *Discours sur le but, les avantages et les plaisirs de la science*, trad. N. Boquillon, p. 120. Paris, Éditions Audot.

2. World Association for Sexual health. (2014). *Déclaration des droits sexuels*. http ://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/

pas un événement isolé. Elle s'inscrit déjà dans la longue histoire de la politisation des questions sexuelles [3] et des tentatives de donner un fondement juridique international à l'expression des libertés sexuelles qui comprennent la possibilité d'avoir des relations sexuelles hors mariage, la possibilité de relations et pratiques sexuelles non reproductives, les libertés reproductives, c'est-à-dire le droit d'espacer les naissances, la lutte contre les violences sexuelles et les discriminations pénales et médicales contre les individus et les groupes LGBT et la reconnaissance des droits des personnes LGBT à la parenté, la filiation et au mariage. Une partie de cette histoire a pris naissance au début du XX^{e} siècle avec la Ligue mondiale pour la réforme sexuelle [4] et les travaux de René Guyon qui avait proposé une association entre les questions de sexualité, de santé et les droits humains, dans une perspective d'émancipation sociale [5].

2 Droits sexuels ou droits humains ?

Cette actualité s'est poursuivie avec la publication d'un document de travail de l'OMS intitulé *Sexual Health, Human Rights and the Law* (*La santé sexuelle, les droits humains et le Droit*) qui recentre la question de l'accès aux soins de santé sexuelle dans le giron des droits de l'Homme tout en réaffirmant la place centrale de la sexualité dans la réalisation du bien-être et le droit à « des relations sexuelles en toute sécurité et qui apportent du plaisir en l'absence de toute contrainte, discrimination ou violence [6] ». Ce document récent de l'OMS, institution internationale qui avait été, jusque là, l'un des fers de lance dans la conception et la promotion des droits sexuels, ne place pas la notion de droits sexuels au centre de sa réflexion et de son action. Ce document tente plutôt de rechercher les fondements des droits à la santé sexuelle et reproductive et à l'accès aux soins sexuels dans les législations nationales et internationales existantes et dans le corpus des droits humains et ne vise plus spécifiquement ni explicitement à la promotion des droits sexuels, en tant que domaine autonome. Ce document exprime aussi de façon très claire la traduction de la sexualité en santé sexuelle et le fait que la question des droits sexuels et des droits humains appliqués à la santé sexuelle porte beaucoup plus sur les questions de santé que sur les libertés sexuelles en soi. Même si l'on peut supposer que les droits à l'accès aux services de santé sexuelle peuvent contribuer grandement à une vie sexuelle satisfaisante, à l'abri des contraintes et de la violence. Placer ainsi les questions sexuelles et des droits sexuels sous l'égide de la santé et donc de l'OMS, parmi l'ensemble des institutions internationales et non gouvernementales parties prenantes de l'univers des « droits sexuels », contribue au renouvellement des formes de normalité et de normativité dans le domaine de la sexualité. C'est bien la Santé (telle qu'elle avait été définie dans le préambule de la constitution de l'OMS adoptée par la Conférence internationale de la santé, tenue à New York du 19 juin au 22 juillet 1946) qui devient l'un des principaux critères entrant dans la définition du bien-être en matière de sexualité.

3. Borillo, D. (2009). *Le droit des sexualités*. Paris : PUF. Fassin, E. (2009). *Le sexe politique. Genre et sexualité au miroir transatlantique*. Paris, Éditions de l'EHESS.

4. Tamagne, F. (2005). La Ligue mondiale pour la réforme sexuelle : La science au service de l'émancipation sexuelle ? ». *Clio*, 22, 101-121. Dose, R. (2003). The World League for Sexual Reform : Some Possible Approaches. *Journal of the History of Sexuality*, 12(1), 1-15.

5. Guyon, R. (1929). *La légitimité des actes sexuels*, Tome 1. Saint-Denis. : Imprimerie Dardaillon.

6. World Health Organization. (2015). *Sexual Health, Human Rights and the Law* : https ://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual*health/sexual-health-human-rights-law/en/

La publication de ce dernier document par l'OMS (2015) semble marquer un certain revirement stratégique dans la perspective de constitution du champ des droits sexuels qui constitue une tentative de créer un nouvel espace juridique spécifique à un ensemble de questions précises sur le modèle par exemple du droit de la santé. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, la clef de voûte est la notion d'autonomie personnelle. « Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. » À cet égard, « 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 [7] ». L'autonomie corporelle s'incarne dans le consentement, expression de la volonté individuelle, critère de licéité de l'acte de soins comme des activités sexuelles.

Cette situation ouvre donc de nouveaux questionnements parmi les acteurs impliqués dans les questions de santé sexuelle et reproductive. Faut-il renoncer à l'éclosion et au développement des nouveaux droits sexuels esquissés depuis une vingtaine d'années par un certain nombre d'organisations non-gouvernementales ? Ou au contraire revenir vers le concept de droits de l'Homme (droits humains) bien-fondés en droit dans les organisations et les traités internationaux et reconnus par la majorité des états membres des Nations unies ? Ces questionnements interpellent des acteurs de différentes catégories sociales, politiques et épistémiques qui manipulent ainsi simultanément des notions juridiques, des catégories médicales et psychologiques, des valeurs morales, et des propositions stratégiques de santé publique.

La tentation pluridisciplinaire était donc trop grande pour que les intervenants du colloque organisé à la Faculté de droit de Nancy, le 21 avril 2016 sous l'intitulé : « Droits de l'Homme et Sexualité : vers la notion de droits sexuels ? » ne s'engagent, ensemble, vers un approfondissement des échanges occasionnés lors de cette rencontre et mettent à la disposition des lecteurs intéressés le fruit de leurs travaux.

3 Dialogues interdisciplinaires

Comme l'a démontré Edgar Morin, la vertu de délimitation du champ de savoir de la logique disciplinaire a pour contrepoint l'hyperspécialisation et une tendance à la chosification de l'objet étudié, avec le risque d'oublier qu'il est à la fois extrait et construit :

> « La frontière disciplinaire, son langage et ses concepts propres vont isoler la discipline par rapport aux autres disciplines et par rapport aux problèmes qui chevauchent et traversent les disciplines. L'esprit hyperdisciplinaire va devenir un esprit de propriétaire qui interdit toute incursion étrangère dans sa parcelle de savoir [8]. »

7. CEDH, K.A. et A.D. c. Belgique 17 février 2005 ; *cf.* déjà au sujet de la fin de vie, CEDH, Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002.

8. Morin, E. (1990). Articuler les disciplines, *Actes du Colloque « Sur l'interdisciplinarité », du Comité national de la recherche scientifique* (« Interdisciplinarité »). Paris, Éditions du CNRS, p. 21-29.

L'interdisciplinarité est l'art de faire travailler ensemble des personnes ou des équipes issues de diverses disciplines scientifiques [9]. L'intérêt est à la fois intellectuel et humain. L'interdisciplinarité permet d'enrichir les réflexions, de confronter des approches différentes d'un même problème et d'envisager des solutions nouvelles. L'interdisciplinarité est un dialogue, alors que la pluridisciplinarité est une juxtaposition. L'interdisciplinarité est une réponse contemporaine nécessaire pour mieux appréhender un sujet dans sa « réalité globale » (approche holistique), mais sans une grande rigueur scientifique, elle comporte toujours le risque de l'approximation conceptuelle, de la confusion des concepts, voire de l'illusion de l'embrassement de tous les savoirs. Désormais, l'interdisciplinarité est reconnue comme nécessaire pour résoudre les questions globales et complexes (réchauffement de la planète, crise de santé publique, enjeux écologiques ou sociopolitiques, protections des données personnelles, etc.).

Compte tenu de la complexité des questions relatives à la sexualité qui comprend des activités corporelles, des activités mentales et émotionnelles, des relations entre personnes et toutes les régulations sociales, cadres sociaux et cadres juridiques – qui sont imposés aux relations interpersonnelles et aux relations à soi-même (« la dignité humaine »), des approches qui transcendent les frontières disciplinaires se sont imposées à nous. La question du cadre juridique des activités sexuelles justifie à l'évidence une approche interdisciplinaire.

4 Pourquoi le Droit se mêle-t-il de sexe ?

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 » – qui reste un mythe ou un fantasme tiré des récits des voyageurs égarés dans les contrées lointaines au XVIII^{e} siècle [10] – si paradisiaque qu'elle puisse sembler, est une source de conflits internes et de dangers externes pour toute collectivité d'êtres vivants. Selon Durkheim, elle est même considérée comme une sorte de chaos et de menace pour l'ordre social. Or, les fonctionnements corporels humains ne sont pas limités par des processus biologiques ou physiologiques. Il y a peu de freins biologiques (saison du rut, ovulation, gestation, vieillissement, maladies, etc.) à l'attractivité de l'accouplement [11]. C'est pourquoi il a été nécessaire d'instaurer des freins culturels pour organiser l'expression des 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 sexuelle. Toujours est-il que chez l'Homme, la sélection de partenaires, les démarches amoureuses et le rapprochement sexuel sont

9. Fleury, B., Walter, J. (2011). Interdisciplinarité, interdisciplinarités, Questions de communication, 19/2011. *In* Frédéric Darbellay, Vers une théorie de l'interdisciplinarité ? Entre unité et diversité, *Nouvelles perspectives en sciences sociales*, 7(1), octobre, 2011, p. 65-87.

10. Diderot, D. (1772). *Supplément au voyage de Bougainville.*

11. « Boire sans soif et faire l'amour en tout temps, Madame, il n'y a que ça qui nous distingue des autres bêtes », Pierre Augustin Caron de Beaumarchais (1732-1799), *Le Mariage de Figaro*, II, 21.

dictés par des règles culturelles qui peuvent inclure le droit, la religion, la médecine, les valeurs et même l'esthétique [12].

5 Le sexe et les normes juridiques

S'interroger sur « le sexe et la norme [13] », consiste à étudier 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 [14] la promotion des libertés individuelles [15]. Le modèle unique et hégémonique de vie conjugale hétérosexuelle et monogamique – la famille « légitime » – actuellement désigné à l'aide de la notion d'hétéronormativité, s'est vu remplacé par l'émergence de nouveaux choix de vie fondés sur la reconnaissance et l'épanouissement de pratiques et de relations différentes. À côté du couple marital hétérosexuel, de nouvelles formes de couples peuvent coexister sans déstabiliser la société, dans la mesure où ils ont été rendus légitimes au regard du Droit. Le point de levier de cette évolution est probablement la maîtrise médicale de la fécondité qui permet de dissocier l'acte sexuel de la reproduction et les possibilités offertes par la biomédecine de procréer en dehors de toute relation génitale. Après des millénaires de contrainte biologique l'être humain peut aujourd'hui jouir sans procréer et réciproquement, se reproduire sans acte sexuel. La première étape juridique fut franchie le jour où l'on abandonna le lien entre mariage et procréation [16]. La seconde, consista à admettre que la société n'a pas à craindre la diversité des modes de vie des citoyens, et que la liberté sexuelle est une composante de la liberté de développer une vie privée. Toutefois, les juristes savent depuis toujours, et en tous cas depuis 1789, que la liberté suppose des limites sans lesquelles, la notion même serait menacée [17]. En matière de sexualité, ces limites constituent principalement des remparts aux appétits des plus forts qui risqueraient d'entraver ou de nier la liberté des plus faibles. Néanmoins, au delà de cette protection, c'est d'interdits et de valeurs protégées dont il s'agit [18]. La législation comme la jurisprudence édifient une hiérar-

12. Py, B. (1999). *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, coll. « Que-sais-je ? ».

13. Deffains, N., Py, B. (2011). *Le sexe et la norme*. Nancy, Presses universitaires de Nancy, coll. « Santé, qualité de vie et handicap ».

14. « 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*.

15. « Au choix individuel s'oppose la force sociale de la norme juridique. » Jules Vuillemin, 1920-2001, *L'être et le travail*, PUF, 1949, p. 113.

16. « Si l'intention de procréer est nécessaire au mariage, il n'y a plus de place pour le mariage in extremis. Si le mariage n'est parfait que par la naissance, la conséquence logique est le divorce pour stérilité, et le danger pratique la stérilité volontaire pour se réserver une voie de plus vers le divorce. » Jean Carbonnier, Terre et ciel dans le droit français du mariage, in *Études Ripert, L.G.D.J.*, 1950, p. 334.

17. DDHC 26 août 1789, article 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. »

18. « Les interdits se présentent d'abord comme des freins à nos désirs. Mais ils limitent aussi notre violence, apportent la sécurité, donnent des repères, offrent en somme les conditions de la liberté en permettant des choix conscients. » Michel Fize, *Les interdits, fondements de la liberté*. Presses de la Renaissance 2004, 4e de couv.

chie des valeurs protégées. Le Droit n'est pas qu'une somme de normes désincarnées. Il est d'abord et avant tout le révélateur de l'intérêt général tel que le définit une société donnée à un instant donné. *Ubi societas, ubis jus*. Il n'y a pas de société, ni de justice sans droit.

6 Les scripts et scénarios de la sexualité

La nécessité sociale et même vitale des régulations sociales de la sexualité peut être pensée de deux façons. D'une part, dans la lignée des différents travaux de Freud [19] et de Durkheim [20], il y aurait une opposition entre l'état de nature, les instincts naturels des hommes (surtout) et des femmes et l'ordre social que la Morale et le Droit ont pour mission de réguler sous la forme de règles sociales et juridiques. D'autre part, les travaux de John Gagnon et William Simon sur les scripts et scénarios de la sexualité [21] et ceux de Michel Foucault sur les dispositifs de la sexualité [22] montrent comment cette relation peut être pensée comme une forme de construction sociale reléguant la « sauvagerie libidinale » des primitifs au rang de fiction, sinon de construction sociale. Ainsi dans une approche qui prend en compte les aspects juridiques et les droits humains comme éléments des régulations sociales de la sexualité, il s'est avéré intéressant de confronter les systèmes pratiques et de représentations juridiques avec certaines des dimensions médicales, sanitaires et psychologiques qui constituent les dispositifs modernes de la sexualité. La question se pose donc désormais de comprendre la place occupée par les dispositifs juridiques dans la construction sociale de la sexualité, ou comment les régulations juridiques sont *in fine* des constructions sociales.

7 Sur quels thèmes de la sexualité les juristes interviennent ?

Si la période actuelle est marquée par la prédominance de l'intérêt des juristes et des sciences humaines en général pour la notion de consentement, pour l'autonomie de la personne et de protection de la vie privée, ces thématiques ne sont pas les seules à intéresser les chercheurs de façon générale. Les débats souvent brûlants sur l'âge légitime pour avoir des rapports sexuels en pleine conscience, sur la clause de conscience des médecins en matière d'IVG et sur l'allaitement dans les lieux publics, sur les formes de procréation médicalement assistée, sur la définition du champ du harcèlement et des violences sexuelles, montrent que les esprits changent, ce qui n'est pas toujours synonyme de progrès. Les juristes se sont aussi emparés des questions de préjudice sexuel et de réparation, ou de la place de la sexualité comme composante de l'ordre public. Les évolutions récentes de la législation française, sur l'allongement des délais de prescriptions (Loi du 27 février 2017) et sur l'incrimination nouvelle mais floue de l'outrage sexiste (Loi du 03 août 2018) laissent à craindre l'émergence de restrictions des libertés sexuelles, au-delà de la répression d'actes délictueux. D'aucuns craignent que notre société, emportée par l'émotion de la révélation de certains comportements pour la plupart déjà illégaux, bouleverse certaines règles juridiques au

19. Freud, S. *Trois essais sur la sexualité* (1905).
20. Durkheim, E. (1911). *Sur l'éducation sexuelle*, Paris, Payot & Rivages, 2011, 144 p.
21. Simon, W. et Gagnon, J. (1986). Sexual scripts : Permanence and Change. *Archives of Sexual Behavior*, 15(2), 97-120. Gagnon, J. (2008), *Les scripts de la sexualité*. Paris, Payot.
22. Foucault, M. (1976), *La volonté de savoir*. Paris, Gallimard.

nom d'un nouvel ordre moral consistant à prohiber à tous ce qui peut ponctuellement gêner quelques-uns [23].

C'est dans ce contexte culturel et juridique que nous avons tenté de poser la question du droit et de la sexualité et de l'inclusion des droits de l'Homme (droits humains) dans ce contexte. Est-ce que la création d'un champ spécifique des droits sexuels sera à même de répondre aux questions qui se posent sur le rapport entre les libertés sexuelles et le respect du consentement ou, plus encore, de la dignité d'autrui ?

Puisse cet ouvrage convaincre le lecteur que le pire n'est jamais certain, et que la confrontation des disciplines génère de fructueuses réflexions, dont jaillissent des lumières chez les femmes et les hommes de bonne volonté.

23. « Une loi vague dans ses termes est un arsenal où chaque esprit de parti peut trouver tour à tour des armes dangereuses. Les partis cèdent et triomphent alternativement ; les majorités changent mais les lois restent. » Louis-Philippe de Ségur, *Pensées, maximes, réflexions (CCXLIII)*, Alexis Eymery, 1823, p. 77.