



HAL
open science

Qui peut décider de mon sexe, de ma dignité et de ma mort ? Réflexions sur la propriété de soi et autres tribunes pour la liberté

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Qui peut décider de mon sexe, de ma dignité et de ma mort ? Réflexions sur la propriété de soi et autres tribunes pour la liberté. 2022. hal-03637427

HAL Id: hal-03637427

<https://hal.science/hal-03637427>

Preprint submitted on 11 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Qui peut décider de mon sexe, de ma dignité et de ma mort ?

Réflexions sur la propriété de soi et autres tribunes pour la liberté

Daniel BORRILLO

SOMMAIRE

I.- LA LIBERTÉ CORPORELLE

- La liberté de faire vivre
- La liberté de mourir
- La liberté sexuelle

II.- LA LIBERTÉ INTELLECTUELLE

- La liberté d'expression
- La liberté de la vie privée
- La liberté de la vie familiale

III.- LA LIBERTÉ CIVIQUE

- La liberté de se posséder
- La liberté de posséder
- La liberté de circulation

IV.- LA LIBERTE SANITAIRE

- Le dispositif bioéthique
- La liberté et la pandémie à VIH
- La liberté et la pandémie Covid-19

V.- LIBERTE ET RELIGION

- Libéralisme et catholicisme
- Neutralité éthique de l'Etat

VI.- LA LIBERTE ANIMALE

- L'esclavage animal
- La libération animale

Introduction

L'amour de la liberté émerge en moi lorsque j'ai eu la certitude que j'allais la perdre. Ce fut à la fin des années 1970, en pleine dictature militaire argentine¹, et plus tard pendant mes années universitaires quand, à coup de matraques, j'ai compris que la démocratie s'arrache à l'arbitraire du pouvoir et qu'elle n'est jamais définitivement acquise. Ce pourquoi, le droit de résistance à l'oppression et la liberté d'expression furent les deux piliers de ma construction politique.

Grace à la mobilisation populaire (et à Margaret Thatcher qui a su mettre un terme à l'offensive belliqueuse de la junte argentine), en 1983 Raul Alfonsín a été élu président de la république, la même année où sera découvert et isolé le virus du sida. C'est au cœur de cette pandémie que j'ai eu, pour la deuxième fois, le sentiment de me faire déposséder de ma liberté. Cette fois-ci, non pas au sein d'une démocratie naissante mais en France. J'étais venu en Europe pour préparer ma thèse de doctorat à l'Université de Strasbourg lorsque ma recherche fut télescopée par la mort de Pablo, mon meilleur ami, victime du « cancer rose », comme on appelait alors le VIH. A la douleur personnelle s'ajoutait l'indignation politique quand en 1987, Jean-Marie Le Pen proposa la création de « sidatoriums » pour enfermer ces « bombes virologiques » qui étaient les personnes séropositives. Depuis, je n'ai pas cessé de militer, non pas pour récupérer la liberté mais, cette fois-ci, pour ne pas la perdre. D'abord au sein de l'association AIDES aux côtés de Daniel Defert et Arnaud Marty-Lavauzelle puis en soutenant toutes les mobilisations sociétales de ces trente dernières années.

Je suis moi et mes circonstances, et si je ne les sauve pas elles, je ne me sauve pas moi-même, affirmait le philosophe espagnol Ortega y Gasset. Chez moi, ce « vital concret » fut marqué par la dictature, la guerre de Malouines (à laquelle j'ai échappée de justesse) et le sida. Dans ces circonstances, j'ai trouvé dans l'écriture un moyen de survivre.

La liberté est devenue pour moi une question presque obsessionnelle. Celle d'aller et de venir aura marqué mon engagement pour le droit à l'immigration et à l'asile². La liberté d'expression, m'a mené à prendre position pour le droit au blasphème, à la caricature et à la pornographie ; le respect de la vie privée, m'a permis de m'engager en faveur de la liberté sexuelle avec toutes ses conséquences : du pluriamour à la prostitution en passant par l'assistance sexuelle pour les personnes en situation de handicap.

La scission entre le droit et la morale constitue une boussole qui facilite la compréhension politique des thèmes hautement controversés sur lesquels je me suis engagé publiquement comme l'avortement ou l'euthanasie notamment. Souvent les disputes trouvent leur origine dans cette confusion entre ce qui relève de la vertu personnelle (la morale) et ce qui concerne la vie en société (le droit). En ce sens, Pasolini a raison d'affirmer que la question n'est pas celle d'être pour ou contre l'avortement (« il faudrait être fou pour être favorable ») mais pour ou contre sa légalisation : « Eh bien moi, je me suis prononcé contre l'avortement et pour sa légalisation »³. Comme l'intellectuel italien, je suis pour une légalisation « prudente et douloureuse » à la fois de l'IVG, du suicide assisté et de l'euthanasie même si, moralement j'y

¹ *Proceso de Reorganización Nacional* est le nom officiel de la dictature militaire argentine de 1976 à 1983. Elle a fait près de 30 000 « disparus », 15 000 fusillés, 9 000 prisonniers politiques, et 1,5 million d'exilés.

² D. Borrillo, *Droit d'asile et homosexualité : comment prouver l'intime ?* Préface de J. Toubon, Paris, L'Harmattan, 2021.

³ Pier Paolo Pasolini, *Lettres luthériennes*, Points Seuil, 2000, p. 115.

suis opposé. En revanche, concernant la liberté procréative, je suis joyeux et moins prudent : de la contraception à la PMA pour toutes en passant par l'adoption pour les couples de même sexe et la GPA⁴, mes écrits témoignent de la nécessité d'établir un régime de la filiation fondé sur le projet parental responsable et non sur un quelconque soubassement biologique. Au-delà de la parenté, il s'agit de garantir également le droit à la libre association intime : mariage, union civile, PaCS, concubinage.... Les nouvelles formes de conjugalité⁵ ont été un terrain de réflexion fécond et d'engagement constant. En 2004, j'ai rédigé avec Didier Eribon le « Manifeste de l'égalité des droits » qui, signé par plusieurs personnalités, sera publié par le journal *Le Monde* le 17 mars⁶. Nous nous sommes appuyés sur un contexte international pour mettre en évidence nos revendications : à l'étranger, le chef du gouvernement espagnol José Luis Zapatero venait de promettre l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, tandis qu'aux États-Unis, à San Francisco, le maire fraîchement élu Gavin Newsom s'était engagé à marier les couples homosexuels. Notre geste a donné lieu au premier mariage entre personnes de même sexe, célébré par Noël Mamère à Bègles⁷.

Ma rencontre avec Gaspard Koenig en 2013 a été l'occasion de prolonger mes combats à côté d'une équipe de jeunes intelligents et motivés qui militent pour le revenu universel, la décentralisation et la simplification administrative, la légalisation de la consommation des drogues douces, un système carcéral ouvert, une appropriation des données personnelles, une régulation de la prostitution et de la GPA et contre le familialisme des politiques sociales françaises...

Sous l'appellation générique de « bioéthique », j'ai abondé dans l'écriture des tribunes pour les principaux quotidiens nationaux (*Le Monde, Libération, Médiapart, La Croix...*) et certains magazines comme *L'Express, Le Point, Marianne, Contrepoints...*. C'est à la demande de mes lecteurs que j'ai décidé de compiler un certain nombre de mes interventions publiques dans ce recueil articulé autour de la liberté et illustré par les controverses sociétales qui ont marqué les dernières trois décennies de la vie politique française.

Six chapitres conforment l'ensemble de l'ouvrage : le premier consacré aux libertés corporelles, le deuxième aux libertés intellectuelles et le troisième à la liberté civique puis deux chapitres consacrés respectivement à la liberté sanitaire et à la relation entre libertés et religion et enfin un dernier chapitre sur la liberté animale. Sur ces questions, j'ai eu l'occasion d'en faire une analyse approfondie. Ainsi, dans *Disposer de son corps, un droit encore à conquérir* (2019), j'ai démontré comment, grâce aux progrès scientifiques et techniques, les nouveaux pouvoirs de l'humain sur lui-même et sur son destin biologique permettent à chacun d'entre nous de jouir de plus grandes possibilités dans la conduite de son existence. Cependant, le droit français, loin d'accompagner cette émancipation, ne cesse de fabriquer des contraintes et des limites légales qui interdisent à l'individu de devenir complètement maître de sa destinée vitale. A partir d'une lecture désacralisée de la sexualité, j'ai avancé l'idée selon laquelle une régulation juste de l'activité sexuelle doit mettre entre parenthèses les différents sens que chaque individu donne à sa vie érotique. Le droit réduit ainsi son intervention sur la base de deux grands principes : le

⁴ D. Borrillo et Th. Perroud, *Penser la GPA*, L'Harmattan, 2021.

⁵ D. Borrillo et P. Lascoumes, *Amours égales : le pacs, les homosexuels et la gauche*, La Découverte, Paris, 2002. D. Borrillo, *La famille par contrat*, préface Gaspard Koenig, PUF, Paris, 2018.

⁶ https://www.lemonde.fr/archives/article/2004/03/16/manifeste-pour-l-egalite-des-droits_356939_1819218.html

⁷ « Mariage de Bègles, 10 ans après: retour sur le premier mariage d'un couple de même sexe en France », *Komitid*, 02/06/2014.

consentement des individus et l'absence de dommages à autrui⁸. Comme Alberdi, le père de la Constitution argentine, je pense que « le peuple n'est pas souverain de ma liberté ni de mon intelligence ni de mes biens, ni de ma personne que je tiens de la main de Dieu »⁹

Concernant la liberté d'expression, je n'ai pas attendu les affreux attentats parisiens de 2015 pour prendre ma plume. En effet, dès 2006 lorsque les caricatures se moquaient de ma propre religion, j'ai publié une tribune dans *Le Monde* contre les décisions de justice qui invoquant « la sensibilité chrétienne » opéraient une censure.

J'ai milité également contre la réserve héréditaire non seulement parce qu'elle constitue une entrave à la liberté de disposer de son patrimoine mais aussi parce qu'elle favorise la reproduction sociale en contribuant à perpétuer une société d'héritiers et de rentiers. Au-delà des choses qu'on possède, se posséder soi-même me semble le socle politique de la vie en société, c'est pourquoi je me suis engagé en faveur de l'euthanasie et le suicide assisté dans un contexte de consolidation des soins palliatifs. De même, la création d'un statut pour les travailleurs et les travailleuses du sexe me semble le seul moyen de mettre fin à l'exploitation des personnes prostituées, de leur restituer une dignité dont les prive le statut de victime du système prostitutionnel et de leur garantir l'accès à la protection sociale en contrepartie d'une participation aux charges communes.

Je ne pouvais pas songer aux libertés sans m'engager dans une réflexion sur les rapports de celles-ci avec l'institution catholique non seulement parce que suis convaincu que c'est dans cet « humus culturel » chrétien que la liberté s'épanouit le plus, en tout cas en Occident, mais aussi parce qu'une parfaite séparation entre l'ordre séculier et l'ordre métaphysique constitue la condition sine qua non de leur indépendance réciproque. Enfin, l'amour que j'ai pour les animaux depuis ma petite enfance m'a naturellement porté à réfléchir à leur condition et à m'engager contre les jardins zoologiques et les expérimentations scientifiques qui leur sont infligés.

Avec Isaiah Berlin, je trouve insupportable que l'État et ses conseillers prétendent connaître mieux que nous-mêmes ce qui est bien pour nous. Les individus sont censés avoir la capacité de raisonner et de faire des choix délibérés pour eux-mêmes, contrairement à ce que pensait Platon dans sa vision élitiste de la *Polis*. Contre ce platonisme qui ne dit pas son nom dans lequel baigne la vie politique française, je me suis toujours révolté¹⁰ surtout lorsqu'au nom des savoirs institués, ces experts autoproclamés tentaient de réduire le périmètre des revendications politiques des minorités. C'est ce qui nous a conduit, avec un groupe de collègues sociologues, juristes et philosophes à organiser un colloque à Paris et à publier un ouvrage collectif¹¹ comme retour critique sur les arguments scientifiques mobilisés dans le débat sur les unions de même sexe, mais aussi sur la légitimité d'une argumentation de type savant pour fonder des choix politiques.

Aussi, je crois, avec Locke, que « la finalité de la loi n'est pas d'abolir ou de restreindre, mais de préserver et d'élargir la liberté ; et dans toutes les conditions des êtres créés qui sont capables de vivre d'après des lois, là où il n'y a pas de loi, il n'y a pas de liberté »¹²

⁸ D. Borrillo, *Droit des sexualités*, Puf, Paris, 2009.

⁹ D. Borrillo, « Le Droit pour repenser l'État libéral et la démocratie moderne » in D. Quattrocchi-Woisson (Dir.), *Juan Bautista Alberdi et l'indépendance argentine*, Paris, Presses de la Sorbonne Nouvelle, 2011.

¹⁰ D. Borrillo, « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Revue Histoire@Politique*, 2011/2 N° 14, pages 55 à 83.

¹¹ D. Borrillo, et E. Fassin, éd., *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. Presses Universitaires de France, 2001.

¹² J. Locke, *Le second traité du gouvernement civil*, traduit de l'anglais par J.-F. Spitz, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 42, souligné par Locke.

Roland Barthes, après avoir indiqué certains de ses goûts et de ses dégoûts, souligne : « J'aime, je n'aime pas : cela n'a aucune importance pour personne ; cela, apparemment, n'a pas de sens. Et pourtant tout cela veut dire : mon corps n'est pas le même que le vôtre. Ainsi, dans cette écume anarchique des goûts et des dégoûts, sorte de hachurage distrait, se dessine peu à peu la figure d'une énigme corporelle, appelant complicité ou irritation. Ici commence l'intimidation du corps, qui oblige l'autre à me supporter libéralement, à rester silencieux et courtois devant des jouissances ou des refus qu'il ne partage pas. (Une mouche m'agace, je la tue : on tue ce qui vous agace. Si je n'avais pas tué la mouche, c'eût été par pur libéralisme : je suis libéral pour ne pas être un assassin.) »¹³. C'est cette position minimaliste, cette forme de désillusion optimiste qui m'a fait prendre la seule arme que je sais manier : ma plume.

Beaucoup de ces batailles furent gagnées, d'autres restent encore en suspens. La lecture de ces tribunes permet de mettre en perspective les acquis sociaux et sociétaux de ces trente dernières années et montre à quel point ils furent laborieux. J'espère que le lecteur prendra conscience de la fragilité des libertés conquises et de la nécessité impérieuse de leur protection.

¹³ R. Barthes, *Roland Barthes par Roland Barthes*, Seuil, Paris,

I. LA LIBERTÉ CORPORELLE

La liberté corporelle est celle qui concerne la maîtrise physique de l'être. Elle permet à l'individu de se réaliser pleinement en tant que créature corporelle, elle comprend la liberté procréative, la liberté de mettre fin à sa vie et la liberté sexuelle.

Le principe d'autonomie personnelle (libre disposition de soi) et de non-nuisance à autrui exclut toute sanction des torts que l'on peut se causer à soi-même (suicide, mutilations...) ainsi que les préjudices à des entités abstraites comme Dieu (blasphème) ou le drapeau.

1. La liberté de faire vivre

La liberté de faire vivre implique également celle de ne pas faire vivre. Bien que les rapports sexuels reproductifs aient toujours été extrêmement minoritaires, l'association entre sexualité et reproduction n'a jamais abandonné l'imaginaire populaire. Ainsi, la finalité reproductive a permis traditionnellement de justifier l'activité sexuelle, tolérée uniquement dans ce contexte. En effet, pendant longtemps les pratiques contraceptives furent prohibées en France : une loi de 1920 condamne quiconque aura « décrit ou divulgué, ou offert de révéler des procédés propres à prévenir la grossesse ou encore de faciliter l'usage de ces procédés » et interdit également toute propagande anticonceptionnelle. Seules les méthodes « naturelles » étaient admises¹⁴. En 1961 s'ouvre à Grenoble le premier centre de consultation de planning familial mais il a fallu attendre l'année 1967 pour que l'interdiction de la contraception prenne fin. Concernant l'avortement, après dix ans de débats parlementaires et l'échec de onze propositions de loi, le 17 janvier 1975 fut adopté un texte autorisant l'interruption volontaire de grossesse. Le 31 décembre 1982, cette loi a fait l'objet d'une révision afin de permettre le remboursement de l'acte par la Sécurité sociale. Le 27 janvier 1993, la loi Veil est complétée par la loi Neiertz qui sanctionne pénalement toute entrave à l'IVG. Ces deux dispositions ont définitivement consacré l'avortement comme un droit subjectif de la femme. De surcroît, une nouvelle loi du 4 juillet 2001 dispose un allongement du délai jusqu'à la fin de la douzième semaine de grossesse et l'entretien préalable avec un médecin devient facultatif pour les femmes majeures. La stérilisation est un moyen plus radical de dissocier la sexualité de la reproduction. Elle consiste en la suppression définitive de la capacité de procréer par des agents chimiques ou physiques, par l'excision des gonades et par la ligature des trompes utérines ou des canaux déférents. Depuis 2001, la loi autorise la stérilisation à visée contraceptive pour les personnes majeures ayant exprimé clairement leur consentement.

Les techniques de procréation assistée médicalement sont encadrées en France depuis 1994. Réservées uniquement aux couples hétérosexuels, il a fallu attendre la loi de 2021 pour qu'elle s'élargisse aux couples de femmes et aux femmes seules. En revanche la gestation pour autrui demeure interdite en France obligeant ainsi de nombreux couples qui souhaitent recourir à cette technique d'aller à l'étranger.

Pilule, IVG, Pacs, mariage pour tous : les opposants sont toujours les mêmes*

¹⁴ Telles le *coïtus interruptus*, *Ogino* ou abstinence périodique, *Férin* (méthode des températures), *Billings* (étude de la glaire cervicale) et enfin la méthode de détection de l'ovulation au moyen de bandelettes réactives urinaires.

* *Libération*, 11/01/2013

La pilule va "favoriser davantage les amours illicites et ébranler les assises de la famille », déclarait en 1966 un député gaulliste...

Le 31 janvier 1999 des milliers des personnes avaient manifesté dans les principales villes de France contre le Pacs, beaucoup d'entre elles défilèrent à nouveau dimanche prochain contre le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Ces manifestations d'hostilité s'inscrivent dans une longue tradition d'opposition aux avancées sociétales et aux droits sexuels et reproductifs.

Pilule : Lorsqu'en 1966 les premières propositions de loi relatives à la contraception furent présentées au Parlement, les arguments utilisés étaient pratiquement les mêmes que ceux brandis aujourd'hui contre le mariage pour tous. Ainsi, un député gaulliste affirmait à l'époque que « la pilule allait favoriser davantage les amours illicites et ébranler les assises de la famille ». Non seulement la famille mais la Nation toute entière se trouvait menacée, selon les élus conservateurs : « Une flambée inouïe d'érotisme entretenue et attisée par la propagande politique en faveur des techniques anticonceptionnelles hormonales menace notre pays ». Pourtant, une majorité de Français (57%) était favorable à la mise en vente de contraceptifs, comme aujourd'hui elle est favorable au mariage pour tous. L'Eglise catholique était à l'époque, comme maintenant, la principale opposante au projet de loi. L'encyclique *Gaudium et spes* de 1965 précisait que « l'amour conjugal est trop souvent profané par l'égoïsme, l'hédonisme et par des pratiques illicites entravant la génération », et l'encyclique *Humanae Vitae* rappelait que « l'amour conjugal doit rester ouvert à la transmission de la vie » car il existe « un lien indissociable entre le mariage et la procréation ».

IVG : La « fin de la civilisation » et la « pente savonneuse » allaient être aussi des arguments avancés lors du débat sur l'IVG. Le député catholique Pierre Bas s'exclamait en 1974 : « C'est changer de civilisation, effectivement qu'écrire dans notre droit que le fort peut tuer le faible » et le député Perrut affirmait, « aujourd'hui, c'est l'avortement, demain ce sera la suppression d'un enfant victime d'un handicap, après demain l'euthanasie... ». Quant au député Jacques Médecin, il n'hésitait pas à prophétiser : « En France, comme partout, le commerce de la mort deviendra une spécialité lucrative d'avorteurs et d'avortoirs patentés où l'on se préoccupera de la revente des foetus avortés, (...) où l'on procédera à des expériences dites scientifiques. C'est la barbarie organisée par la loi comme elle le fut, hélas il y a trente ans par les nazis en Allemagne. »

Ceux et celles qui s'opposent aujourd'hui à l'ouverture du mariage pour les couples de même sexe (et qui défilèrent demain contre l'euthanasie), sont les mêmes qui se sont opposés hier au divorce, à l'égalité entre les enfants nés hors-mariage et dans le mariage, à l'éducation sexuelle dans les lycées, à l'autorité parentale partagée, à la dépénalisation de l'homosexualité, à l'assistance médicale à la procréation, au pacs ...

Si les évêques se disent aujourd'hui hostiles à l'homophobie, il faut rappeler qu'en 2004 la Conférence épiscopale s'est opposée au projet de loi réprimant les propos homophobes. Mgr Jean-Pierre Ricard jugeait ce projet de loi « inutile et dangereusement imprécis », en considérant de surcroît que « la volonté d'établir une surveillance et un contrôle du langage, notamment au nom de l'homosexualité, paraît contestable ». Et si l'Eglise semble aujourd'hui prête à se rallier au pacs pour mieux s'opposer à l'ouverture du mariage, il ne faut pas oublier qu'en 1998 la conférence épiscopale s'est farouchement opposée dans ces termes : « Le risque du projet est que des tendances sexuelles particulières puissent devenir des références sociales à travers la portée symbolique de la loi. »

Les avancées sociales et sociétales ne furent jamais le résultat d'une concession de la majorité ni d'un consensus spontané. Elles ont toujours été le fruit de la lutte politiques des groupes historiquement exclus et minoritaires. Comme dit l'Ecclésiaste : « Ce qui fut sera, Ce qui s'est fait se refera, Et il n'y a rien de nouveau sous le soleil. » A l'heure des changements de société, la seule chose qui ne change pas, c'est la résistance à la liberté et à l'égalité. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe s'inscrit dans un projet de société égalitaire qui a toujours été violemment attaqué par certaines autorités religieuses, la plupart des associations familiales catholiques et l'ensemble des forces conservatrices. Comme tout progrès de l'histoire, il se fera contre elles et sans elles...

Quelles limites à l'aide médicale ?*

Face aux évolutions de la procréation, le biologiste Jacques Testart et le juriste Daniel Borrillo ne s'accordent que sur un point : la nécessité d'un débat citoyen. Propos recueillis par Claire Chartier

Révolution anthropologique, logique de marché, liberté de l'individu... : Jacques Testart, père du premier bébé-éprouvette, et Daniel Borrillo s'opposent sur les enjeux de la procréation moderne.

L'express : Jusqu'où l'aide médicale à la procréation (AMP) doit-elle satisfaire aux demandes des individus ?

Jacques Testart : Pour moi, la réponse est très claire : tant que leur demande consiste à compenser des empêchements pathologiques qui leur interdisent de procréer par eux-mêmes.

Daniel Borrillo : La liberté de procréer me semble si fondamentale pour les projets vitaux de la personne qu'on ne peut pas limiter son exercice à celles et ceux qui, ayant les capacités corporelles, ne parviendraient pas à engendrer pour des raisons pathologiques ou existentielles. Priver une femme seule ou un couple de femmes de la maternité alors qu'on dispose des moyens techniques me semble sévère et injuste.

J. T. Les lesbiennes peuvent parfaitement devenir mères sans aide médicale, qui consiste essentiellement à procurer un donneur de sperme labellisé. Les homosexuelles américaines se débrouillent très bien depuis cinquante ans en s'auto-inséminant. La « PMA pour toutes » et la GPA ne sont pas la conséquence de recherches spécifiques mais seulement le détournement de techniques déjà anciennes (insémination artificielle, fécondation in vitro).

D. B. Mais l'auto-insémination est interdite en France.

Existe-t-il un « droit à l'enfant » ?

D. B. Juridiquement parlant, non, car l'enfant n'est pas un objet ; il existe un droit à la vie familiale, protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, et ce sont les individus qui décident de fonder une famille et des moyens pour y parvenir. L'Etat n'est pas obligé de donner un enfant aux couples qui le désirent, mais il doit assurer à tous les citoyens la possibilité d'accéder à la procréation dès lors qu'ils ne peuvent pas le faire naturellement.

* *L'Express* 07/05/2019

J. T. Les individus n'ont pas de droit à l'enfant, sauf à considérer ce dernier comme une marchandise. En revanche, l'enfant, lui, a le droit de connaître ses origines et de ne pas hériter d'une constitution biologique programmée. La production d'enfants sans racines biologiques et les mieux calibrés possible, dans l'esprit du transhumanisme, est bien dans l'esprit du marché...

D. B. Associer la question du transhumanisme au débat sur l'AMP, c'est prendre le risque de créer une sorte de panique morale, comme ce fut le cas pendant la réforme des lois bioéthiques de 2004, lorsque la question du clonage reproductif a empêché une discussion sereine.

J. T. Pour ce qui est de l'actuelle « saison bioéthique », on constate plutôt que la discussion a été monopolisée par la PMA-GPA ! D'autres enjeux nettement plus importants n'ont pas trouvé leur place dans les états généraux de la bioéthique, comme celui de l'extension du diagnostic préimplantatoire [DPI].

La société se décharge-t-elle de ses carences sur la médecine procréative ? Par exemple, lorsqu'elle propose aux femmes de congeler leurs ovocytes au lieu d'aménager les débuts de carrière pour faciliter la maternité ?

J. T. Oui, bien sûr ! Mais ce n'est pas seulement pour se décharger que la société utilise les technologies d'AMP, c'est aussi pour créer de nouveaux secteurs profitables et instrumentaliser les personnes en réduisant leur autonomie.

D. B. Contrairement à d'autres pays, la France a choisi la voie de la gratuité pour le don de gamètes, le profit est donc d'ores et déjà exclu. L'effritement du paternalisme médical au bénéfice de la reconnaissance de la personne à l'autodétermination a fait émerger la notion de consentement libre et éclairé. Pourquoi penser que les individus sont toujours mus par des passions tristes ?

Va-t-on vers un nouvel eugénisme au nom de la recherche de l'« enfant parfait » ?

D. B. Le terme d'eugénisme est très connoté et culpabilisant. On devrait plutôt parler d'amélioration volontaire de la biologie humaine. Les biotechnologies ne sont ni bonnes ni mauvaises, elles sont ce que la société en fait. Nous devons les intégrer dans un nouveau contrat social. Dramatiser la question n'est pas d'un grand secours. Il va falloir vivre désormais avec l'idée que nous pouvons disposer de notre propre nature. Le tout est de savoir comment le faire de manière responsable. Il semble que 96 % des cas de trisomie 21 détectés conduisent à un avortement en France : est-ce de l'eugénisme ? Non, les futures mères concernées ont choisi librement de pratiquer une IVG.

J. T. Vous oubliez que l'eugénisme, dont le but est d'améliorer - augmenter, disent les transhumanistes - le génome des individus, n'a pas besoin d'exercer une quelconque contrainte sur ceux-ci quand il concerne des embryons plutôt que des personnes nées. D'ailleurs, la définition initiale donnée par Francis Galton dans les années 1880 ne parlait pas d'obligation. Quant au « libre choix », on sait ce qu'il doit aux conditionnements et aux pressions variées... L'avis des personnes ne peut se construire avec objectivité et sens du bien commun que par des procédures bien calibrées, comme les conventions de citoyens, qui permettent leur confrontation à une information complète et contradictoire.

Que craignez-vous dans l'avenir, Jacques Testart ?

J. T. Si l'« enfant parfait » est heureusement un mythe hors d'atteinte puisqu'il ne peut même pas être défini, la recherche de l'enfant « idéal » est, elle, déjà à l'œuvre. Certes, la manipulation qui consiste à modifier le génome embryonnaire, même si elle devient techniquement possible, restera longtemps inutilisable devant notre insuffisance à maîtriser ses effets imprévisibles. Mais la sélection des embryons, elle, passe par un tri génétique opératoire et fiable. Elle devrait s'étendre largement dès que la production d'ovules en laboratoire augmentera son efficacité tout en éliminant les servitudes gynécologiques pour les femmes. Les choix identiques de presque tous les géniteurs pour retenir l'embryon idéal aggraveront l'eugénisme de l'AMP et diminueront la diversité humaine. D'où des conséquences imprévisibles sur la résistance de notre espèce aux futures agressions environnementales.

Quelles limites fixer à la recherche et en fonction de quels critères ? Danger médical, risque de mutation anthropologique ?

D. B. La liberté de la recherche scientifique fait partie de la liberté d'expression protégée par la Convention européenne des droits de l'homme. Quant à la mutation anthropologique, elle a commencé il y a quarante-deux ans avec la loi Neuwirth, légalisant la contraception. C'est à la société de décider où fixer les limites, en redoublant les mécanismes de délibération démocratique. Nous devons nous poser la question suivante : qui décide à la fin ? De mon point de vue, c'est toujours l'individu libre et informé. En visant à améliorer son propre bien-être, l'homme améliorera sans doute la société dans son ensemble.

J. T. Sauf qu'on sous-estime toujours les risques sociétaux et anthropologiques, au nom d'un hypothétique progrès résultant forcément de toute innovation. Mener des recherches pour mettre au point des technologies que la population désapprouve est inutile. Il appartient à la société de faire ses choix, oui, mais à l'occasion de procédures réellement démocratiques. Pourquoi la conférence de citoyens, qui doit être constitutive des états généraux de la bioéthique (depuis la loi 2011), a-t-elle été remplacée en 2018 par un « comité citoyen », au protocole flou, permettant toutes les manipulations et évitant, notamment, la qualité du contradictoire ? Le problème est que les autorités ne font pas confiance aux Français.

Quelle filiation pour la PMA ?*

Grand entretien à l'occasion de la révision des lois de bioéthique, « La Croix » organise le débat entre des personnalités engagées. Aujourd'hui, Jean-René Binet et Daniel Borrillo.

Quelle place le biologique occupe-t-il aujourd'hui dans le lien de filiation ?

Jean-René Binet : Le biologique occupe une place prépondérante dans le droit de la filiation, selon le titre 7 du code civil qui l'organise. Dans la plupart des situations, la filiation procède de la vérité biologique. Même pour la PMA avec tiers donneur, l'histoire et la philosophie du code civil français l'ont toujours fondue dans le cadre de la filiation charnelle : à l'état civil, l'enfant né du don est celui du couple. Le droit français et la Cour européenne des droits de l'homme ont par ailleurs établi que l'intérêt de l'enfant est toujours de connaître ses origines, donc sa filiation biologique. Cette place centrale pourrait être remise en cause si on ouvrait la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de femmes. En particulier, si on

* La Croix 26/06/2019

établissait les conditions de cette filiation au sein de ce titre 7. Mieux vaudrait imaginer des dispositions spécifiques, inscrites ailleurs dans le code civil, sans toucher à l'armature de notre droit actuel.

Daniel Borrillo : Mais ce serait discriminatoire ! Par ailleurs, le sens commun associe reproduction et filiation, mais c'est faux juridiquement. Il y a rupture entre les deux : il peut y avoir filiation sans reproduction (l'adoption), mais aussi des formes de reproduction qui mènent à la filiation sans passer par la sexualité. Les évolutions technologiques ne font que radicaliser ce qui existe déjà. Selon moi, la filiation relève du biologique mais aussi de la volonté, des affects, du temps passé ensemble... Elle se tisse avec tous ces fils. Et si le biologique est important, il n'est pas nécessairement prépondérant. Vous dites que la CEDH reconnaît l'accès aux origines, mais dans l'affaire Odièvre par exemple, elle a accepté qu'un enfant n'ait pas accès à ses origines, dans le but de préserver l'anonymat de la mère qui avait accouché sous X. On peut imaginer aussi que pour l'enfant né d'un inceste, son intérêt soit de ne pas connaître ses origines et sa filiation biologique. C'est un cas limite, bien sûr, mais qui permet de réfléchir. Le problème, en France, c'est qu'on essaie de bricoler le code napoléonien, ce qui ne peut pas être satisfaisant. En Argentine, j'ai participé au débat sur le nouveau code civil et commercial, dans lequel la source de la filiation, c'est la volonté.

La volonté peut-elle suffire à fonder la filiation ?

D. B. : Pour moi, il n'y a rien de plus solide que la liberté et la volonté pour fonder la filiation. Le biologique peut l'être beaucoup moins : que dire par exemple d'un enfant conçu lors d'une relation d'un soir ? Quel père sera celui qui ne le veut pas ?

J.-R. B. : Je pense à l'inverse que la volonté est par essence fragile et changeante. Si un jour, on ne veut plus être le parent de son enfant, pourra-t-on alors en « divorcer » ? Par ailleurs, quand on parle de PMA, je crois qu'il est nécessaire de distinguer deux hypothèses : soit il n'y a pas de recours à un don de gamètes - cela représente 95 % des naissances par aide médicale -, donc la filiation découle logiquement du biologique ; soit il y a don et on établit la filiation dans un cadre vraisemblable : la procréation médicalement assistée ne s'adressant qu'à des couples vivants et en âge de procréer, l'enfant peut se représenter comme issu de ce couple. C'est ce que prévoit la loi actuellement et ce que changera, fondamentalement, l'ouverture aux couples de femmes. Sachant que ces naissances avec don ne représentent que 5 % de 25 000 naissances annuelles par aide médicale, soit 1 200 par an, faut-il que le législateur réécrive, en quelques jours, dans des débats sous tensions, tout notre système érigé au fil des siècles ? Pourra-t-il véritablement soupeser les conséquences de ses choix ?

D. B. : Il est vrai qu'il s'agit de questions à la fois intimes et anthropologiques, qui nous dépassent en tant que juristes. Mais la France est dotée d'un des systèmes les plus complexes et sophistiqués en matière d'éthique, avec le Conseil consultatif national d'éthique, les états généraux de la bioéthique, des commissions parlementaires, l'Agence de la biomédecine, des lois révisables à date fixe... Cela doit nous permettre de changer les textes avec des garde-fous, sans commettre une erreur qui serait irréparable.

Peut-on parler d'une rupture anthropologique concernant l'ouverture de la PMA ?

D. B. : Pour moi, la rupture anthropologique entre sexualité, reproduction et filiation remonte à la loi Neuwirth autorisant la contraception, en 1967. C'est le premier pas, celui qui donne aux femmes la possibilité de ne pas être soumises à la fatalité biologique. Dès lors qu'on a franchi

cette étape, si on pousse la logique jusqu'au bout, on arrive à la PMA mais aussi à l'utérus artificiel, qui permet de libérer la femme, si elle le souhaite, du « poids » de porter un enfant pendant neuf mois. Celui-ci règle, par ailleurs, le problème de la GPA, ou en tout cas le problème résiduel du recours au corps d'une autre femme. Dans mon raisonnement, cette technique peut être envisagée, tant que c'est dans l'intérêt de l'enfant, mais l'intérêt de l'enfant *in concreto*, c'est-à-dire l'intérêt de cet enfant-là précisément, celui sur lequel portera éventuellement le conflit qui sera soumis aux juges français ou européens.

J.-R. B. : Sauf que quand on écrit une loi, on la pense en général, pas en particulier. Le législateur raisonne de façon générale. Le droit civil est un modèle de relations sociales envisagé comme le meilleur moyen de régir ces liens, dans le respect des droits fondamentaux de la personne. J'imagine par ailleurs que si vous êtes pour l'ouverture aux couples de femmes, vous êtes, comme semble le prévoir le projet de loi, pour la levée du critère médical pour les couples hétérosexuels ?

D. B. : Bien sûr. Si un couple préfère en passer par la procréation assistée, parce qu'il trouve cela plus sûr par exemple, je ne vois pas le problème. C'est un choix qui relève de la vie privée.

J.-R. B. : Alors votre raisonnement me pose une autre difficulté : on court le risque que les demandes se multiplient et que les médecins se retrouvent face à une demande qu'ils devront satisfaire, ce qui, au-delà du problème de la pénurie du don, change quand même la relation médicale. Actuellement, des professionnels de santé répondent à la détresse d'un couple ; demain, ils deviendront prestataires de services. Quand on aborde une question comme celle-là, il faut toujours regarder l'effet de système. Si on supprime le cadre conceptuel actuel, on bascule totalement dans autre chose.

D. B. : C'est en effet un changement majeur car on ne limite plus l'accès à la technique à la maladie. Et on peut se passer complètement du corps humain.

J.-R. B. : C'est ce que le rapport Touraine sur la révision des lois de bioéthique appelle un « *droit à la procréation sans sexe pour tous* ».

À défaut d'une limite biologique ou technique, l'intérêt de l'enfant ne devrait-il pas être cette limite reconnue par tous ?

J.-R. B. : Oui, mais comme le disait notre maître à tous, Jean Carbonnier, l'intérêt de l'enfant est une notion clé, le problème c'est qu'elle ouvre sur un terrain vague ! On ne sait pas ce que cela signifie. Le critère peut être utilisé dans un sens ou dans l'autre.

D. B. : C'est en effet une notion un peu tarte à la crème. Prenez l'exemple du divorce : les études montrent qu'il est une épreuve, voire un traumatisme pour les enfants, va-t-on pour autant l'interdire ? L'intérêt de l'enfant, même s'il demeure prééminent, il peut être mis en balance avec d'autres considérations.

L'accès aux origines, ruse de la raison conservatrice*

* *Libération* 01/04/2019

En faisant du droit de l'enfant à connaître ses origines la condition « sine qua non » du droit à la PMA, le législateur fait émerger un dernier avatar de la biologisation du social.

Le projet de loi de bioéthique, qui intégrera la question de l'extension de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules ainsi que l'accès aux origines, sera présenté au mois de juin en Conseil des ministres, a assuré le Premier ministre Edouard Philippe. A la lecture des différents rapports qui précèdent ledit projet de loi, une impression de retour à une conception biologique de la filiation se dégage nettement. Et pour cause, les lois ne se font plus au nom de la liberté ni au nom de l'égalité et encore moins au nom de la fraternité... Au moment même où la notion de famille est réinvestie politiquement (pacs, mariage pour tous, homoparentalité, pluriparentalité...), une nouvelle forme de naturalisation de la filiation reposant sur la valorisation de la différence des sexes et les origines génétiques émerge sur la scène publique. Les principes politiques, consacrés par les grands postulats des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ont été sacrifiés au non d'une expertise psychologico-anthropologique mobilisée non pas pour justifier *in concreto*, la fabrication d'une norme juridique mais pour établir, *in abstracto*, son fondement. En effet, aucune analyse statistique, aucune étude de cas, aucune donnée empirique, rien de descriptif ne fut mis en avant par la mission parlementaire pour conditionner l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules au droit de l'enfant à connaître ses origines. En revanche, une autre rationalité de type prescriptive émerge clairement de la lecture des différents rapports préparatoires de la loi. Elle produit une réponse univoque : oui à la PMA pour toutes à condition de retrouver symboliquement un soubassement naturel de la parenté par la mise à mort de l'anonymat du don des gamètes.

La filiation est, depuis le droit romain, une construction sociale dans laquelle le sang, la volonté et les présomptions constituent la trame permettant de tisser la parenté. Dorénavant, celle-ci doit se fonder sur un invariant d'un type nouveau : le droit de connaître la vérité sur sa conception. En ce sens, la revendication contemporaine d'accès à ses origines renvoie plutôt à la construction psychique du sujet qu'à un attachement à la dimension génétique de l'individu. Révéler à l'enfant les conditions de sa naissance n'est pas une possibilité mais un impératif moral sous peine de provoquer une « *souffrance identitaire irréparable* ». En matière d'assistance médicale à la procréation, nous sommes passés de l'obligation d'anonymat au devoir de transparence. Les donneurs de gamètes - hommes et femmes - sont désormais débiteurs des personnes souhaitant accéder à leurs origines biologiques. Cependant, cette question ne constituait nullement une condition *sine qua non* de la révision des lois bioéthiques (comme feint de croire le rapport de la mission parlementaire). Après tout, le législateur aurait pu laisser le choix entre un don anonyme et un don personnalisé, ou même permettre aux individus de désigner leurs donneurs ou, à ceux-ci, leurs bénéficiaires. Ces options ne furent même pas évoquées ! Rien d'étonnant puisque, depuis plusieurs années, nous assistons à un martèlement idéologique mis en place par une vulgate psychanalytico-anthropologique, relayée par la doctrine des juristes et par les magistrats. De plus, du Conseil d'Etat à la Commission nationale consultative des droits de l'homme en passant par le Comité d'éthique, ils présentent tous la quête des origines comme le préalable à l'élargissement de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules. Le slogan de la Manif pour tous : « Un papa, une maman, on ne ment pas aux enfants », résume parfaitement la manœuvre permettant de pallier le « mensonge » de la PMA (homosexuelle) par la vérité de l'engendrement (hétérosexuel). Lors de leurs auditions au Parlement, les experts ont ainsi souligné que « *le principe de l'enfantement constitue ce que l'on appelle en psychologie "l'originaire", c'est-à-dire la façon dont l'enfant va se constituer lui-même comme issu de ses deux parents* », en dépit de l'apport de gamètes par un tiers donneur. Ils ont également insisté sur la nécessité de restituer la « *scène originaire* » (le coït hétérosexuel) grâce à laquelle « *l'enfant saura qu'il vient d'un ailleurs d'un point de*

vue biologique, mais il aura la capacité psychologique de se réoriginer, c'est-à-dire de renaître au sein de ce couple-là ».

Autrement dit, pour pouvoir intégrer une famille monoparentale ou homoparentale, la loi doit préalablement garantir à l'enfant l'accès à la vérité de son engendrement. Cette entreprise, connue sous le nom d'ordre symbolique de la différence des sexes, est profondément conservatrice. D'une part, elle réactive le vieux mécanisme idéologique consistant à fonder l'ordre juridique sur une réalité extérieure à la volonté individuelle et s'imposant à elle. D'autre part, un principe d'autorité, fondé *in abstracto* sur un a priori anthropologique, fait de la filiation non pas une règle d'organisation des générations mais la matrice régulatrice de la vie psychique et sociale. Contrairement à d'autres pays, en France, l'accès aux origines n'est nullement abordé comme un simple droit à l'information. Chez nous, il s'agit de donner aux enfants le droit de pouvoir « *fantasmer une scène de naissance plausible* » de pouvoir « *élaborer à partir de la différence sexuelle son origine psychique* ». Comme toute prérogative, elle a nécessairement une contrepartie : l'obligation de lever l'anonymat. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un choix mais d'une contrainte. Cette logique mettra un terme à l'accouchement sous X, à l'adoption plénière et surtout à la ligne de partage entre filiation et reproduction, entre culture et nature, si chère à la philosophie moderne. Tout donneur doit savoir que, désormais, on peut « *frapper à sa porte* » pour lui signaler un engendrement, et toute personne ayant recouru à une PMA doit savoir qu'une présence (celle du donneur ou la donneuse) planera constamment dans sa vie familiale. Le projet de loi qui se profile va créer ainsi une sorte de pluriparentalité non juridique faisant du donneur de sperme ou de la donneuse d'ovocyte, un co-géniteur évitant ainsi de « *déconnecter la filiation de la dualité des sexes* » et en permettant que « *l'enfant élabore psychiquement un engendrement par la différence des sexes* », comme le propose l'expertise psychanalytique. Dorénavant, les homosexuels ou les parents célibataires ont le droit de se reproduire à condition toutefois que la loi désigne clairement que derrière toute filiation « *mensongère* » (comme disent les experts) existe bel et bien une vérité de l'engendrement. Formidable ruse de la raison conservatrice que d'avoir refondé symboliquement la famille sur les liens du sang et d'avoir biologisé l'identité de l'individu et le tout avec la terminologie « *moderne* » de la psychanalyse.

La GPA, une liberté fondamentale*

Si elle devenait un service public remboursé par la Sécurité sociale, et donc contrôlé, la gestation pour autrui constituerait une forme d'émancipation des femmes. Et instaurerait une égalité des filiations.

Un étrange et inquiétant consensus s'est installé dans l'ensemble des forces politiques et institutionnelles françaises contre la gestation pour autrui (GPA). De l'extrême gauche à l'extrême droite, en passant par le Sénat, le Comité d'éthique ou l'Ordre des médecins, tout le monde s'accorde pour condamner cette nouvelle forme de reproduction. Marchandisation des corps, atteinte à la généalogie de l'enfant, exploitation des femmes, néo-esclavagisme... La violence de ces arguments entre en correspondance avec le droit français, l'un des plus répressifs au monde. Outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat de GPA, celle-ci constitue une atteinte pénale à la filiation. En effet, attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Il a fallu

* *Libération* 23/12/2016

une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 2014 pour que la France permette la transcription de l'acte de naissance des enfants nés par GPA à l'étranger.

Malgré la volonté du gouvernement de régulariser cette situation, la Cour de cassation s'est acharnée, au nom de l'ordre public et contre l'intérêt de l'enfant, à refuser l'inscription des enfants issus d'une GPA aux Etats-Unis, les privant ainsi de nationalité, de filiation, de droits successoraux et d'allocations sociales. Après un long combat judiciaire, ces enfants pourront finalement trouver une identité mais uniquement par rapport à la lignée paternelle. Le droit français continue ainsi à faire payer aux enfants la « faute » de leurs parents. La situation est d'autant plus surprenante que la GPA s'inscrit dans la continuité de l'IVG à plusieurs titres. D'abord, comme manifestation de la liberté reproductive et de la libre disposition de soi. Si « mon corps m'appartient » pour interrompre une grossesse, pourquoi cesserait-il de m'appartenir pour le fait contraire ? C'est-à-dire, aider à faire venir un enfant au monde...

Aussi, comme pour l'IVG autrefois, la légalisation de la GPA serait de nature à limiter les pratiques clandestines. La GPA peut être altruiste, comme au Royaume-Uni depuis 1985, ou conçue comme un service rémunéré. Souvent les mères porteuses se représentent leurs prestations comme celles d'une nourrice. Il me semble capital de souligner cet aspect de la question car, comme le note l'anthropologue féministe Paola Tabet, pour la première fois, une femme peut être rétribuée pour une tâche qu'elle accomplit gratuitement depuis toujours. En ce sens, loin de constituer une exploitation, la GPA serait une forme d'émancipation des femmes, non seulement par la désacralisation de la maternité qu'elle opère, mais aussi et surtout par la mise en lumière du travail procréatif, historiquement occulté. A cet égard, la GPA peut prendre la forme contractuelle ou celle du service public. Comme dans tout contrat, l'intervention du droit permettant d'empêcher les abus et les déséquilibres financiers entre les parties me semble indispensable. De surcroît, dans les pays ayant opté pour cette forme de régulation, l'intervention d'un juge est systématiquement requise. Selon le politologue Bertrand Guillaume, afin d'éviter la marchandisation, il faudrait organiser la GPA comme un service public remboursé par la Sécurité sociale : des travailleurs - mères porteuses, médecins - seraient employés de manière salariée par une agence nationale de la procréation.

Outre les droits des parents, la GPA doit également être pensée en fonction de l'intérêt de l'enfant *in concreto*. Intérêt qui prend la forme du droit à l'égalité par rapport aux enfants nés de manière « naturelle », du droit au respect à la diversité des filiations (classique, monoparentale, homoparentale, naturelle ou par techniques procréatives...) et du droit au respect de la vie privée qui exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation, comme ne cesse de le rappeler la CEDH. Pour sortir de l'impasse dans laquelle se trouve la France, il faut inscrire la GPA dans les principes généraux du droit relatifs à la liberté procréative, à la libre disposition de soi et à l'égalité des filiations.

GPA : l'idéologie prohibitionniste mise à mal*

Dans une tribune au « Monde », Daniel Borillo, estime qu'il faut se détacher d'une conception canonique de la famille et dessine deux voies possibles pour réguler la gestation pour autrui.

* *Le Monde*, 08/07/2017

Dans quatre arrêts du 5 juillet, la Cour de cassation s'est prononcée avec une extrême prudence sur la transcription de l'acte de naissance des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui (GPA). Selon la Haute juridiction, *« l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA peut être transcrit partiellement à l'état civil français, en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention »*.

L'épouse ou l'époux du père biologique peut, par la suite, adopter l'enfant de son conjoint. La Cour de cassation met ainsi en conformité sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle avait déjà condamné la France à deux reprises en 2014 et en 2016. Si cette décision constitue une avancée, en ce qu'elle permet de régler l'état civil de ces enfants, elle demeure précaire vis-à-vis du lien de l'enfant avec le parent d'intention. La procédure d'adoption intrafamiliale demeure complexe et peut prendre beaucoup de temps, laissant ainsi le mineur dans l'incertitude. La GPA nous invite à revisiter nos idées relatives à l'engendrement, à la parenté et à la filiation, trop attachées encore à une conception canonique de la famille. Désormais, on peut faire famille à plusieurs dans un cadre hétérosexuel ou homosexuel. Les nouvelles techniques procréatives ont mis le projet parental au cœur du dispositif juridique dans lequel c'est la dimension spirituelle qui compte - la volonté d'être parent - plutôt que les compétences corporelles - l'engendrement. La « volonté procréationnelle » devient ainsi la seule source légitime des nouvelles formes de procréation. Selon la représentation culturelle et les conceptions philosophiques qui la sous-tendent, plusieurs réponses juridiques ont été données dans les différents pays. Nous pouvons les regrouper en trois grandes catégories : le prohibitionnisme, le libéralisme et le régulationnisme.

Pour le courant prohibitionniste, la GPA constitue une pratique attentatoire à la dignité humaine. Considérée comme une nouvelle forme d'esclavage et une réification du corps de la femme, la GPA ne peut qu'être interdite en toutes circonstances. Ce courant considère qu'il est impossible pour une femme de consentir à la GPA, cette pratique étant assimilée à la vente et l'achat d'enfants. Malgré les arrêts de la Cour de cassation, la France demeure un pays prohibitionniste : outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat de GPA, celle-ci constitue une atteinte pénale à la filiation dès lors qu'elle est réalisée en France.

Le courant libéral, lui, part du principe de la libre disposition de soi et la liberté procréative en assimilant la GPA au droit à l'IVG. La GPA peut être altruiste, comme au Royaume-Uni depuis 1985 - ou aux Etats-Unis dans les Etats de Floride, Utah, New Hampshire et Washington -, ou conçue comme un service rémunéré. Certains Etats admettent uniquement un dédommagement comme le Canada. Pour ce courant, les prestations des femmes porteuses sont assimilées à celles d'une nourrice. Selon cette conception, le contrat suffit à garantir les droits des différentes parties du processus procréatif : s'il y a consentement libre, c'est-à-dire sans dol - ou tromperie -, sans violence et sans lésion - une contrainte économique -, la GPA est licite.

Souvent, lorsqu'il n'y a pas de lien génétique entre la femme porteuse et l'enfant, le contrat stipule qu'elle doit renoncer à l'enfant à sa naissance mais si elle apporte son ovule, elle peut garder l'enfant : droit au regret, comme en Floride. En Israël, la GPA est une pratique courante et ne pose aucun problème moral. Elle est encadrée à la fois par la loi civile et par la religion. Mêmes les orthodoxes approuvent cette technique. Il s'agit d'un acte rémunéré, réservé toutefois aux couples hétérosexuels.

Le courant régulationniste considère que la liberté des parties, celle de la femme de porter l'enfant et celle des « parents d'intention » de bénéficier d'une technique procréative, doit être encadrée dans un système de santé publique, seul garant de la justice des prestations.

Chaque courant implique une vision spécifique de l'humain et de la société. Pour l'abolitionnisme, la notion de consentement doit être écartée au profit de celle de « système » où le choix n'a pas d'importance : tout devient contraint. En revanche, la conception libérale place le consentement au cœur de son dispositif moral. Elle considère que, en l'absence de préjudice à des tiers, l'autonomie de la volonté prime. Enfin, le régulationnisme se méfie de la liberté et préfère placer le dispositif sous le contrôle de l'Etat afin d'éviter les abus. La GPA serait ainsi prise en charge par la Sécurité sociale comme tout autre traitement contre la stérilité. Si le président Macron s'est prononcé contre la légalisation de la GPA, ces arrêts de la Cour de cassation permettent de rouvrir le débat, car ils ne règlent que très partiellement le problème. Toutefois, la Haute juridiction a permis de rétablir les termes de la controverse.

L'idéologie prohibitionniste est mise à mal, et la France devra choisir entre le système libéral ou le régime régulationniste, seuls aptes à garantir à la fois la liberté individuelle et l'intérêt supérieur de l'enfant. Aussi, on peut trouver dans cette technique une dimension émancipatrice pour les femmes car pour la première fois, elles seraient rémunérées pour un « travail » qu'elles ont accompli depuis toujours gratuitement.

Osons penser la GPA*

Interdite en France mais légale dans de nombreux États, la GPA, ou gestation pour autrui, cristallise dans notre pays une opposition qui ne laisse que peu de place au débat. Analyse avec les juristes Daniel Borrillo et Thomas Perroud qui ont codirigé « Penser la GPA », un ouvrage collectif réunissant de nombreux juristes, sociologues et philosophes.

En quoi consiste exactement la gestation pour autrui ou GPA ?

Daniel Borrillo. La GPA est une technique de procréation par laquelle une femme appelée « mère porteuse » ou « femme porteuse » porte l'enfant pour une personne célibataire, un couple hétérosexuel ou un couple de même sexe, que ce soit à titre gratuit ou contre une somme d'argent. La GPA proprement dite est celle dans laquelle l'ovocyte provient soit de la mère d'intention (le terme d'usage pour désigner la mère qui a désiré l'enfant et l'élève), soit d'une donneuse. La femme qui porte l'enfant ne participe donc pas à la conception de celui-ci, elle n'a aucun lien génétique avec lui. Il existe cependant des cas de figure où l'ovule provient de la femme porteuse, on doit alors plutôt parler de « procréation pour le compte d'autrui ».

Dans ce cas-là, la pratique est particulièrement ancienne, n'est-ce pas ?

D. B. En effet, elle est déjà attestée dans l'Ancien Testament. Au chapitre 16 de la Genèse, une esclave égyptienne, Agar, fait un enfant au vieil Abraham afin de pallier l'infertilité de sa femme Sarah. Dans la Rome antique, un citoyen dont l'épouse était féconde pouvait la « prêter » à un autre dont la femme était stérile. L'enfant qui naissait de cette union charnelle temporaire était réputé être celui du deuxième homme. Les anthropologues ont également démontré que certaines formes de GPA étaient chose courante dans les sociétés traditionnelles océaniques ou dans certaines sociétés africaines comme les *Bochimans* du désert de Kalahari ou encore le peuple *Mossi* en Afrique de l'Ouest.

* *Journal du CNRS, mai 2021*

Qui, aujourd'hui, en France, est hostile à la GPA ?

D. B. Tous les partis politiques, de la France insoumise au Rassemblement national, en passant par la gauche socialiste et la droite républicaine, se sont prononcés expressément contre, mis à part quelques élus Europe Écologie-Les Verts ou de La République En Marche. La GPA suscite également l'indignation ou l'hostilité de nombreux intellectuels, de la plupart des associations féministes, du milieu psychanalytique en général, de l'Église catholique, de la Fédération protestante, de représentants de l'islam et du judaïsme... En 2010, pourtant, le Comité d'éthique avait envisagé sa légalisation comme réponse de la société à une « injustice » de la nature : l'infertilité d'origine utérine (avis n° 110). Aujourd'hui, on ne peut même pas discuter de cette forme de GPA. C'est dire le recul du débat en France.

Quels sont les principaux reproches adressés à la GPA ?

D. B. Pour ses opposants, la GPA constitue une atteinte grave à la dignité humaine même quand elle est gratuite. Ils l'assimilent à une réification (transformation en chose) du corps des femmes et à la vente et à l'achat d'enfants. Certains parlent de « trafic des ventres », de « traite d'êtres humains », de « proxénétisme procréatif », de « tourisme procréatif », d'« industrie de l'enfantement sur commande », de « premier pas vers le transhumanisme »... D'autres vont jusqu'à comparer la GPA aux pratiques eugénistes des nazis. L'origine de cette réprobation quasi unanime propre à la France est d'abord à chercher, me semble-t-il, dans l'inconscient collectif de nos élites forgé par une vision dogmatique du catholicisme et du marxisme, deux forces idéologiques qui nourrissent la même obsession contre l'individualisme, assimilé à l'égoïsme, et la même haine de l'argent. La GPA synthétiserait tous les « maux » de la modernité : libre disposition de son corps, égalité des couples hétérosexuels et homosexuels, contractualisation des liens de filiation (prédominance de la volonté, et non de la biologie, dans le lien de filiation), désacralisation de la maternité, rémunération pour un service procréatif...

Les Français, dans leur ensemble, partagent-ils ce rejet ?

D. B. Non. Alors que les conventions de GPA sont prohibées par l'article 16-7 du code civil et que même l'inscription à l'état civil français d'enfants nés de GPA à l'étranger est exclue de la loi de bioéthique qui devrait être votée après bien des atermoiements à l'Assemblée nationale fin juin, cette pratique est plébiscitée par l'opinion publique. Un sondage d'octobre 2019 rapporte ainsi que 68 % de nos compatriotes s'y disent favorables pour les couples hétérosexuels et 53 % pour les couples homosexuels.

D'où la nécessité, selon vous, de débattre du sujet sereinement...

D. B. Notre objectif, à travers le colloque qui a précédé la publication de notre livre et rassemblé des juristes, des sociologues, des philosophes, est avant tout d'obéir à l'injonction de Kant : *Sapere aude (Ose penser)*. Nous ne sommes pas tous d'accord sur la nécessité d'autoriser la GPA en France, mais nous estimons tous que cette question épineuse mérite discussion. Il est urgent d'y réfléchir de façon apaisée, en dehors des anathèmes et des arguments d'autorité. Et ce d'autant que des études montrent que les familles dont les enfants sont nés grâce à cette forme de procréation présentent le même niveau de bien-être que les autres. Et que les femmes gestatrices n'éprouvent pas de problème psychologique particulier après une GPA et ne se considèrent pas elles-mêmes comme mères de l'enfant.

Le livre *Modern Families*, de la psychologue britannique Susan Golombok, directrice du *Centre for Families Research* de l'université de Cambridge, compile les milliers d'études consacrées aux nouvelles formes de parentalité depuis presque quarante ans. Il conclut que, du point de vue de l'enfant, ce qui compte pour bien grandir, c'est la qualité des interactions avec les membres de sa famille, bien plus que la composition même de cette famille et la manière dont l'enfant a été conçu.

Autant de raisons qui devraient nous inciter à soumettre la GPA à la délibération populaire et examiner, notamment, comment elle est régulée hors de nos frontières, en particulier dans les pays démocratiques.

À quoi ressemble le paysage international en la matière ?

D. B. Il est extrêmement varié. Il y a presque autant de systèmes juridiques *ad hoc* que de pays. On peut malgré tout identifier trois grandes catégories. Les pays prohibitionnistes, les plus nombreux (France, Allemagne, Espagne, Italie, Suisse, Pologne, Chine...), interdisent la GPA en toutes circonstances. D'autres, comme le Danemark ou les Pays-Bas, la tolèrent à condition qu'elle ne donne pas lieu à une rétribution financière. Au Brésil ou en Argentine, aucune loi n'a trait aux mères porteuses mais les enfants nés par GPA sont reconnus automatiquement par l'état civil. Le Royaume-Uni, l'Ukraine, la Grèce, le Portugal, la Roumanie, le Canada, l'Inde, la Thaïlande, Israël, la Russie..., ont quant à eux légalisé la GPA, qu'elle soit réservée aux seuls nationaux ou accessible aux étrangers, ouverte aux couples homosexuels ou uniquement aux couples hétérosexuels stériles, qu'elle soit onéreuse ou qu'il s'agisse d'une GPA dite altruiste (on parle aussi de « GPA éthique »). Aux États-Unis, une dizaine d'États (Californie, Floride, Utah, New Hampshire, Washington, etc.) l'autorisent.

Vous faites partie des juristes plutôt favorables à la GPA. Est-ce notamment du fait d'un parallèle que vous établissez entre l'IVG et la GPA ?

D. B. En effet, cela fait partie de mon argumentaire. En France, une femme a la faculté d'avorter, tout comme celle d'abandonner un enfant en accouchant sous X ou de faire un don d'embryons surnuméraires à un autre couple ou à la science. Pourquoi n'aurait-elle pas le droit de mener à terme une grossesse pour quelqu'un d'autre, pourvu que son consentement libre et éclairé soit garanti ? Il serait donc logique, selon moi, d'inscrire la GPA dans le répertoire des libertés fondamentales, de l'envisager comme une manifestation de la liberté de procréer ou de ne pas procréer. Par ailleurs, comme pour l'IVG, légaliser la GPA permettrait au législateur d'encadrer la pratique, ce qui limiterait les GPA clandestines et hors-la-loi, donc le risque d'exploitation du faible par le fort, du pauvre par le riche. C'est sans doute pour cela que l'Inde a déjà interdit la GPA pour les étrangers et s'apprête à interdire la GPA commerciale (c'est-à-dire avec rémunération pour la femme qui porte l'enfant).

Il faut distinguer clairement la pratique et l'abus d'une pratique. Ce n'est pas parce qu'il y a des abus dans l'industrie textile à l'étranger qu'il faut interdire cette activité en France. Lorsqu'on a aboli l'esclavage, les plantations ont continué de fonctionner, mais d'une autre façon, avec des personnes qui travaillaient de plein gré et dans le respect de certaines conditions. Selon moi, le seul moyen d'éviter l'exploitation est de mettre fin à l'interdiction qui secrète des pratiques clandestines.

En France, à votre avis, faudrait-il concevoir la GPA comme un service rémunéré ou gratuit ?

D. B. Chaque dispositif a des avantages et des inconvénients. La gratuité empêche la

marchandisation mais crée une pénurie de femmes porteuses, alors qu'admettre la rémunération permet de satisfaire un plus grand nombre de couples mais favorise les plus aisés aux dépens des plus modestes. Rien, en tout cas, n'empêche d'imaginer un service public de la GPA comme il existe une Agence de l'adoption, et de s'inspirer de ce qui se passe à l'étranger. En Californie, par exemple, non seulement l'ovocyte doit provenir d'une autre femme que la femme porteuse, mais cette dernière doit être déjà mère et ne doit pas faire de la GPA son activité principale, économiquement parlant. Au Royaume-Uni, les femmes porteuses ne sont pas autorisées à être rémunérées et il est interdit de faire de la publicité pour proposer des femmes porteuses ou pour en recruter. Voilà quelques pistes de réflexion qu'il conviendrait de creuser, loin des peurs et des caricatures que les mères porteuses peuvent susciter.

Quand la GPA est-elle devenue hors-la-loi ?

Aussi bizarre que cela paraisse, tant la GPA fait aujourd'hui figure d'épouvantail dans la classe politique, cette pratique était tolérée en France jusqu'à la fin des années 1980. *« La GPA s'inscrivait à l'époque dans l'évolution du droit de la famille initiée depuis la fin des années 1960 (suppression de la notion de chef de famille, IVG, dépénalisation de l'adultère, divorce par consentement mutuel...), et elle a permis à environ quatre-vingts couples stériles d'avoir recours à une mère de substitution pour réaliser leur projet parental, rappelle le juriste Thomas Perroud, du Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques et codirecteur du livre collectif *Penser la GPA. La personne qui organisait le système de GPA en France était le Dr Sacha Geller. Ce médecin avait fondé un réseau d'associations qui rassemblait des couples commanditaires et des mères porteuses, toutes françaises, recrutées par petites annonces et dédommagées à hauteur de 50 000 francs (13 000 euros). Le père biologique effectuait la reconnaissance de la paternité et la mère d'intention recourait au système de l'adoption, ce qui n'a pas posé de problème dans les dossiers que j'ai pu consulter. »**

Tout change en 1987, quand le gouvernement Chirac saisit la justice pour faire interdire ces associations. Dès lors, *« la GPA va faire l'objet d'attaques savamment orchestrées par les plus hautes juridictions et des professeurs de droit conservateurs, détaille Thomas Perroud. En 1991, la Cour de cassation a estimé que la maternité pour autrui contrevenait au "principe d'indisponibilité du corps humain" qui interdit de conclure une vente portant sur un élément du corps. Trois ans plus tard, les lois de bioéthique ont prohibé la pratique »*, ce qui a conduit nombre de couples stériles à se tourner vers l'étranger. Mais à leur retour en France, impossible, pour les enfants nés par GPA, d'être inscrits à l'état civil, une situation synonyme d'énormes problèmes puisque ces enfants se trouvaient sans la nationalité française, donc dans l'impossibilité d'une inscription à la Sécurité sociale, à la Caisse d'allocations familiales et à l'école. *« Les tribunaux s'opposaient à la transcription en droit français de l'acte de naissance étranger qui mentionnait la mère d'intention comme mère de l'enfant, dit Thomas Perroud. À la mi-décembre 2019, après vingt ans de combat d'un couple français qui avait fait appel à une mère porteuse aux États-Unis, pas moins d'une vingtaine de décisions de justice et cinq condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation s'est finalement inclinée et a ordonné cette retranscription. Les deux membres d'un couple peuvent désormais être reconnus parents d'un enfant né de GPA à l'étranger. Soit exactement ce que la société civile et le Dr Geller proposaient trente-cinq ans plus tôt... »*

2. La liberté de mourir

Le suicide a toujours été l'objet d'une réprobation morale. Tout au long du Moyen Age, il fut assimilé à un crime abominable contre Dieu et sanctionnée sévèrement. Il a fallu l'avènement du Siècle de Lumières et la Révolution française pour que la mort volontaire sorte de la loi pénale. En revanche dès qu'il s'agit de fournir les moyens nécessaires à une personne pour qu'elle puisse mettre fin à ses jours très peu de pays ont franchi le pas : la Suisse, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, le Canada, l'Italie, le Portugal, l'Espagne, l'Autriche et six états des Etats-Unis. En France, depuis 1986 lors du débat sur la première loi sur les soins palliatifs, la controverse sur la fin de vie est récurrente. Toutefois, aussi bien l'euthanasie que le suicide assisté demeurent interdits en France. L'euthanasie est l'action par laquelle une personne fait expressément la demande à un tiers de lui administrer une substance létale provoquant la mort. Le suicide médicalement assisté est l'action par laquelle une personne fait expressément la demande qu'une substance létale lui soit remise, il incombe donc à la personne elle-même d'assumer la responsabilité de l'acte entraînant la mort alors que cette responsabilité est assumée par un tiers dans l'euthanasie. La liberté de mourir implique la possibilité de continuer à vivre dans de conditions dignes. C'est pourquoi, il est impératif que pouvoir décider librement, les personnes en fin de vie puissent se sentir affranchies de toute pression psychologique et soulagées de douleurs physiques grâce à la mise en œuvre efficace de soins palliatifs et de directives anticipées.

Euthanasie : droit de mourir ou paternalisme médical ?*

Considérée pendant longtemps comme une excentricité du Benelux ou une exception helvétique, la dépénalisation de l'euthanasie est récemment devenue une réalité dans trois pays très proches culturellement du nôtre. En effet, la Cour constitutionnelle italienne, dans une décision du 25 septembre 2019, rend possible le suicide assisté. Au Portugal, le texte de loi du 29 janvier 2021 sur la « mort médicalement assistée » réserve l'euthanasie aux résidents âgés de plus de 18 ans qui en font la demande. En Espagne, la loi du 18 mars sur la régulation de l'euthanasie autorise à la fois cette technique (lorsque le médecin provoque la mort du patient) et le suicide médicalement assisté lorsque le patient prend lui-même la dose prescrite.

Si l'euthanasie élargit à n'en pas douter le champ des libertés, elle demeure dans l'état actuel du droit très limitée. Il s'agit effectivement d'un palliatif permettant de mettre fin à « une souffrance intolérable » dans le contexte d'une « maladie grave et incurable » ou de douleurs « chroniques plaçant l'individu dans une situation d'incapacité ». Aussi, des conditions strictes encadrent la démarche, toujours effectuée dans un environnement médical et avec un document rédigé par le patient sans pressions extérieurs.

En France, une proposition de loi « donnant et garantissant le droit à une fin de vie libre et choisie » est débattue jeudi à l'Assemblée nationale. Elle a le mérite, théoriquement, de placer la question dans la perspective des libertés fondamentales parmi lesquelles celle de « choisir sa mort ». S'agit-il cependant vraiment d'un droit ?

En Occident, deux grandes traditions s'affrontent à l'heure de trancher une question aussi sensible que controversée. D'une part, celle de la philosophie antique de la « bonne mort »,

* *Libération*, 08/04/2021

résumée comme suit par Sénèque dans ses Lettres à Lucilius : «Je choisis moi-même mon bateau quand je m'embarque et la maison où je vais habiter ; j'ai le même droit de choisir le genre de mort, par où je vais sortir de la vie» ; prolongée des siècles plus tard par la pensée de John Stuart Mill lorsqu'il affirmait qu'il fallait «poursuivre son propre bien selon sa propre voie» et, d'autre part, celle de la tradition judéo-chrétienne qui refuse de voir une distinction entre euthanasie et meurtre. L'acceptation, voir l'encouragement des soins palliatifs par l'Eglise catholique, depuis Pie XII, est venue nuancer la condamnation théologique et donner une dimension compassionnelle à la question. C'est dans cette tradition qu'ont été adoptées en France un certain nombre de dispositions relatives à la fin de vie depuis la circulaire du 26 août 1986 relative à « l'organisation des soins et à l'accompagnement des malades en phase terminale » et, plus tard, la loi du 9 juin 1999 « visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs », jusqu'à la loi du 2 février 2016 en passant par la loi Kouchner de 2002 et loi Leonetti de 2005. L'esprit de tous ces textes pourrait se résumer comme suit : mieux vaut respecter la vie du patient plutôt que sa volonté de mourir.

Il s'agit cependant de deux questions distinctes. Les soins palliatifs, en tant qu'acte médical visant à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique et à soutenir le malade et son entourage, constituent un droit nécessaire mais pas suffisant. Seule l'euthanasie active et surtout le suicide assisté garantissent l'autodétermination et la souveraineté individuelles à condition que le paternalisme médical ne vienne pas se substituer à la volonté de l'individu.

Le problème, c'est que l'histoire juridique de l'euthanasie en France montre bien que la question n'a jamais été vraiment traitée comme celle d'une liberté protégée par l'Etat mais comme celle d'un geste médical de compassion, dans les meilleurs des cas, ou comme un rempart contre les poursuites pénales ou disciplinaires pour non-assistance à personne en danger.

Il ne faut pas oublier, de surcroît, que c'est dans un climat d'émotion populaire provoquée par certaines affaires très médiatisées (Chantal Sébire, Vincent Humbert ou encore Vincent Lambert) que le politique a réagi en mobilisant son magistère d'experts agréés : *Commission de réflexion sur la fin de vie*, sous la direction du professeur Didier Sicard, « avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) sur la fin de vie, l'autonomie de la personne, la volonté de mourir », Conférence de citoyens, Espaces régionaux de réflexion éthique, Rapport sur le débat public concernant la fin de vie du CCNE, Etats généraux de la bioéthique, etc.

Le président Hollande avait même fait de l'assistance médicalisée de la mort » une promesse électorale jamais tenue.

Les bonnes intentions politiques et expertales relèvent plus du paternalisme et du dolorisme que de la recherche d'une solution émancipatrice respectueuse des libertés individuelles. Notre crainte est que la proposition de loi débattue à l'Assemblée nationale n'échappe pas à cette idéologie car il est clair que, lorsque subsistera une divergence entre l'équipe médicale et l'individu, la décision finale ne reviendra pas à ce dernier mais à la première, dont l'expertise cognitive lui assurerait une souveraineté décisionnelle. Plus que d'un droit subjectif à mourir permettant de contraindre le débiteur (médecin) à l'exécuter, l'euthanasie risque d'être abordée sous le paradigme du paternalisme médical, surtout dans un Parlement très peu libéral qui refuse d'aborder véritablement la fin de vie à partir du principe d'autodétermination du patient.

3. La liberté sexuelle

Au début du XIXe siècle, grâce à l'impulsion de la philosophie des Lumières, le consentement devient l'élément qui détermine le moment où l'activité sexuelle devient licite. Ce nouveau paradigme se fonde sur l'idée suivant laquelle la légitimité d'un acte repose exclusivement sur la volonté des parties : toute obligation doit être fondée sur la liberté. Une obligation n'est légitime que si elle trouve son fondement dans la volonté individuelle autonome. Ce principe a une portée très vaste car il concerne non seulement la sexualité mais toutes les activités de la vie en société. L'État s'abstient ainsi de s'immiscer dans la vie privée des individus et la sodomie, l'adultère ou l'inceste, lorsqu'ils engagent des adultes consentants, cessent d'être incriminés. En France, cette liberté demeure précaire car lorsqu'il s'agit d'une activité sexuelle rémunérée, le travailleur ou la travailleuse du sexe est systématiquement considéré comme une victime et le client comme un délinquant. De même, l'assistance sexuelle pour les personnes handicapées non seulement n'est pas régulée comme en Suisse ou en Allemagne mais elle peut être assimilée à la prostitution et au proxénétisme. Aussi, la sexualité en prison demeure un tabou et la misère sexuelle est de mise. Les choix individuels sont déterminés par des conditions matérielles concrètes, ce pourquoi, je me suis toujours battu pour que les personnes handicapées et les détenus puissent recourir à des services sexuels tarifés.

Homosexualité : le libéralisme a mis fin à des siècles de stigmatisation*

C'est au sein des sociétés démocratiques de type libéral que l'attraction érotique pour les personnes du même sexe a cessé progressivement de constituer une entrave à la jouissance des droits fondamentaux. Pendant longtemps, ce trait de la personnalité fut l'objet des condamnations les plus sévères trouvant leur origine dans l'Ancien Testament. Si la philosophie stoïcienne avait déjà beaucoup influencé la morale sexuelle romaine par la valorisation du contrôle des pulsions et l'encouragement du sexe orienté exclusivement vers la procréation, l'homosexualité n'était condamnée que d'une manière diffuse. C'est la prédication de l'apôtre Paul qui jettera les bases d'une nouvelle norme sexuelle fondée non pas sur le rôle du partenaire (actif/passif), son statut social (libre/esclave) ou son âge (imberbe/mature) mais sur la référence au caractère naturel de l'accouplement hétérosexuel. Tout au long du Moyen Âge, ce fut autour de l'acte de sodomie que les rapports sexuels entre personnes du même sexe ont été punis.

De par sa référence fondamentale au passé gréco-romain, la Renaissance a constitué une période de relative tolérance de l'homosexualité. « Vivre et laisser vivre », fut le mot d'ordre des aristocrates italiens lesquels, sans l'approuver moralement, ne trouvaient pas non plus nécessaire de la punir. C'est surtout par le biais de l'art que l'homosexualité masculine émerge à la superficie sociale. Beccadelli, Cellini et Montaigne, pour la littérature, Ariosto, Pietro Aretino et Poliziano pour le théâtre. Mais ce sont surtout la peinture et la sculpture qui développent le plus l'homo-érotisme : Donatello, Michel-Ange, Léonardo da Vinci, Botticelli et Caravage...

Libéralisme vs totalitarisme

Cet esprit d'indulgence s'est étendu au Siècle des Lumières, lequel, malgré les condamnations explicites de certaines de ces principales figures, prônait le respect de la vie privée. Toutefois, aussi bien pendant la Renaissance que tout au long du XVIIIe siècle les bûchers de l'Inquisition ne se sont jamais éteints. C'est grâce à l'influence du juriste italien Cesare Beccaria que le

* *Contrepoints*, 06/06/2021

premier Code pénal révolutionnaire de 1791 ainsi que le Code pénal napoléonien de 1810 cessent d'incriminer les « mœurs contre-nature ».

Le libéralisme – qui dissocie clairement le crime de la faute morale – et la laïcisation de l'ordre public prônaient l'abstention de l'État dans la sphère de la vie privée des individus majeurs et consentants. Mais la philosophie libérale sera rapidement éclipsée au XIXe siècle par un appareil médico-psychiatrique extrêmement violent.

Les condamnations religieuses et le discours clinique furent à leur tour dépassés au siècle dernier par les deux grandes idéologies anti-libérales : le stalinisme et le nazisme. En Allemagne dès 1936 les homosexuels furent envoyés en masse dans les camps de concentration auxquels très peu survécurent¹. De même, la loi anti-sodomie promulguée par Staline en 1934 (et maintenue en vigueur jusqu'en 1993) fut à l'origine de la répression et de la déportation de milliers d'homosexuels au goulag.

Le 6 août 1942, quelques mois après la promulgation de la loi sur le statut des Juifs, la France réintroduit dans la loi une disposition pénalisant l'homosexualité. En effet, Pétain modifiera le Code pénal en insérant le délit d'« *actes impudiques et contre nature avec un mineur de 21 ans ayant le même sexe que l'auteur* », alors que pour les actes hétérosexuels la majorité était établie à 13 ans. À la libération en 1945, le général de Gaulle maintiendra cette incrimination en la remplaçant dans le chapitre des « atteintes aux mœurs ».

Homosexualité vs homophobie

Dans le sillage de la lutte des féministes, le mouvement LGBT (lesbien, gay, bi, trans...) a utilisé l'arène judiciaire pour faire avancer son agenda, en particulier auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Grâce à son action, en vingt ans nous sommes passés de la pénalisation de l'homosexualité à la criminalisation de l'homophobie. Bien que les termes « orientation sexuelle » et « homosexualité » n'apparaissent pas dans la Convention européenne des droits de l'Homme, la CEDH a construit une protection en fonction des principes généraux tels que le respect de la vie privée, de la vie familiale, de la liberté d'expression ou l'interdiction des traitements inhumain et dégradants notamment.

Considérer que le problème n'est pas l'homosexualité mais l'homophobie n'est pas une idée nouvelle. Elle avait été théorisée en 1785 par le philosophe libéral Jeremy Bentham dans son *Essai sur la pédérastie* où ce n'est pas tant l'étiologie de l'homosexualité qui intéresse le philosophe mais les justifications morales et politiques de sa brutale répression, considérée par lui comme une barbarie d'autrefois.

Cette antipathie contre les homosexuels, que nous appelons aujourd'hui homophobie, est due, d'après Bentham, à la haine du plaisir, au rôle néfaste de la religion et à la vision étroite de la sexualité propre à la morale occidentale qui la justifie uniquement dans un but de reproduction de l'espèce.

À la fin de son essai, le philosophe anglais va comparer l'homosexualité avec l'un des actes les plus banals de la vie quotidienne, ridiculisant ainsi plusieurs siècles d'homophobie : « Il est étonnant que jamais personne n'ait pensé que c'est un péché de se gratter où cela démange et

qu'on n'ait jamais décidé que la seule façon naturelle de se gratter est avec tel ou tel doigt et qu'il est contre nature de se gratter avec un autre ».

Libéraux vs conservateurs

En 1957 la controverse entre deux professeurs de droit lors du débat sur la dépénalisation de l'homosexualité au Royaume-Uni illustre parfaitement le positionnement conservateur et libéral sur la question. Le conservateur Lord Patrick Devlin considère que la société a le droit de faire prévaloir une vision de la morale majoritaire qui, par le biais de la loi, peut s'imposer aux individus et à leur vie privée.

Cette morale constitutive de la société (*society's constitutive morality*) doit dans certains cas compter davantage que la morale individuelle. Pour Hart, le professeur libéral, l'État doit demeurer neutre en matière de morale sexuelle du moment où l'acte est choisi librement et ne porte préjudice à personne. Provenant d'un autre philosophe libéral, John Stuart Mill, ce principe de non-nuisance (*harm principle*) établit que la seule raison légitime d'interférer avec les affaires des autres est d'empêcher que du tort soit causé à autrui.

Homosexualité : tolérance, reconnaissance ou indifférence ?

Si dans un premier temps, l'angle libéral pour penser l'homosexualité a été celui de la tolérance, aujourd'hui cette perspective me semble dépassée puisqu'elle suppose implicitement un jugement défavorable ou négatif de la majorité à l'encontre de ceux, minoritaires, que l'on tolère. La notion de reconnaissance n'est pas non plus pertinente puisqu'elle présuppose, non sans paternalisme, une hiérarchie entre celui qui reconnaît et celui qui est reconnu. Aussi, la politique de la reconnaissance implique l'existence des communautés différentes.

Or, l'attraction sexuelle ne me semble pas susceptible de constituer un élément capable de former une identité collective. Il y a des homosexuels de toutes les races, religions, classes sociales, âges, nationalités et genres. Comme les hétérosexuels, les homosexuels ont une palette de goûts variés : ceux qui aiment les personnes plus âgées ou plus jeunes, blondes, brunes, asiatiques, chauves, poilues, imberbes, intellectuelles ou sportives...

Le regard que l'État libéral peut porter sur l'orientation sexuelle est à la fois celui de la liberté et de l'indifférence. C'est dans cet esprit qu'ont été menés les combats politiques depuis quarante ans. De l'égalité de l'âge de consentement entre rapports homosexuels ou hétérosexuels en 1982 à l'ouverture de la PMA à toutes les femmes en 2021 en passant par le Pacs en 1999 et le mariage pour tous en 2013, il est toujours question d'accès aux libertés fondamentales et de participation au droit commun et non pas l'exigence des droits spécifiques. Et c'est cette même participation au droit commun qui demain justifiera l'ouverture de la GPA à tous les couples, homosexuels comme hétérosexuels.

Enfin, l'homosexualité n'est pas autre chose que l'expression de la liberté sexuelle et de la liberté de mœurs et elle s'inscrit dans le sillage de la libre disposition de soi, de son corps et de sa destinée, notions fondatrices du libéralisme moral.

La liberté de se prostituer*

* *Libération* 05/07/2002

Bertrand Delanoë se refuse à aménager la prostitution à Paris. En la considérant comme une « forme d'esclavage », le maire met fin à la controverse soulevée par Françoise de Panafieu lors de sa proposition de réouverture des maisons closes.

Regarder la prostitution sous l'angle de l'esclavage est une manière brutale de court-circuiter le débat. En effet, qui, dans ces termes, pourrait encore défendre la prostitution ?

Il existe, pourtant, une autre façon de problématiser la question en la présentant non pas sous sa forme négative mais plutôt sous sa forme positive, à savoir, celle qui relève de la liberté. Liberté de disposer de son corps en général et plus particulièrement liberté d'agir érotiquement sans contraintes, c'est-à-dire, de s'exprimer sexuellement selon ses propres choix. En tant que manifestation de la vie privée, la liberté sexuelle implique la possibilité d'entretenir des relations sexuelles avec qui nous souhaitons et dans les conditions convenues avec nos partenaires. Le rôle d'un Etat démocratique est de garantir l'exercice de cette liberté sans contraintes, car la capacité à consentir constitue le soubassement éthique de cette liberté. Elle implique aussi le choix d'avoir des rapports sexuels avec une ou plusieurs personnes, gratuitement ou moyennant rétribution.

La seule limite à une telle liberté consiste en l'existence de préjudice à autrui. En ce sens, l'exploitation liée au commerce sexuel doit être vigoureusement dénoncée. Il est cependant dangereux de considérer que tout échange sexuel à caractère onéreux prend nécessairement la forme de l'exploitation. Il suffit qu'une seule personne décide librement de faire du commerce sexuel sa profession habituelle ou occasionnelle pour que la prostitution devienne une activité aussi légitime que tout autre.

Pour un Etat laïc, ce qui est immoral, ce n'est pas tant la mise sur le marché du corps (après tout, que ce soit avec ses mains, son cerveau, ses épaules ou ses organes génitaux, du moment qu'un travail est effectué honnêtement, il mérite le même respect) mais l'absence de protection juridique d'une activité librement choisie. La plupart des personnes prostituées se voient taxées par l'Etat sans aucune contrepartie : pas de droits d'assurance maladie maternité, pas de retraite, pas d'assurance pour accident de travail, ni d'allocations chômage. Ce qui est immoral, ce n'est pas la prostitution, mais le proxénétisme d'Etat qui fait payer des impôts à ses prostitué(e)s, qui poursuit ces personnes à coup d'amendes allant de 300 à 900 euros et qui ne rend jamais l'argent aux «putes» après avoir poursuivi les maquereaux.

Le seul moyen de mettre fin à l'exclusion dont sont victimes les prostitué(e)s est d'octroyer à la prostitution le caractère de profession à part entière. L'approche abolitionniste ardemment défendue par la mairie de Paris a déjà montré ses limites ; sa seule efficacité fut celle de contenter les secteurs les plus conservateurs d'une société qui continue à considérer la sexualité (hors mariage ou hors amour) comme une activité moralement condamnable.

L'individu est le seul capable de déterminer ce qui lui convient, l'Etat n'a pas à lui dire le bien ou le mal, il n'a pas à se mettre à sa place pour lui indiquer ce qu'il doit faire de sa sexualité. Pour quelle raison valable démocratiquement l'Etat interdirait-il à une personne le droit d'avoir des rapports sexuels onéreux et de faire de cela sa profession ? Le débat est ouvert et les arguments restent à construire.

Prostitution : Etat de droit ou Etat moral*

Ce mercredi au Sénat s'ouvre en séance publique le débat sur la proposition de loi visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées. Un projet traversé par une idéologie paternaliste selon le juriste Daniel Borrillo.

La proposition de loi relative à la lutte contre le système prostitutionnel s'articule autour de trois idées fausses et se fonde sur une idéologie moralisatrice inavouée. Si le renforcement de la lutte contre le proxénétisme et la traite des êtres humains, ainsi que l'abrogation du délit de racolage, me semblent constituer des progrès significatifs, en revanche, le reste du dispositif relève du paternalisme moral plutôt que du droit.

Première idée fausse : toutes les prostituées sont des femmes. L'exposé des motifs de la proposition de loi part d'une constatation sociologique selon laquelle 85% des personnes prostituées sont des femmes. A partir de cette donnée empirique, le législateur déduit que la question de la prostitution est non seulement une question de genre mais aussi de domination masculine puisque 99% des clients seraient des hommes. Or, la multiplication de sites d'*escorting gay* sur Internet montre que la prostitution est loin d'être féminine et hétérosexuelle. Des transsexuels, des hommes et des femmes bisexuels, des travestis... - de façon occasionnelle ou permanente - proposent tous leurs services sexuels à des clients qui ne sont pas nécessairement des hommes hétérosexuels.

Deuxième idée fausse : toutes les prostituées sont des victimes, à la fois *in abstracto* puisque tout rapport sexuel consenti et rémunéré est en lui-même une violence et *in concreto* puisque, selon les mêmes enquêtes, la prostitution est accompagnée d'agressions sexuelles, physiques et psychologiques. Or, plusieurs études scientifiques démontrent le contraire, à savoir qu'il existe aujourd'hui grâce à Internet un espace de sexualité négociée dans lequel femmes et hommes de toutes les classes sociales, et majoritairement de nationalité française, proposent librement leurs services sexuels.

Troisième idée fausse : les clients des prostituées sont complices des proxénètes, c'est pourquoi ils doivent à la fois être sanctionnés et rééduqués par des stages de sensibilisation. Or, le client n'a rien d'un proxénète puisqu'il ne tire aucun profit de la prostitution d'autrui. Des études sociologiques montrent qu'il s'agit des messieurs Tout-le-monde, de tous âges et de tous milieux. Certes, la violence, les agressions et la domination existent, toutefois, dans ces cas de figure, il ne s'agit nullement des services sexuels mais des crimes punis sévèrement par la loi pénale (viol, harcèlement, exhibition sexuelle...). Certes, l'exploitation économique et les trafics existent non seulement en matière sexuelle mais aussi dans les restaurants, les ateliers de couture et les échafaudages des bâtiments, personne ne songe pour autant à faire disparaître ces activités-là.

L'idéologie paternaliste qui traverse l'ensemble de la proposition de loi est celle qui consiste à croire que la prostitution est préjudiciable pour les femmes en particulier et pour la société en général. C'est pourquoi, nul ne peut choisir ce type d'activité sous peine de s'aliéner. La vision systémique de la prostitution permet ainsi d'occulter le consentement, même valide, d'une femme car la prostitution nie sa dignité et réifie sa personne. La sexualité est au féminisme paternaliste ce que le travail capitaliste est au marxisme. Seule la sexualité gratuite fondée sur les sentiments et l'affecte mérite la protection de l'Etat. La loi prévoit ainsi un «parcours de

* *Libération*, 14/10/2015

sortie de la prostitution» pour les victimes et des «stages de sensibilisation» permettant aux clients d'apprendre la bonne sexualité. Mais, chercher à faire le bien de l'individu contre son gré ne constitue-t-il pas le premier pas vers la tyrannie ?

Lutter contre toutes les formes d'exploitation, y compris celles dont sont victimes les prostituées, me semble une mission juste et nécessaire de l'Etat démocratique. Cependant, le projet de loi n'entend pas s'attaquer à la précarité et à l'exploitation : pas de syndicats pour les travailleurs et les travailleuses du sexe, pas de retraite, pas de vacances, pas d'horaires, pas de protection sociale, pas d'accès au logement... L'ennemi ce n'est pas la précarité mais le client. Pourtant, la Cour de Justice de l'Union Européenne avait considéré en 2001 que l'activité de prostitution exercée en tant qu'indépendant peut être considérée comme étant un service fourni contre rémunération et relève, par conséquent, des dispositions du droit communautaire relatives à la libre prestation de service. La proposition de loi se garde bien d'utiliser le terme « service » et le remplace par celui d'achat d'acte sexuel, ce qui est complètement faux car il n'y a pas transfert de propriété.

Peu importe, comme le lit de Procuste, pour faire entrer la réalité dans le « système prostitutionnel », le législateur est prêt à sacrifier la liberté sans pour autant garantir un statut professionnel aux prestataires des services sexuels.

L'appréhension du phénomène prostitutionnel par l'Etat appelle une régulation et non une pénalisation*

Cinq ans après son instauration, la loi visant à lutter contre la prostitution n'a pas eu les effets escomptés. Face à cet échec, le juriste Daniel Borrillo estime, dans une tribune au « Monde », que l'Etat doit rompre avec l'idéologie abolitionniste et adopter une approche plus pragmatique du phénomène en matière fiscale et judiciaire.

Cinq ans après l'adoption de la loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, le bilan est plus que décevant. En décembre 2019, après une évaluation de l'application de la loi, un rapport interministériel a mis en lumière à la fois une aggravation de la précarité des personnes qui se prostituent dans la rue et un transfert du sexe tarifé vers le Web. Le rapport est également sévère sur l'accompagnement des personnes prostituées par des parcours de sortie : en 2019, seuls 341 cas ont été autorisés alors que l'on compte environ 40 000 personnes prostituées en France.

Aussi, l'association Médecins du monde a pu constater que « la santé des travailleuses du sexe s'est détériorée non seulement parce qu'elles sont moins en mesure d'imposer le port du préservatif, parce que l'accès à la prévention et aux outils de réduction des risques est rendu plus compliqué par l'isolement, mais également parce qu'elles travaillent plus et plus longtemps pour gagner moins ».

La pandémie a énormément aggravé la vulnérabilité d'une population déjà fortement précarisée. Les violences à l'encontre des travailleuses du sexe de rue ont augmenté en quantité

* *Le Monde* 13/04/2021

et en intensité. Plus grave encore, le proxénétisme et la prostitution d'enfants n'ont fait qu'accroître depuis l'adoption de la loi.

Aussi, loin d'avoir mis fin au sexe tarifé, comme le prétendaient les promoteurs de la loi, celle-ci a favorisé le développement des nouvelles formes de racolage articulées autour du Web dans des sites d'escorting souvent hébergés à l'étranger. L'escorting met en évidence un autre rapport au corps et constitue une activité économique prospère. L'étude ProstCost, réalisée en 2015, avait chiffré à 3,2 milliards d'euros le chiffre d'affaires global de la prostitution, soit un revenu moyen de 7 300 euros mensuels pour les 37 000 personnes prostituées en France.

Si l'administration fiscale taxe les revenus des personnes prostituées exerçant comme travailleur indépendant, celles qui recourent aux sites internationaux d'escorting échappent très largement à l'impôt, le montant de l'évasion fiscale ayant été évalué 853 millions d'euros par l'étude précitée.

Un nombre considérable d'escorts exerce librement une activité, échappant à toute forme de proxénétisme ou de traite, grâce à la création d'un profil Internet autogéré. Cette activité unipersonnelle ne connaît pas les frontières et les pays de destination sont choisis en fonction de leur législation et de leur prospérité économique.

Loin d'être des victimes d'un néolibéralisme prêt à réduire les humains en marchandises, comme le prétend l'idéologie abolitionniste, les escortes tirent profit du libéralisme en déployant une activité commerciale en hiver à Dubaï ou en Australie, en été en Europe et qui, par son caractère transfrontière, échappe à toute taxation.

Il importe de prendre au sérieux la revendication des travailleurs et travailleuses du sexe selon lesquels l'échange d'argent pour des services sexuels constitue un travail pour ceux et celles dont c'est la source de revenu

Par ailleurs, le montant considérable des revenus issus de l'escorting rend illusoire le déploiement du dispositif de sortie de la prostitution qui, sous condition de renoncer à cette activité, octroie après un parcours administratif fastidieux une allocation mensuelle de 330 euros.

Face à un tel constat d'échec, le moment est arrivé de regarder les nouveaux visages de la prostitution. Il importe d'une part de prendre au sérieux la revendication des associations des travailleurs et travailleuses du sexe selon lesquelles l'échange d'argent pour des services sexuels constitue un travail pour ceux et celles dont c'est la source de revenu.

La reconnaissance légale du service sexuel constitue la consécration du principe de la liberté de disposer de son corps et permet de mieux combattre la prostitution forcée et surtout celle des mineurs, d'éliminer les situations d'abus et d'assurer des conditions dignes de travail aux prostituées en matière de sécurité et de santé.

Fruit de la croisade morale menée par les mouvements abolitionnistes de droite comme de gauche, la loi de 2016 a réussi à imposer aux autres, c'est-à-dire aux prostituées et à leurs clients, une conception paternaliste selon laquelle la prostituée est une victime à protéger des clients, mais aussi d'elle-même puisqu'on ne peut consentir à la prostitution sous peine de compromettre sa propre dignité humaine. Or, comme tout travail, la prostitution peut être libre

ou subie, le seul moyen efficace de mettre fin à la contrainte d'un supposé « système prostitutionnel » est de rendre les prostitués, hommes et femmes, libres de leur force de travail.

L'Etat devrait être garant et protecteur de l'exercice de cette liberté, laquelle a un corollaire : celui de la soumission de l'activité prostitutionnelle aux règles de droit auxquelles est assujéti tout acteur économique.

Dans une approche pragmatique, libérée de tout a priori idéologique, l'appréhension du phénomène prostitutionnel par l'Etat appelle une régulation et non une pénalisation au nom d'une victimisation supposée des travailleurs du sexe. L'un des premiers effets probables de cette régulation serait de rendre moins attractif le bénéfice économique de la prostitution par sa fiscalisation au besoin, en engageant une politique de lutte contre la fraude fiscale.

En second lieu, l'Etat devrait réajuster sa politique pénale en substituant à la criminalisation désuète du client une coopération policière et judiciaire renforcée de lutte contre le proxénétisme et la traite des êtres humains, sans doute au niveau européen.

Au final, la loi de 2016 tient à une idée aussi simple que dangereuse : « Supprimons les clients et nous supprimerons du même coup la prostitution ! » Le bilan de ces cinq années d'application d'une loi incantatoire et inutile a dévoilé les effets néfastes de l'idéologie abolitionniste ; espérons qu'il reste encore un peu de courage politique pour regarder objectivement toutes les formes de la réalité prostitutionnelle et de lui appliquer un traitement qui restitue à ces acteurs la vraie dignité qu'ils méritent.

Pour l'assistance sexuelle des handicapés*

Accepteriez-vous une vie sans relation sexuelle, alors que vous en avez le désir ? Accepteriez-vous, alors que c'est votre souhait, de ne pas connaître votre corps dans ce qu'il a de plus intime, de ne pas connaître celui de l'autre ? Aujourd'hui, en France, des hommes et des femmes se trouvent privés de toute vie sexuelle parce que leur handicap les empêche d'accomplir certains gestes. Accepteriez-vous d'être considéré comme un être asexué, désincarné, sans désir ni besoins ? Les personnes en situation de handicap subissent de tels préjugés.

Accepteriez-vous d'accomplir un geste intime pour votre adolescent ou votre jeune adulte parce que son handicap l'empêche de le faire lui-même, alors que vous savez que l'épanouissement

* *Appel publié dans Libération, parmi les premiers signataires* : Dominique Abel Réalisateur Daniel Borrillo Professeur de droit à l'université de Paris-Ouest, chercheur associé au CNRS Pascal Bruckner Philosophe, Jean-Michel Carré Réalisateur Philippe Caubère Comédien, Jeanne Cherhal Chanteuse François Cluzet Acteur Grégory Cuilleron Cuisinier et animateur télé Marie Darrieussecq Ecrivaine Véronique Dubarry Elue EE-LV, Eric Fassin Sociologue Françoise Gil Sociologue Fiona Gordon Réalisatrice Jacques Grison Photographe Marie-Elisabeth Handman Anthropologue, Gustave Kerven Réalisateur Alain Kirili Sculpteur Brigitte Lahaie Animatrice sur RMC Stéphane Lavignotte Pasteur Ariane Lopez-Huici Artiste photographe Janine Mossuz-Lavau Politologue, sociologue Ruwen Ogien Philosophe, Pierre Rabhi, écrivain Jean-Luc Romero, Jean-Pierre Sinapi Réalisateur Bruno de Stabenrath Ecrivain Louis-Georges Tin, Richard Yung Sénateur, *Plusieurs associations ont également déjà signé cet appel* : Act-Up Paris, AIDES, Association des paralysés de France (APF), le Strass (Syndicat du TRAvail Sexuel)...

d'un individu passe par le respect de son intimité et de son corps ? Les parents d'adolescent(s) et de jeune(s) adulte(s) en situation de handicap sont confrontés à de tels problèmes.

Les professionnels qui accompagnent les personnes en situation de handicap se retrouvent, eux aussi, dans des conditions difficiles et parfois même limites moralement et légalement : demande d'aide pour des gestes sexuels, de mise en relation avec un tiers, etc. La vie affective et sexuelle de chaque être humain ne nécessite aucun accord ou autorisation a priori de qui que ce soit. L'accès à une vie affective et sexuelle constitue une liberté fondamentale et doit être un droit véritable et inaliénable pour tous.

Toute personne doit pouvoir recevoir l'assistance humaine éventuellement nécessaire à l'expression de sa sexualité. Aucune décision concernant la vie affective et sexuelle ne peut être prise par un tiers si elle ne s'appuie pas sur le consentement éclairé de la personne.

Pour certaines personnes lourdement handicapées, cet accès à une vie affective et sexuelle passerait par la mise en place de services d'accompagnement sexuel. Ces services seraient à la fois des lieux d'information, d'aide à la formulation de leur demande et de mise en relation avec un assistant sexuel. Cet assistant, homme ou femme, aurait pour rôle de répondre à un besoin d'apprentissage et de découverte de l'intimité, mais aussi de prodiguer, dans le respect, une attention sensuelle, érotique et/ou sexuelle. Il pourrait aussi permettre l'acte sexuel entre deux personnes qui ne peuvent l'accomplir sans aide.

Le recours à un(e) assistant(e) sexuel(le) n'est pas la seule solution à proposer aux personnes en situation de handicap mais il doit être un choix possible, librement consenti et éclairé, dans une relation humaine. Or, l'assistance sexuelle est aujourd'hui assimilée à de la prostitution et ceux qui mettent en relation assistant sexuel et personne en situation de handicap à des proxénètes. Pourtant, prostitution et assistance sexuelle se différencient sur plusieurs points, notamment : Les assistants sexuels suivent une rigoureuse procédure de recrutement et une formation à l'accompagnement sensuel et érotique. Les assistants sexuels sont formés pour permettre l'autonomie des personnes en situation de handicap dans la conduite de leur vie affective et sexuelle. Ils animent ainsi des ateliers de séduction, d'estime de soi par l'estime de son corps, etc. Les séances d'assistance sexuelle font l'objet d'évaluations et d'analyses des pratiques professionnelles. Les assistants sexuels bénéficient d'un suivi psychologique individualisé.

Pour en finir avec les préjugés, pour en finir avec les situations douloureuses, limites, illégales et pour construire une société ouverte à tous.

En couple, célibataire, en prison : avons-nous un droit à la sexualité ? *

Privation de sexualité en prison, obligation dans le cadre du mariage... "De quoi se mêle l'État ?"

Si la sexualité relève de la sphère privée et de choix personnels, il est important de s'intéresser à ce que la société et le droit garantissent en la matière. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) définit la santé sexuelle comme *"un état de bien-être physique, mental et social dans le*

* *Konbini News, 10/05/2021*

domaine de la sexualité. Elle requiert une approche positive et respectueuse de la sexualité et des relations sexuelles, ainsi que la possibilité d'avoir des expériences sexuelles qui soient sources de plaisir et sans risque, libres de toute coercition, discrimination ou violence". Sexualité(s) libre(s), sans contrainte et sans discrimination : qu'en est-il dans notre pays ? Daniel Borrillo, juriste spécialisé dans le droit du genre et de la sexualité a répondu à nos questions.

Konbini news | Existe-t-il un droit à la sexualité en France ? Qu'en est-il dans d'autres pays ?

Daniel Borrillo : D'une part, je pense qu'il faut faire la différence entre la liberté sexuelle et un droit à la sexualité. Vous faites référence à cette déclaration universelle qui est pour moi une déclaration de liberté. C'est-à-dire que tout le monde doit pouvoir agir sexuellement de telle sorte qu'il n'y ait pas une contrainte extérieure ou une sexualité imposée. En revanche, je crois que l'on ne peut pas parler d'un droit à la sexualité, puisque cela reviendrait à dire qu'il y a un débiteur et un créancier, c'est-à-dire quelqu'un qui pourrait exiger ces droits subjectifs vis-à-vis de quelqu'un d'autre qui serait débiteur de ces droits-là. Si on prend l'exemple de la Suisse, il y a des "aidants sexuels" : ce n'est pas de la prostitution, c'est simplement une assistance sexuelle. Là, on peut dire qu'il y a bel et bien un droit à la sexualité pour les personnes handicapées. En France, il y a une liberté sexuelle qui peut être exercée si vous avez les compétences et la capacité à pouvoir avoir une activité sexuelle.

Est-ce qu'il existe des éléments dans la société qui permettent de garantir une forme de préservation "d'accès à la sexualité", faute de droit ?

Non, je ne pense pas qu'un élément juridique ou social permette d'avoir un accès à la sexualité. Mais on pourrait le prendre autrement : à partir d'un dispositif de non-discrimination, on peut considérer qu'il y a eu en France l'accès à une sexualité légitime qui était considérée jusqu'alors comme illégitime. Si l'on prend l'exemple de la sexualité en prison, aux Pays-Bas, il y a la possibilité pour les détenus d'avoir une sexualité tarifée puisqu'il y a des services de prostitution en prison pour les détenus qui ne sont pas en couple par exemple. Or, en France, si vous ne pouvez pas vous "débrouiller" pour exercer votre liberté sexuelle, il n'y a pas de droit, il n'y a qu'une liberté limitée par la détention.

De même, on peut avoir une forme de "prison du corps" quand on est handicapé. Si on est "enfermé" dans un handicap, on ne peut pas dire qu'il y a une liberté sexuelle puisque vous ne pouvez pas exercer cette liberté du moment que vous êtes handicapé. Par exemple, l'homosexualité. Pendant longtemps, elle était juridiquement et socialement considérée comme contraire à la loi ou à la morale. Et, dans les années 1980, il y a eu la dépénalisation de l'âge de consentement. À partir de ce moment-là, le mécanisme juridique, qui considérait que l'homosexualité était une sexualité illégitime et que la majorité sexuelle n'était pas la même pour les couples de personnes homosexuelles et hétérosexuelles, a été abrogé et on a donc gagné en liberté. Cela ne veut pas dire qu'il y a un droit à l'homosexualité, ça veut dire uniquement que la liberté sexuelle s'est étendue aussi aux rapports homosexuels.

Je peux aussi prendre l'exemple du viol conjugal. Jusqu'aux années 1980, on considérait qu'il n'y avait pas de viol entre époux puisque du moment que vous étiez mariés, il y avait une espèce de présomption de consentement, de consentement donné par avance : une fois mariée la personne était consentante à tout acte sexuel. Juridiquement, ça a changé et on a même introduit dans le Code pénal la possibilité qu'il y ait des viols conjugaux. Ainsi, dans chaque acte sexuel, y compris dans le mariage, il faut qu'il y ait un consentement explicite. Un conjoint n'est pas

propriétaire du corps de l'autre conjoint. Là aussi, on a gagné en liberté : il y a eu une extension du domaine de la liberté sexuelle, cela ne veut pas dire qu'il y a un droit à la sexualité dans le mariage.

Que l'État met-il en place face à la misère sexuelle ?

C'est fait de manière indirecte avec la contraception. Le fait que la contraception ne soit plus interdite a permis une plus grande liberté sexuelle donc il y a quelque chose qui est fait, à partir de la procréation. Ce droit à la non-procréation ou non-filiation, et plus tard l'accès à l'IVG, ont permis une plus grande liberté. Mais ce n'est pas lié à la sexualité en tant que telle, c'est lié à la reproduction. C'est par le biais de la reproduction que l'on a gagné en liberté.

L'État et le droit français pourraient-ils mettre en place des mécanismes permettant de limiter cette misère sexuelle, qui est une souffrance pour de nombreuses personnes ?

Absolument. Je pense qu'il y a au moins deux domaines dans lesquels on pourrait pallier cette situation. D'une part avec la légalisation de la prostitution, c'est-à-dire considérer la prostitution comme un service avec une reconnaissance du travail sexuel en tant que tel avec la protection sociale, sanitaire, les droits fiscaux, etc. D'autre part, avec la reconnaissance des assistants sexuels pour les personnes handicapées.

Et concernant la prison, je crois que l'on devrait élargir les unités de vie familiale. Actuellement, les détenus peuvent avoir une sexualité avec une personne de l'extérieur qui soit le conjoint, le concubin ou le petit ami. Mais la sexualité entre détenus ou avec des gardiens est interdite dans les règlements. Cela permettrait qu'il n'y ait pas une double peine pour les détenus : ils sont privés de liberté de circulation, de liberté d'aller et venir mais pas de liberté sexuelle. Je ne comprends pas pourquoi une fois que la personne est détenue, elle est aussi privée de sa liberté sexuelle.

N'y a-t-il pas selon vous une contradiction entre l'interdiction de la prostitution et la notion de santé sexuelle ?

Il y a une contradiction avec la notion de santé sexuelle, mais il y a même une contradiction beaucoup plus grave : sur la notion de vie privée. C'est-à-dire que la constitution nationale et la Convention européenne des droits de l'homme garantissent le respect à la vie privée et je pense que la sexualité est une question éminemment de vie privée.

Je ne vois pas au nom de quoi l'État va s'immiscer dans la vie privée, sexuelle, des personnes du moment que la sexualité concerne des adultes consentants. Je ne vois pas pourquoi l'État va considérer, par exemple, que l'acte sexuel rémunéré est un acte qui serait une infraction et un acte sexuel gratuit ne serait pas une infraction.

À travers le refus de la reconnaissance du statut d'assistant sexuel, on accentue une discrimination à l'égard des personnes en situation de handicap, non ?

Oui, et y compris dans des affaires que j'ai eues, qui sont dramatiques. Même une personne qui fait appel à un assistant sexuel dans le cas d'un couple où ils sont tous deux handicapés. C'est-à-dire que ce sont des personnes qui ont uniquement besoin de quelqu'un pour les aider à se rapprocher corporellement : la personne qui va faire ça sera assimilé à un client de la prostitution et risquera une amende et même une sanction pénale.

Ça peut ne pas se savoir, mais il suffit qu'il y ait une dénonciation pour que la personne ait une amende pénale alors qu'elle pense simplement avoir aidé deux personnes handicapées, qui sont en couple, à pouvoir accomplir un acte sexuel. On est dans des situations qui sont dramatiques. Là, c'est la double peine, le handicap et l'assimilation à la prostitution.

Récemment, une femme a déposé un recours contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme pour "ingérence dans la vie privée" et "atteinte à l'intégrité physique", après que la justice française a prononcé un divorce à ses torts exclusifs pour avoir refusé des rapports sexuels avec son mari. Qu'en pensez-vous ?

Depuis les années 1950, il est clair que la Cour de cassation considère que la cohabitation, c'est l'entretien de rapports sexuels et c'est la contrepartie de la notion de fidélité. Le problème, c'est qu'en France, on a gardé le devoir conjugal, la faute et la fidélité. Trois éléments canoniques qui ont disparu de la plupart des codes civils modernes et qui existent toujours en France... C'est l'ordre juridique qui est ainsi établi et il faut le changer. Il est très conservateur et mérite une évolution.

Pourtant, la liberté sexuelle, c'est aussi bien la possibilité d'avoir des relations sexuelles que la liberté de ne pas en avoir, quelle que soit notre situation, non ?

Effectivement. Et là, encore une fois, de quoi se mêle l'État ? C'est également pour moi une question de vie privée. Pourquoi la loi établit qu'il y a une obligation d'entretien des rapports sexuels ? Il se peut très bien que les gens ne souhaitent pas entretenir de rapports sexuels. Évidemment, ils peuvent le faire, mais si à un moment il y a un divorce et qu'un avocat évoque l'absence de rapports sexuels, l'époux "fautif" va avoir des sanctions, y compris patrimoniales. Là, on a également l'intromission de l'État dans un domaine qui est pour moi éminemment intime, privé.

Si aujourd'hui il est important de tirer une sonnette d'alarme sur la question d'un droit à la santé sexuelle et d'un accès à la sexualité, quels risques majeurs souligneriez-vous et quelles évolutions, notamment législatives et judiciaires, recommanderiez-vous ?

Je pense que le risque est une limitation de liberté et également une limitation de l'épanouissement de la société, de l'individu. La sexualité fait partie intégrante de la psychologie et de la santé humaine. La limiter, c'est comme limiter l'alimentation, le sport ou le travail. Comment devrait-on pouvoir dépasser tout cela ? C'est en instaurant une véritable liberté sexuelle entre adultes consentants.

Pour moi, la ligne de partage entre ce qui est bien ou pas bien sexuellement parlant, ce n'est pas la sexualité rémunérée, sadomasochiste, romantique. Du moment que les choses se passent entre adultes consentants, le droit n'a rien à dire sur la substance, le contenu de la sexualité. Chacun mène la sexualité comme il entend la mener.

Du moment que l'État vient nous dire que ça devrait être comme ci ou comme ça, de mon point de vue, c'est une ingérence illégitime dans la vie privée des individus. J'ai le sentiment qu'on a pas mal avancé en matière sexuelle, surtout en termes d'égalité homme-femme, homo-hétéro, mais j'ai parfois l'impression qu'on a reculé en matière de libertés.

II.- LA LIBERTÉ INTELLECTUELLE

La liberté intellectuelle est celle qui permet à l'individu sa réalisation en tant qu'être spirituel. Depuis l'avènement de la Cité grecque, tout peut être soumis à la discussion dans l'agora. Les tabous peuvent être transgressés sans que le ciel ne nous tombe sur nos têtes. La liberté de l'esprit comprend la liberté de communiquer ses opinions, de s'exprimer artistiquement et même de rebuter autrui... L'œuvre de pornographes participe également de cette liberté intellectuelle

1. La liberté d'expression

Le principe de la liberté d'expression affirme un droit individuel : celui de s'exprimer sans subir d'interférences arbitraires. Se référant au principe de liberté d'expression, la CEDH souligne qu'elle « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes (...) mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent »

Le blasphème : un droit sacré*

Notre liberté d'expression ne sera comprise et admise que si elle s'applique à toutes les religions

Je suis de l'avis de Bernard Shaw, pour qui « toutes les grandes vérités sont d'abord des blasphèmes ». Le blasphème, aboli par la Révolution française, constitue un crime condamné par toutes les religions monothéistes : « Si un homme insulte son Dieu, il doit porter le poids de son péché ; ainsi celui qui blasphème le nom du Seigneur sera mis à mort », statue le Lévitique.

Si nous voulons que la liberté d'expression soit non seulement comprise, mais aussi partagée par l'ensemble de la population, si nous croyons que son efficacité dépend d'une application équitable vis-à-vis de toutes les manifestations religieuses, nous aurions dû commencer par nous mobiliser lors de la censure de la marionnette du pape Benoît XVI ou encore à l'occasion de l'interdiction d'une publicité considérée comme « contraire à la sensibilité chrétienne » par la justice française. Or, à ce moment-là, très peu des voix se sont élevées...

Rappelons la première affaire : un sketch diffusé le 20 avril 2005 sur Canal+, dans lequel la marionnette du pape bénissait les fidèles « au nom du Père, du Fils et du IIIe Reich ». Devant les pressions de l'Eglise, la chaîne a préféré l'autocensure, demandant publiquement des excuses. Ce qui n'a pas empêché sa mise en demeure par le CSA.

Dans la seconde affaire, le tribunal de grande instance de Paris a donné raison à l'association *Croyances et libertés* (instrument de l'épiscopat) en ordonnant l'interdiction d'affichage d'une publicité pour une marque de vêtements qui mettait en scène un groupe de femmes dans des poses sensuelles représentant *La Cène* de Léonard de Vinci. Le 8 avril, la cour d'appel de Paris confirma cette décision - contre l'avis du parquet et en opposition à sa jurisprudence antérieure.

* *Le Monde* 09/02/2006

« Acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds intime des croyances... la légèreté de la scène fait par ailleurs disparaître tout le caractère tragique pourtant inhérent à l'événement inaugural de la Passion » : voici les termes utilisés par les juges pour justifier la censure de la publicité en question.

Depuis quelques années, l'Eglise catholique a compris qu'il fallait livrer combat sur le terrain judiciaire en utilisant le droit positif en matière de protection contre les discriminations et les injures. Manier ces normes anti-discriminatoires afin de restaurer le crime de blasphème constitue, de mon point de vue, une forme de censure à peine déguisée.

En effet, le dispositif de protection contre les discriminations fut créé pour protéger des personnes appartenant principalement à des groupes minoritaires contre les actes et les discours d'incitation à la haine desquels ils seraient victimes. Il s'agit bien de protéger des personnes, et non des systèmes métaphysiques. Ceux-ci sont des constructions culturelles, qui non seulement peuvent mais doivent être soumises à la critique et même à la dérision.

La République s'est créée en grande partie contre la hiérarchie religieuse, et la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat a confirmé la neutralité religieuse de la France. Dans l'espace public, par nature laïque, on doit pouvoir se référer à toutes les religions d'une manière complètement libre et désacralisée.

Or, la forte mobilisation contre le risque de censure en Europe des caricatures de Mahomet - censure que je condamne aussi très fermement - et la faible réaction à la censure effective de la marionnette de Benoît XVI risquent de nous mettre dans la situation paradoxale d'une liberté d'expression à deux vitesses : une liberté sans limites vis-à-vis de la sensibilité musulmane, une autre très restrictive vis-à-vis de la sensibilité chrétienne.

Si nous voulons que notre mobilisation soit comprise non pas comme un manque de respect envers les musulmans, mais comme une véritable défense de la liberté d'opinion, nous devrions à l'avenir être aussi très vigilants contre les formes de censure qui prétendent « protéger » la religion majoritaire de la France.

Le droit au blasphème*

Dans un article publié par *Le Monde* le 16 mai 2005, je m'inquiétais déjà du combat judiciaire livré par les groupes religieux contre la liberté d'expression. Les tragiques événements récents me font reprendre ma plume pour rappeler ce que j'avais dénoncé il y a dix ans. La situation est d'autant plus grave qu'au nom de la lutte contre les discriminations, les tribunaux reprennent souvent l'interprétation détournée que les groupes religieux font de la norme juridique. Ainsi, l'islamophobie ou la christianophobie sont utilisées pour faire taire toute critique à l'égard des idéologies dogmatiques. Diderot, Nietzsche ou Marx pourraient être poursuivis en justice s'ils disaient aujourd'hui, à propos de la religion, ce qu'ils avaient écrit à l'époque : la religion est « l'aveuglement de l'humanité », « l'anémie de la volonté » ou « l'opium des peuples ».

Le dispositif de protection contre les discriminations fut créé pour protéger les personnes appartenant à des groupes minoritaires contre les actes matériels et les discours d'incitation à

* *Médiapart* 09/01/2015

la haine desquels ils seraient victimes. Il s'agit bien de protéger des personnes et non pas des dogmes. Ceux-ci sont des constructions de l'esprit humain, qui non seulement peuvent mais doivent être soumises à la critique. Pour les croyants, la religion est de nature sacrée ; pour les autres, il n'agit que d'une simple manifestation culturelle. La République s'est construite en grande partie contre la hiérarchie religieuse et la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat confirme la neutralité culturelle de la France. Dans l'espace public, par nature laïc, on doit pouvoir se référer au christianisme, à l'islam ou à toute autre religion, comme l'on se réfère au communisme, au libéralisme ou à l'astrologie, c'est-à-dire comme une pensée. La liberté d'expression implique non seulement celle d'analyser et de critiquer les idées, mais aussi de les ridiculiser. Si les musulmans, les communistes ou les astrologues méritent la plus haute protection en tant qu'individus, l'appareil idéologique qui sert de base à leurs croyances ne doit pas échapper à la critique sous peine de compromettre la première des libertés considérée comme telle par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. La Cour européenne des droits de l'Homme souligne que « La liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels, il n'est pas de société démocratique ».

La liberté des croyances est ainsi subordonnée à la liberté d'expression. L'Organisation de la conférence islamique (OCI) doit le comprendre et cesser son offensive internationale contre ce qu'elle considère des « actes blasphématoires à l'encontre des principes, symboles, valeurs sacrées et personnages islamiques, notamment la publication des caricatures injurieuses du prophète ainsi que toutes les remarques désobligeantes sur l'islam et les personnalités sacrées et la diffusion d'un documentaire diffamatoire sur le Coran et la reprise par d'autres médias, sous le prétexte de la liberté d'expression et d'opinion ». Ce combat est même parfois couronné de succès, puisque l'OCI est parvenue à faire voter le 26 mars 2007 au sein du Conseil des droits de l'homme de l'ONU une résolution sur la « *lutte contre la diffamation des religions* » ce qui constitue non seulement une remise en cause de la laïcité mais aussi une forme de réactualisation du délit de blasphème. Ainsi peut-on y lire que la liberté d'expression doit s'exercer dans « *le respect des religions et des convictions* ».

Les démocraties libérales ne peuvent pas céder face à ce type de menace dont la violence terroriste n'est que la manifestation la plus paroxystique. Le droit au blasphème fait partie de l'ADN de nos démocraties, c'est pourquoi les ennemis de la liberté ont essayé de l'anéantir. Indépendamment de nos croyances et de nos convictions, faisons en sorte que tous les Diderot, les Nietzsche les Voltaire, les Marx et autres esprits critiques puissent non seulement attaquer les religions mais aussi se moquer d'elles comme l'ont fait Charb, Cabu, Wolinski, Tignous, Maris et tous ceux qui ont sacrifié leurs vies pour défendre, ici et ailleurs, nos libertés.

Contre le paternalisme, la liberté d'offenser et le droit de choquer*

Sans outrage, sans provocation, sans subversion il n'y a pas de liberté d'expression, rendre celle-ci inoffensive c'est tout simplement la faire disparaître.

* *Contrepoints*, 23/06/2020

Vargas Llosa a raison d'affirmer que le coronavirus « *ravit les ennemis de la liberté* » y compris dans nos vieilles démocraties. La proposition de loi dite « Avia » s'inscrit effectivement dans la longue liste d'atteintes aux libertés fondamentales auxquelles nous assistons impuissants. Il suffit de lire « l'observatoire des libertés confinées » mis en place par *GénérationLibre* dans lequel on recense au moins 43 restrictions apportées aux libertés et droits fondamentaux pendant l'épidémie de Covid-19. Des libertés publiques aux libertés économiques de l'état d'urgence sanitaire à la mise en place du traçage numérique, la réponse à la crise sanitaire passe par la restriction des libertés. Mais le virus n'est que le révélateur d'une tendance politique paternaliste qui ne doit rien au marché de Wuhan. En effet, répondant à l'émotion et à la pression médiatique, le président Macron a mis en place en 2018 une *Mission pour lutter contre la haine, le racisme et l'antisémitisme sur internet* qui, dans un premier temps, a donné lieu à un rapport et, plus tard, à la proposition de loi « visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet » portée par la députée LREM Laetitia Avia.

Aussi bien le rapport que la proposition de loi ont fait l'objet de vives critiques de la part de la Commission consultative des droits de l'Homme, le Conseil national du numérique, l'Ordre des avocats, le Rapporteur spécial de l'ONU, la Ligue des droits de l'Homme, le Syndicat des avocats de France, le Syndicat de la magistrature, la Commission européenne.

Un certain nombre d'associations LGBTI comme l'inter-LGBT ou AIDES ont manifesté leur inquiétude quant à l'utilisation du dispositif par des groupes ultraconservateurs contre le mariage pour tous et l'homoparentalité, notamment ou afin de censurer des campagnes de prévention contre le VIH considérées « pornographiques ».

De même, *Parapluie Rouge*, un collectif pour la santé et les droits des travailleurs du sexe a dénoncé le puritanisme de la proposition de loi qui aurait pour conséquence de « *faire disparaître les travailleuses du sexe des réseaux sociaux qu'elles utilisent pour construire leur communications* ». Pour mieux appréhender la gravité de la situation, il faut situer la proposition de loi dans le contexte des nombreuses initiatives du gouvernement pour limiter le droit de la presse à commencer par la loi de 2018 sur les *fakes news* et le rapport *Hoog* proposant la création d'une instance d'autodiscipline des journalistes...

À la crise sanitaire, la proposition de loi a ajouté une crise démocratique, évitée *in extremis* par le Conseil constitutionnel lequel vient de considérer que « *le législateur a porté à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas adaptée, nécessaire et proportionnée au but poursuivi.* »

En ces temps chahutés par la démagogie et l'immédiateté, le Conseil constitutionnel nous rappelle l'importance d'un des principes fondateurs de la démocratie : la liberté d'expression consacrée dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et l'ensemble des Constitutions occidentales. Manifestation de la liberté de la pensée, la liberté d'expression est également consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Dans le célèbre arrêt *Handyside c./Royaume-Uni*, les juges de Strasbourg, en interprétant cet article, affirment que la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population* ».

Pavé de bonnes intentions, le chemin qui mène à la proposition de loi mettait en question le principe selon lequel l'État n'a pas d'opinion – et doit par conséquent les tolérer toutes – prétendant intervenir dans le contenu même des communications !

Bien évidemment, comme toute liberté, la liberté d'expression n'est pas absolue : la diffamation, l'injure, l'incitation à la haine, l'apologie du terrorisme et la diffusion d'images pédopornographiques constituent des délits sanctionnés sévèrement par la loi pénale. Les réseaux sociaux n'ont pas créé de nouvelles infractions mais ils les facilitent. L'anonymat favorise les risques d'abus, la virulence et la violence. C'est justement à cela qu'il aurait fallu s'attaquer. En revanche, le pouvoir de censure donné aux opérateurs de plateformes en ligne et la police de la liberté d'expression déléguée à l'administration sans aucun contrôle judiciaire, constituaient à ne pas en douter, comme l'affirme le Conseil constitutionnel, des véritables attaques à la liberté d'expression.

Jusqu'alors dans la recherche d'un équilibre entre liberté d'expression et offenses, la loi établissait un dispositif répressif (contrôle *a posteriori* de l'infraction) et non pas préventif comme le fait la proposition de loi par un contrôle *a priori* autrement dit, une censure de la parole. Il est certes compliqué de vivre avec la liberté de parole, elle peut effectivement faire du tort mais, comme le souligne John Durham Peters, il s'agit d'un « *mal nécessaire* » qu'on doit s'infliger en vue d'un plus grand bien. Puisque l'histoire de la liberté d'expression procède, pour ainsi dire, par nuisance que l'on doit toutefois tolérer, je ne vois pas comment il pourrait en être autrement. Il a bien fallu que certains blessent le sentiment des chrétiens et des musulmans tels Diderot, Nietzsche, Marx ou Rushdie pour faire avancer la liberté d'expression.

Sans outrage, sans provocation, sans subversion il n'y a pas de liberté d'expression, rendre celle-ci inoffensive c'est tout simplement la faire disparaître. Comme l'a si bien démontré mon ami Ruwen Ogien, la démocratie est une discipline qui commence par le difficile exercice de supporter la parole d'autrui.

Des valeurs différentes pour le X*

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) vient de mettre en demeure plusieurs émissions ayant diffusé des images pornographiques. Sur la base d'une directive communautaire généraliste qui recommande la surveillance de ce type de diffusion afin de protéger les mineurs, le CSA préconise la suppression pure et simple des films X sur toutes les chaînes !

Si, dans une période politique comme celle que nous traversons aujourd'hui, il est très difficile de parler de liberté, la seule évocation de la libre circulation des images érotiques provoque l'horreur. La sécurité est devenue la valeur cardinale autour de laquelle s'organise l'ensemble des politiques publiques. Dans ce contexte, et pour des raisons différentes (la droite conservatrice par conviction morale et la gauche par opportunisme « féministe »), un consensus mou, hostile à la pornographie, risque de s'imposer au nom des valeurs qui n'ont rien à voir avec la liberté : la morale, la protection de l'enfance, la dignité de la femme...

En l'absence d'un véritable libéralisme politique et moral sur la scène publique française, la seule liberté qui semble trouver une protection efficace est, hélas, la liberté économique,

* *Libération* 07/10/2002

incarnée par la figure de l'homme d'affaires sans scrupule. Les autres libertés peuvent être sacrifiées allégrement sans que personne n'élève la voix, pire encore, en justifiant ce sacrifice comme une nécessité pour le bien de la *Polis* et la protection des supposées victimes. L'exemple de la prostitution ne me contredira pas, sous prétexte de lutter contre l'esclavage, on ne fait que chasser les filles et condamner des clients même s'ils sont tous deux libres, adultes et consentants. Il est évident que, dès lors que l'on met en scène des rapports pédophiliques ou des agressions sexuelles envers les femmes, une censure s'impose mais elle ne doit pas s'exercer contre l'ensemble de la création pornographique *in abstracto* et d'une manière universelle. S'il est vrai que pour certaines personnes la pornographie pourrait avoir des conséquences négatives, il suffit de s'assurer de l'installation des barrières efficaces afin de limiter l'audience (cryptage, heure tardive...).

Dans plusieurs films pornographiques, le genre féminin est systématiquement méprisé par le fantasme machiste qui renforce la domination masculine et banalise l'image de la femme toujours disponible en tant qu'objet sexuel. Cette situation pose problème et il est urgent de trouver les moyens pour y remédier en réfléchissant, non en censurant !

En effet, la critique des féministes est en ce sens la seule qui me semble mériter le débat car il ne s'agit pas d'une approche moralisatrice. Elle change complètement la perspective critique : ce n'est pas sous le prisme de la liberté que l'on regarde la pornographie mais sous celui de l'égalité des sexes. En ce sens, les arguments fondés sur la « domination masculine » sont fort intéressants. Cependant, une confusion entre la cause et les effets traverse ce discours. Comme pour beaucoup d'œuvres de l'esprit, la pornographie n'est que le résultat d'une atmosphère sociale dans laquelle baigne l'auteur qui s'adresse à une population hétérosexuelle masculine. L'image de la femme-objet véhiculée par une société misogyne est ainsi reproduite sans perspective dans certains films X. Mais la cause est justement la société sexiste et non pas la pornographie. Force est de constater que dans l'ensemble des pays où la pornographie est interdite, la condition de la femme est épouvantable. En revanche, les sociétés les plus libérales dans ce domaine sont également celles qui ont le plus avancé dans l'égalité des sexes. En France, les dispositifs légaux qui organisent une censure implacable et taxent lourdement les œuvres classées comme pornographiques ont fini par faire de ce genre une sorte de poubelle bon marché.

Dans une société de plus en plus égalitaire, les images érotiques vont nécessairement évoluer. Les rôles devenant interchangeables, à chacun de négocier sa place dans l'univers iconographique. De même, une pornographie gay et lesbienne, conçue et réalisée par les homosexuel(le)s eux-mêmes et diffusée dans les circuits généralistes, permettrait de modifier l'image du désir et des fantasmes entre personnes du même sexe.

La liberté d'expression se trouve aujourd'hui menacée par un double danger : d'une part, une pornographie médiocre, hétérosexiste et misogyne qui s'impose dans le marché et d'autre part une rhétorique qui justifie une interdiction de principe contre toutes les images pornographiques. L'amalgame entre pornographie et viol (ou pédophilie), souvent mis en avant par les médias, me semble non seulement abusif mais il justifie de manière autoritaire une censure officielle de nature arbitraire.

De même que certains producteurs de films X se sont engagés à représenter systématiquement la pénétration avec préservatif, l'on peut imaginer que des images dégradantes pour les femmes mais aussi pour les homosexuels ou les minorités ethniques puissent être corrigées spontanément au profit d'une mise en scène des fantasmes sexuels dépourvue de misogynie,

d'homophobie et de racisme. Ce n'est pas l'ensemble des créations pornographiques qu'il faut attaquer (après tout si elles stimulent l'activité sexuelle de certains individus pourquoi les priver de cela ?), c'est uniquement ce segment des films médiocres qui, malheureusement, avec des actions comme celle du CSA, risquent d'envahir un marché de plus en plus clandestin

Larry Flynt : l'antidote contre la sexophobie*

L'Amérique perd l'un des plus grands défenseurs de la liberté d'expression mais aussi un redoutable homme d'affaires qui a fait fortune grâce à sa capacité de travail, son talent et son sens aigu du commerce.

Larry Flynt nous a quittés et avec son départ l'Amérique perd l'un des plus grands défenseurs de la liberté d'expression mais aussi un redoutable homme d'affaires qui a fait fortune grâce à sa capacité de travail, son talent et son sens aigu du commerce. Connu surtout comme pornographe, il a combattu l'hypocrisie de la société américaine en engageant une lutte politique pour la liberté de caricaturer. Celle-ci l'a notamment mené en 1988 devant la Cour suprême contre le pasteur ultraconservateur Jerry Falwell pour l'avoir montré comme un ivrogne incestueux ou encore en critiquant fortement les médias américains qui ont refusé de publier les caricatures de Mahomet après les attentats de Paris en 2015.

En France, le combat contre la liberté d'expression était jusqu'à récemment le monopole des associations religieuses. Il suffit pour ce faire de se souvenir de certaines affaires : la tentative de censure du film *Je vous salue Marie* de Godard en 1985, de *La dernière tentation du Christ* de Scorsese en 1988 ; ou les attaques à l'affiche du film *Larry Flynt* ; ou encore lorsque le tribunal de grande instance de Paris a donné raison à l'association *Croyances et libertés* (instrument de l'épiscopat) en ordonnant l'interdiction d'affichage d'une publicité pour une marque de vêtements mettant en scène sensuelle un groupe de femmes représentant *La Cène* de Léonard de Vinci.

Une nouvelle forme de conservatisme contre la liberté d'expression

Aujourd'hui, une nouvelle forme de conservatisme met en danger la liberté d'expression. En effet, depuis la fin des années 1970, le collectif américain *Women Against Pornography* demande l'interdiction de la pornographie au nom de la dignité et de l'égalité des femmes et quelques années plus tard, les principales figures féministes du collectif n'hésiteront pas à s'associer avec Ronald Reagan dans une croisade contre la pornographie en considérant cette pratique à l'origine des crimes sexuels et des comportements asociaux (Rapport *Meese* du nom du procureur général des USA sous la présidence Reagan).

En France, à l'exception notable du Planning Familial, la majorité des associations féministes s'est mobilisée pour l'abolition de la prostitution et la criminalisation des clients, cristallisée dans la loi de 2016. Les arguments du féminisme anti-libéral arrivent ainsi avec force en France également contre la pornographie. L'entreprise est d'autant plus redoutable que ce féminisme radical a permis de sortir les questions sexuelles du registre de la morale en fournissant des arguments considérés comme plus raisonnables surtout dans un État laïc. On est ainsi passé du harcèlement sexuel au harcèlement à la sexualité. C'est justement la sexualité telle qu'elle est

* *Contrepoints* 13/02/2021

et non pas telle elle devrait être qu'a voulu montrer Larry Flynt et, partant, il s'est attaqué au pouvoir au sens foucauldien du terme, c'est-à-dire non comme un instrument ou une propriété détenus par un appareil d'État ou par certains individus mais comme l'ensemble des relations stratégiques dont le but serait les actions sur les autres permettant ainsi de diriger et de modifier leurs conduites, ou encore de structurer leur champ d'actions possibles.

Le pouvoir qui réprime la sexualité

Pour cela, le pouvoir politique va s'imbriquer étroitement avec le savoir. Certes, le propre du pouvoir est de réprimer. Dans le domaine de la sexualité, il réprime le plaisir, les énergies inutiles, l'intensité des plaisirs, les conduites irrégulières.

La pornographie est menacée et avec elle non seulement la liberté d'expression mais aussi le respect de la vie privée. Et cette menace provient non seulement des ennemis traditionnels tel le discours religieux, le conservatisme moral des bonnes mœurs ou l'hygiénisme sexuel (la psychiatrisation du désir pervers) mais aussi et surtout des ennemis émergents tels que la panique morale, le discours psychanalytique et le féminisme radical.

Contre ces nouvelles formes de puritanisme et de sexophobie, les garants de la liberté sexuelle demeurent à la fois la protection de la *privacy* et de la liberté d'expression. Rappelons ce que la CEDH affirme dans le célèbre arrêt *Handyside c./Royaume-Uni* :

« La liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ».

En montrant la sexualité dans sa dimension inquiétante, Larry Flynt a rompu avec le sens univoque que les conservatismes de toute sorte souhaitent donner à la sexualité. Par son combat il a dit haut et fort que l'individu adulte dans ses relations librement consenties demeure le seul juge de sa sexualité et de ses fantasmes érotiques.

2. La liberté de la vie privée

La notion de « privacy » renvoie à l'intimité de l'individu protégée par le droit. La liberté amoureuse implique la reconnaissance de pouvoir s'associer intimement avec une personne du même sexe aussi bien dans les liens du concubinage, de l'union civile et aussi du mariage. Proposé en 1990 sous le nom de « contrat de partenariat civil », et après une longue gestation, le pacs (pacte civil de solidarité) a été instauré en 1999 dans le but de « prendre en compte une partie des revendications des couples homosexuels qui aspiraient à une reconnaissance globale de leur statut, alors que la jurisprudence de la Cour de cassation refusait de regarder leur union comme un concubinage. Le 5 juin 2004, le maire de Bègles, Noël Mamère, célèbre un mariage entre deux hommes qui fut annulé par la Cour de cassation en 2007 mais qui a permis d'ouvrir le débat sur le mariage puis son adoption en 2013. Le respect de la vie privée implique également la possibilité pour l'individu de pouvoir changer de sexe et modifier ces pièces d'identité. Pendant longtemps la justice française était sourde aux demandes des transsexuels et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la modification d'état civil leur était refusée au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe d'ordre public. Condamnée par la CEDH en 1992, la France a dû modifier sa jurisprudence et sa législation

jusqu'à l'adoption de la loi de 2016 qui a permis le changement du sexe à l'état civil sans passer par une procédure médicale, une stérilisation ou une opération chirurgicale.

Le concubinage, le PACS et, oui, le mariage aussi *

C'est à partir de notre expérience quotidienne dans la lutte contre le SIDA que nous avons construit une réflexion et fondé notre action autour de la reconnaissance juridique et sociale des unions entre personnes de même sexe. Dès les années 80, avec la montée en puissance de l'épidémie à VIH, de nombreux homosexuels vivant en couple se faisaient expulser du logement commun, suite au décès de leur compagnon, souvent même après plusieurs années de vie commune. L'indécence d'une telle décision a engendré progressivement une prise de conscience de l'opinion publique et du législateur.

Mais, l'expulsion du logement n'est que l'une des nombreuses situations pour lesquelles Aides est sollicitée. A l'hôpital, le compagnon est fréquemment relégué au rang d'un étranger lors du décès ; le partenaire se voit exclu des obsèques en faveur d'une famille souvent absente auparavant et qui vivait l'homosexualité du fils comme une honte. L'organisation de la succession met également à l'écart le partenaire survivant. Alors même que la personne a pris soin de rédiger un testament au profit de son ami, la réserve et l'imposition confiscatoire sur la quotité disponible rendent impossible la transmission du patrimoine. Quant au partenaire étranger, il ne bénéficie d'aucun droit de séjour résultant du lien qui l'unit à son compagnon de nationalité française et peut ainsi être expulsé du territoire français.

Si l'homosexualité n'est jamais source d'un droit quelconque, elle est en revanche invoquée pour faire obstacle à la réalisation de droits. Ainsi, dans les procédures de divorce, les tribunaux retiennent l'orientation sexuelle des personnes comme un élément à charge. De même, l'absence de reconnaissance du lien homosexuel met les personnes dans une situation de précarité au regard des droits sociaux. Tout aussi injustes sont les situations dans lesquelles se trouvent les couples de même sexe dans leur vie professionnelle. Difficultés à organiser des vacances communes, impossibilité à obtenir une mutation pour suivre son partenaire, absence de congés pour les cas de force majeure liés à la vie familiale (décès, maladie...). L'ensemble de ces situations témoigne de l'incontestable précarité juridique et sociale dans laquelle se trouvent les unions homosexuelles. Très rapidement, il nous est apparu nécessaire de revendiquer clairement la reconnaissance juridique du couple homosexuel sans que celui-ci soit dissimulé derrière des fratries ou de simples « duos ». En ce sens, et dans la mesure où il ne concernerait que la vie du couple, le Pacs constitue une étape vers l'égalité des unions homosexuelles et hétérosexuelles. Mais il ne donne qu'une réponse partielle aux principaux problèmes rencontrés par les concubins de même sexe. En effet, rien ne nous laisse présager une évolution positive de la jurisprudence vers l'extension de la notion d'union libre aux homosexuel/les. Dès lors, les couples qui ne souhaitent pas formaliser leurs liens resteront en dehors du droit, alors que les concubins hétérosexuels bénéficient d'une protection juridique. Il est par conséquent impératif de régler simultanément la situation des multiples personnes homosexuelles vivant en union de fait. Si nous revendiquons aussi le concubinage, nous ne pouvons que dénoncer la manœuvre politicienne et conservatrice des sénateurs de droite et des experts de gauche qui consiste à ouvrir l'union libre aux personnes de même sexe pour mieux fermer le droit au mariage et à la filiation.

* *Libération* 03/07/1999

Or le mariage en tant que prérogative fondamentale de l'individu et des couples est une liberté majeure au même titre que la liberté d'expression, le droit au travail, la propriété privée ou la liberté d'association. Exclure une partie de la population de cette liberté matrimoniale du seul fait de l'orientation sexuelle constitue une discrimination caractérisée. Ceux qui se prononcent contre l'élargissement du droit au mariage pour les couples de même sexe utilisent des arguments qui tiennent de la logique religieuse ou morale et non d'une analyse juridique stricte. En effet, le mariage étant un contrat civil, il a vocation à s'étendre aux couples indépendamment du sexe des partenaires. Rappelons pour mémoire que les mêmes arguments furent autrefois utilisés pour dénier aux « hérétiques » (esclaves, juifs, protestants, athées ou comédiens !) l'accès au mariage. Comme le furent hier ces autres minorités, les gays et les lesbiennes sont l'objet encore aujourd'hui de propos injurieux et infamants.

Il revient aujourd'hui à la société de reconnaître aux couples homosexuels des droits, tous leurs droits : le concubinage, le Pacs et également le droit au mariage.

« Le mariage pour tous et ses ennemis* »

Cinq ans après le vote consacrant l'union des couples de même sexe, les débats sur les lois de bioéthiques vont raviver le même paradigme conservateur qui trouve ses racines à droite... mais aussi dans le familialisme de gauche.

En ce cinquième anniversaire de la promulgation de la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, et à quelques semaines du début des travaux parlementaires sur la révision des lois de bioéthique, une mise en perspective des enjeux politiques s'impose. Celle-ci est d'autant plus importante que, malgré un changement apparent, le même paradigme conservateur hostile au pacs et au mariage pour tous réapparaît sur la scène publique. Tout d'abord, il ne faut pas oublier que l'objet de la controverse ne fut pas tant le mariage gay que sa principale conséquence : la filiation homoparentale. Il semble nécessaire de rappeler que la production d'arguments contre l'égalité des filiations homoparentales ne provenait pas de la droite réactionnaire mais plutôt de la gauche socialiste. Cette dernière essaye aujourd'hui de minimiser sa filiosité et de faire oublier le discours des experts conservateurs (qu'elle a systématiquement promus) non seulement en sous-estimant le rôle de la société civile mais aussi en désignant la *Manif pour tous* comme l'ennemi hégémonique. S'il est vrai que les socialistes ont fini par voter le pacs et ont élargi le droit au mariage pour les couples de même sexe, ces lois furent surtout le résultat du combat des militants LGBT et des recommandations des autorités européennes.

La crainte de l'indifférenciation des sexes, la panique morale manifestée par des mouvements réactionnaires tels que le Printemps français, les Veilleurs, Ecologie humaine, *les Antigones* ou *l'Observatoire de la théorie du genre* était la même que celle articulée d'une manière à peine plus rationnelle par les experts mobilisés par la gauche socialiste à la fin des années 90 et lors du mariage de Bègles célébré par Noël Mamère en 2004. L'invocation par ces experts des « invariants anthropologiques », du « sens commun », de « l'identité sexuée » et de « l'altérité sexuelle » ressemble de manière troublante à la stratégie discursive élaborée par le Vatican contre « l'idéologie du genre ».

La rhétorique réactionnaire de gauche a ainsi décomplexé le discours homophobe de droite. La thèse de *l'ordre symbolique de la différence des sexes*, ou de la *valence différentielle des sexes*,

* *Libération* 24/04/2018

mise en avant par l'expertise de gauche pour s'opposer à la filiation homoparentale, fut bien plus efficace que celle de l'ordre naturel des religions monothéistes. Si bien qu'en France, ni la *Manif pour tous* ni les Eglises n'ont utilisé aucun argument religieux, mais une rhétorique empruntée de la psychanalyse et de l'anthropologie selon laquelle la différence des sexes est à la fois une condition *sine qua non* de la parenté et le soubassement de la nature humaine (tel que cela fut martelé dans les rapports commandés par les différents gouvernements socialistes pendant quinze ans). Ceci explique non seulement le retard de la France en matière d'homoparentalité mais aussi l'installation d'une homophobie spécifique qui fait de l'hétérosexualité le « sens commun » de la filiation.

Ce familialisme « à la française », cette nouvelle orthodoxie parentale, cette forme d'universalisme hétérosexiste, constitue le principal frein à l'égalité. Face au « désordre » et à la « désintégration » provoqués par les revendications du « lobby homosexuel » (dénoncé par ces experts), le familialisme de gauche a articulé une « métaphysique républicaine » de la cohésion sociale et de la structuration psychique des individus fondée sur l'institutionnalisation de la différence sexuelle.

Cet ordonnancement réactionnaire du monde est antérieur à la *Manif pour tous*, celle-ci n'a nullement eu besoin de la Bible pour agencer son discours, les concepts produits par les conservateurs de gauche leur ont suffi. L'altérité sexuelle dans la filiation demeure leur valeur commune. Si bien que les deux conservatismes ne cessent de dénoncer comme mensongère toute filiation fondée sur la volonté ou sur le projet parental. C'est pourquoi, l'homoparentalité ne doit être pleinement reconnue qu'à condition de préserver la prééminence de l'hétérosexualité.

Et, pour ce faire, le familialisme de gauche propose de supprimer l'adoption plénière, de permettre l'accès aux origines génétiques, de mettre fin à l'anonymat des donneurs de gamètes, de reconnaître un statut spécifique pour ces derniers et d'abroger la loi sur l'accouchement « sous X », de telle sorte que la vérité de l'engendrement garantisse l'ordre symbolique de la différence des sexes.

Fais-moi l'amour, sinon je divorce !*

Un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence condamne un homme au divorce à ses torts exclusifs et à verser 10 000 euros de dommages et intérêts à son ex-épouse au motif qu'il ne lui a pas assez fait l'amour durant leurs vingt et un ans de mariage. Mais comment, dans un Etat démocratique, en sommes-nous arrivés là ?

En France, jusqu'à la Révolution, les noces sont de la compétence exclusive de l'Eglise et si, en 1787, Louis XVI instaura, avec l'édit de tolérance, une forme embryonnaire de mariage civil, il a fallu attendre la Constitution de 1791 pour que le mariage soit considéré comme une institution laïque. Nous sommes cependant face à un paradoxe, car si, dans le texte de la loi civile, le processus de laïcisation de l'institution matrimoniale semble achevé, la jurisprudence (et une partie de la doctrine des juristes) ne fait que prolonger la tradition canonique. En effet,

* *Le Monde* 17/12/2011

le mariage continue à être considéré, de nos jours, comme un remède contre les débordements sexuels et devient l'espace symbolique de la sexualité socialement reconnue.

Le droit civil détermine qui a accès ou n'a pas accès au mariage : il précise non seulement la dimension spirituelle de l'institution (consentement) mais aussi sa géographie physique (âge nubile, différence de sexes, prohibition de l'inceste...). Dans sa facture juridique, le mariage permet encore de circonscrire l'espace le plus légitime de la sexualité. Ainsi, afin d'éviter des excès luxurieux, l'acte sexuel doit s'accomplir au sein de cette union hétérosexuelle et monogamique. Les rapports doivent avoir une certaine qualité et une régularité, ils s'exécuteront principalement par la pénétration vaginale et la finalité reproductrice de l'acte doit demeurer son horizon. De surcroît, il faut que l'amour soit à l'origine de la sexualité conjugale (la rémunération pour un service sexuel de la femme est considérée comme nulle et contraire à l'ordre public).

S'il est vrai qu'avec le pacs, l'institution matrimoniale perd son caractère monopolistique et qu'elle n'a plus comme fonction la légitimation de la filiation, le mariage n'en demeure pas moins le sommet de la hiérarchie des sexualités. Par la figure du devoir conjugal, le droit entend ainsi organiser la vie sexuelle des individus en fonction d'un certain nombre de règles impératives. Certes, l'adultère est sorti de la loi pénale et n'est plus une cause péremptoire de divorce, mais la faute au sein de celui-ci garde toute son efficacité au moment de pénaliser le conjoint coupable. Ainsi, a priori, par les conditions d'accès aux noces établies par la loi et, a posteriori, par les sanctions infligées par les juges, le droit organise une véritable gouvernance sexuelle.

En France, l'érotique consacrée par le « matrimonium » doit être de nature hétérosexuelle, contraignante, régulière et monogamique. La première des conditions de la légitimation symbolique de l'acte sexuel est que celui-ci ait lieu entre personnes de sexe différent. L'hétérosexualité est ainsi présentée comme de la nature même de l'institution. Le juge du divorce n'est pas moins conservateur au point où la simple constatation de l'homosexualité de l'un des époux demeure une cause possible de divorce pour faute. C'est sur la base du devoir conjugal que les juges ont progressivement construit la normalité. La formule de l'article 215 du code civil « *Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* » implique une double dimension, vivre ensemble - communauté de toit - et entretenir des rapports sexuels - communauté de lit.

Dans le modèle officiel, la sexualité matrimoniale prend donc la forme d'un devoir (le « debitum » conjugal) à double dimension. Négativement, devoir de s'abstenir d'entretenir des rapports sexuels avec des tiers (fidélité) et positivement, devoir d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint (devoir conjugal proprement dit). Ce devoir est pour les époux une obligation d'ordre public. Ainsi, une convention, un accord entre l'homme et la femme stipulant l'absence d'intimité sexuelle, serait considéré comme nul. Le refus de partager le lit conjugal peut être considéré comme un fait injurieux justifiant le divorce contre un homme qui ne fait pas face à ses devoirs de mari. Cette intimité doit également se traduire par des rapports sexuels réguliers et modérés.

En effet, dans une décision du 28 mai 1956, la cour d'appel de Lyon stipulait que « *le devoir conjugal impose l'établissement de relations sexuelles (...). En outre, il impose aux conjoints une continuité des relations* ». La Cour de cassation a estimé que constitue une injure, cause de divorce, « *la décision de l'épouse d'imposer à son mari une limitation dans leurs rapports intimes* ». Si l'absence de rapports est condamnée par le droit, son inflation l'est tout autant.

Concernant la fréquence de l'acte sexuel, le tribunal d'instance de Saintes a établi, en 1992, que « *la moyenne relevée en général dans les couples français est d'un rapport par semaine* ».

Le refus d'entretenir des rapports sexuels avec son conjoint constitue une faute. Un divorce aux torts partagés a été prononcé par une autre cour d'appel dans une affaire où « *la femme a refusé fréquemment d'avoir des rapports intimes et que le mari, exprimant son aspiration à un minimum de vie personnelle au détriment d'une vie conjugale normale, a délaissé son épouse en s'abstenant fréquemment* ».

Les juges deviennent ainsi les garants d'un équilibre sexuel situé au juste milieu entre l'excès et la carence et dans lequel les deux conjoints, en tant que créanciers du devoir conjugal, doivent remplir ces obligations. C'est toujours dans le cadre d'un contentieux que le contrôle judiciaire s'effectue, et c'est justement là que les égarements sexuels pourront être reprochés au conjoint fautif.

Seule la fin de la faute (vestige du droit canonique) permettra de mettre un terme à cette intrusion de l'Etat dans nos alcôves.

La liberté de changer de genre*

Lorsque le sexe biologique ne correspond pas avec le sexe socio-psychologique (genre), le droit donnait traditionnellement la prééminence au premier au détriment du second. En tant qu'attribut de la personnalité, le sexe apparaissait comme un élément d'ordre public, indisponible donc par l'individu. Suite à la condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), la jurisprudence française en matière de transidentité commence, non sans difficulté, à se déplacer de la « question du sexe » vers la « question du genre ». Autrement dit, l'identité sexuelle cesse graduellement d'être une réalité imposée à l'individu pour devenir progressivement une composante de sa vie privée. La tension entre ces deux conceptions (ordre public ou vie privée) déterminera non seulement l'action des juges mais aussi les différents textes de loi adoptés aussi bien au niveau national qu'au niveau européen et international.

S'appuyant sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, le juge français a été, pendant longtemps, sourd aux demandes des personnes transidentitaires et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la rectification des actes de l'état civil leur était refusée au nom de l'ordre public: la Cour de cassation établissait avant la sanction de la CEDH que « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ». Ce refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe allait être considéré en 1992, par les juges européens, contraire au respect du droit à la vie privée¹⁵, imposant ainsi un revirement de la jurisprudence française.

Ancré dans une vision statutaire du sexe en tant que réalité biologique stable, le juge français était épistémologiquement incapable d'appréhender le problème soulevé par le contentieux en matière de transidentité. C'est aussi qu'il reprenait à son compte une catégorie psychiatrique, le transsexualisme (connue médicalement sous la dénomination de « dysphorie de genre ») soit une pathologisation contestée fortement les personnes intéressées. La transidentité peut être définie comme le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui assigné à la naissance ou, tout

* *Audition devant la CNCDH, 2013*

¹⁵ CEDH, *Botella c./France*, 25/03/1992.

au moins, de ne pas être en conformité avec celui-ci. Alors que l'intersexualité révèle la pluralité des définitions biologiques du sexe (génotypique, endocrinien, phénotypique...), la transidentité met en évidence la complexité de leur relation avec les diverses autres composantes : psychologique, culturelle et sociale. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de « trouble » de l'identité. Toutefois, contrairement aux présupposés habituels de la littérature psychiatrique, le trouble ne provient pas de l'individu mais de l'assignation à l'un ou l'autre sexe de manière contraignante et de la difficulté à pouvoir y échapper.

Parfois, les personnes transidentitaires souhaitent se soumettre à une intervention chirurgicale pour rectifier leur anatomie ; il est vrai que c'était jusqu'à récemment en France une condition *sine qua non* pour changer d'état civil. Désormais, la personne peut obtenir la modification de son état civil, une fois sa morphologie modifiée et lorsque son comportement social lui confère l'apparence du sexe revendiqué. Si l'intervention chirurgicale n'est plus exigée pour la rectification de l'état civil, le droit demande un traitement médical produisant une situation d'irréversibilité. En effet, la circulaire du 10 mai 2010 invite à « donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux ». Cela implique, de fait, une obligation de stérilisation. La notion d'irréversibilité apparaît ainsi comme un élément permettant de justifier la dérogation d'indisponibilité de l'état des personnes¹⁶. Le changement de sexe sera donc soumis à un contrôle médical (diagnostique de dysphorie de genre) afin de déterminer la nature pathologique de la situation dans laquelle se trouverait la personne transidentitaire. La Cour de cassation adopte une position très restrictive concernant le caractère d'irréversibilité en rejetant tout pouvoir relatif au changement d'état civil, malgré les traitements médicaux auxquels étaient soumis les requérants¹⁷. D'après la haute juridiction, la « persistance d'un syndrome » et « l'irréversibilité d'un processus de changement de sexe » ou de « la transformation de l'apparence » seraient nécessaires pour sauvegarder la sécurité juridique.

Plutôt que d'assumer la dimension privée (droit subjectif) du sexe, le droit français continue à le considérer encore comme un élément d'ordre public, auquel l'individu pourra échapper à condition d'avoir l'autorisation clinique (acte médical). C'est au cœur de cette tension : ordre public/vie privée, droit subjectif/acte médical, sexe/genre que nous allons essayer de présenter l'évolution juridique du traitement de l'identité (sexuelle et/ou de genre) dans le droit français, européen et international¹⁸.

La question terminologique

En France, le terme « genre » comme synonyme de « sexe » est dépourvu d'existence juridique. Le mot « genre » apparaît surtout dans les textes relatifs au droit d'auteur pour désigner le « genre littéraire, artistique ou un type d'industrie ».

¹⁶ L'interprétation de l'irréversibilité est particulièrement sévère. Ainsi, dans une décision du 7 juin 2012, la Cour de cassation a refusé le changement d'état civil d'une personne ayant subi une hormonothérapie et une mastectomie totale.

¹⁷ Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 10-26.947. Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-22.490. Civ. 1^{er}, 13 février 2013 n° 11-14515. Civ. 1^{er} 13 février 2013 n° 12.11-949.

¹⁸ Pour une étude approfondie du droit comparé, voir : <http://www.senat.fr/lc/lc223/lc223.html>

C'est sous le vocable « sexe » que la catégorie sociologique de genre apparaît dans le droit national. Au niveau international, depuis la conférence de Beijing de 1995 le droit international a consacré l'émergence du concept de genre pour faire référence aux rapports sociaux de sexe et surtout à la discrimination des femmes. C'est donc par le droit international que la catégorie entrera indirectement en droit français. Même si plusieurs rapports européens font référence au genre, les textes juridiques de l'Union Européenne utilisent le vocable « sexe » (égalité ou discriminations fondées sur le sexe) ou « hommes et femmes » (égalité entre hommes et femmes). Ainsi, les directives relatives aux discriminations se référant à toute « situation, disposition, critère ou pratique qui désavantagerait particulièrement les personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ». L'action positive est définie par le droit européen comme des mesures « destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Le harcèlement est « la situation dans laquelle un comportement non désiré, lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». A partir de ce constat terminologique, la notion d'identité de sexe apparaît donc comme plus conforme à la tradition juridique française que celle d'identité de genre. C'est pourquoi la loi continue à utiliser les termes « sexuel » et « transsexuel » plutôt que « genre » et « transidentitaire ». Cependant, la question se pose de savoir si la notion d'« identité sexuelle » est suffisamment protectrice et se trouve en accord avec les besoins individuels et les exigences sociales.

Alors que le terme sexe renvoie à une réalité matérielle physique (chromosomique, organique...), le genre fait référence à une construction sociale et, en ce sens, permet de dissocier plus facilement la catégorie de son soubassement naturel. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a raison d'affirmer que « la notion de sexe renvoie essentiellement à la différence biologique entre les femmes et les hommes, celle de genre intègre les aspects sociaux de la différence des genres, sans se limiter à l'élément biologique »¹⁹. La notion d'identité sexuelle fait référence à une identité statique plus proche de la réalité biologique alors que l'identité de genre est une catégorie plus dynamique, plus proche de l'identité religieuse ou de l'identité politique que de l'invariable génétique. Si le sexe s'impose aux individus, le genre apparaît comme une construction relevant du sentiment intime. Les résistances juridiques à utiliser le terme « genre » manifestent la difficulté du droit national à abandonner la conception traditionnelle d'une catégorie fondée sur une réalité immuable et naturalisée : le sexe.

Cette question terminologique déterminera d'importants effets juridiques. Alors que la catégorie « sexe » protège les individus ayant déjà procédé à une modification morphologique et un changement de l'état civil, celle d'identité de « genre » permettrait d'englober, de manière non équivoque, d'autres réalités comme celles vécues (voire subies) par les travestis, les transgenres et les intersexués. La notion de genre fait ainsi primer le sexe psychologique sur le sexe biologique. Le genre exprime juridiquement d'une manière plus éclatante la dimension subjective du sexe, le rapprochant de la vie privée des individus. La terminologie « identité de genre » semble, en ce sens, plus adéquate à la protection effective des personnes transidentitaires. Elle est de surcroît celle adoptée par les conventions internationales, et les législations des pays étrangers. Les principes de Jogjakarta de l'ONU, le Commissaire aux droits de l'homme, le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe consacrent la notion d'identité de genre tout comme les législations du Royaume Uni

¹⁹ *Droits de l'Homme et identité de genre*, Conseil de l'Europe, 29 juillet 2009.

(*Gender Recognition Act 2004*), d'Espagne (*identidad de género*), des Pays-Bas, de la Suède et de l'Argentine, entre autres²⁰. Aussi, les associations revendiquent cette terminologie, considérée comme plus conforme à la réalité et au vécu des personnes concernées.

La notion d'identité de genre a toutefois des limites infranchissables car elle se fonde sur l'existence présumée de deux sexes juridiquement établis (malgré l'abondant contentieux en matière d'intersexualité et transidentité). Les individus se trouvent ainsi assignés à l'une ou l'autre de ces deux catégories distinctes et stables : hommes et femmes. Or, comme le note Danièle Lochak, « ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques »²¹. La question se pose donc de savoir si, au-delà de la modification terminologique, il ne faudrait pas mettre en question la notion même de genre comme catégorie d'identification des personnes (état civil), tout en la conservant en matière de lutte contre les discriminations (code pénal, droit du travail, etc.). Sur le plan d'identification des personnes, il faudrait interdire l'assignation à la catégorie « sexe » comme le droit l'a fait pour la race, tout en la conservant comme instrument de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité (parité).

L'identité de genre comme catégorie protectrice des individus

Indépendamment de la pertinence juridique de l'assignation du sujet de droit au sexe, il est indiscutable qu'il existe un type de discrimination spécifique envers les personnes transidentitaires. Le droit doit donc agir en matière de lutte contre les discriminations en s'appuyant sur le système des « catégories prohibées ». Pour ce faire, la loi 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, introduit la notion d'identité sexuelle afin de sanctionner les discriminations « dont est victime une personne transsexuelle » et d'aggraver la peine de certaines infractions. Elle complète ainsi l'article 225-1 du code pénal qui sanctionne les discriminations dans certains domaines de la vie sociale et l'article 132-7 du même code, comme circonstance aggravante d'un certain nombre de crimes et délits (transphobie). La protection s'élargit également en matière de travail et d'emploi tout comme en matière d'harcèlement moral ou sexuel (arts. L1146-1 et L1155-2 respectivement du code du travail). L'identité sexuelle est assimilée au sexe, dans le premier article du code du travail cité *ut supra*, entendu comme l'égalité entre les hommes et les femmes. Le droit communautaire avait déjà utilisé depuis quelques années la catégorie « sexe » pour protéger les transsexuels. En effet, dans une décision de 1996, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a déclaré que le principe d'égalité de traitement « a vocation à s'étendre aux discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle, celles-ci étant fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé »²².

La catégorie « sexe » semblerait a priori opérationnelle pour protéger, au niveau de l'Union Européenne, les personnes qui ont effectivement changé de sexe à l'état civil²³. Pour ce faire, la plupart des pays demandent une transformation physique impliquant une mutilation ou tout

²⁰ Vingt-quatre pays du Conseil de l'Europe ont adopté une législation relative à la reconnaissance légale du genre choisi.

²¹ D. Lochak, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, éditions Thémis, Université de Montréal, pp. 659-689

²² CJCE, Affaire C-13/94, *P. c. S. et Cornwall County Council*, 30 avril 1996 CJCE. L'arrêt Richards du 27/04/2006, confirme cette jurisprudence en considérant que ne pas traiter une transsexuelle en fonction de son sexe de conversion aux effets de l'âge de la retraite constitue une inégalité de traitement entre homme et femme incompatible avec les objectifs de la directive 79/7/CEE. Voir dans le même sens, l'affaire C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health* du 7 janvier 2004.

²³ La CEDH, quant à elle, mentionne la transsexualité (et non pas l'identité de genre) comme un motif interdit de discrimination au titre de l'article 14 de la Convention.

au moins un processus hormonal irréversible. Les personnes transgenres, c'est-à-dire celles qui n'ont pas opéré un tel changement médical ne se trouveraient pas protégées par la catégorie « sexe ». C'est pourquoi le Conseil de l'Europe propose « d'abolir la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires susceptibles de porter gravement atteinte à l'autonomie, à la santé ou au bien-être de la personne en tant que conditions nécessaires à la reconnaissance légale du genre choisi par une personne transgenre »²⁴.

En attendant la mise en place d'une telle proposition, la catégorie « sexe » et a fortiori celle d'« identité sexuelle » pourraient ne pas être suffisamment pertinentes pour protéger efficacement les personnes n'ayant pas changé leur état civil. Afin de pallier cette situation, la Directive de 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), fut la première directive à mentionner également les personnes ayant l'intention d'entreprendre ou ayant entrepris une conversion sexuelle.

Sur le plan du droit processuel, les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par leurs statuts de combattre les discriminations fondées sur l'identité sexuelle, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations. Toutefois, contrairement à l'orientation sexuelle, la diffamation, l'injure et le discours de haine en raison de l'identité de genre ne sont pas sanctionnés par la loi pénale française. De même, le dispositif du droit d'asile ne mentionne pas explicitement l'identité de genre comme critère pour l'obtention du statut de réfugié.

En France, depuis la circulaire du 14 mai 2010, il n'est plus nécessaire d'avoir subi une opération de réassignation sexuelle, les traitements médicaux ayant entraîné des changements irréversibles pouvant être suffisants pour justifier la demande de changement de sexe. Dans l'absence de cette modification physique et physiologique, fruit d'au moins une hormonothérapie ayant entraîné une stérilité, l'individu ne peut pas demander une rectification de son état civil. De surcroît, l'apparente démedicalisation du transsexualisme effectuée en France²⁵, n'est autre chose qu'une simple modification bureaucratique de l'affectation financière par la sécurité sociale. La transidentité continue à être considérée comme une affection relevant de la psychiatrie, c'est pourquoi, seul le psychiatre peut décider institutionnellement qui peut demander un changement d'état civil. La loi ne fait que refléter ici la difficulté à assumer cette dimension psychologique du sexe consacrée par la CEDH comme composante de la vie privée et recommandée par les principaux textes internationaux.

L'identité de genre comme catégorie d'identification des personnes

Les individus qui entrent à leur naissance dans les catégories sexuées ne peuvent échapper à leurs groupes que très difficilement du fait de la permanence du signe biologique de la différence des sexes. En effet, le sexe apparaît comme le cas le plus strict d'assignation identitaire. Il s'agit d'une partition irrémédiable de l'humanité car fixée de manière définitive. La possibilité d'un genre neutre avait été évoquée à la fin du XIXème siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne qui « demande une réforme de l'article 57 du code civil pour imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription comme

²⁴ *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Conseil de l'Europe, 2011.

²⁵ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée «affections psychiatriques de longue durée ».

homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil »²⁶. Mais cette proposition n'a jamais prospéré.

Le droit positif continue à se fonder sur une conception binaire du genre²⁷. Dans sa rédaction actuelle, le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose : "l'acte de naissance énoncera (...) le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés...". Suivant le principe établi par la jurisprudence de la cour de cassation, c'est l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né qui détermine : l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ; la reconnaissance de cet état par la société (état civil) ; l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui ou celle qui le porte. Selon la cour d'appel de Paris, « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »²⁸. L'article 55 du code civil énonce dans son premier alinéa que « les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ». Dans sa dimension identitaire, la catégorie sexe constitue une barrière pour l'égalité des personnes. Comme critérium d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre juridique alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. Or, la sociologie met de manifeste que la distinction entre les hommes et les femmes proviennent plutôt d'une construction culturelle que des caractéristiques invariables et naturelles. C'est surtout dans les rapports historiques de dominations qui s'est forgé le caractère féminin et le caractère masculin de telle sorte que le genre est le résultat de cette histoire et non pas l'expression spontanée d'une concordance avec la réalité biologique mâle/femelle. Les intersexuels sont les premières victimes de cette logique binaire de genre. N'ayant pas un sexe clairement défini, ces personnes sont assignées d'office et prématurément à l'une ou l'autre des catégories. La Commission d'éthique suisse²⁹ et le Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture et les traitements dégradants ont considéré les opérations de réassignation sexuelle des enfants intersexués comme une violation aux droits de l'homme³⁰.

Concernant les personnes transidentitaires, malgré le rapport du Commissaire aux droits de l'Homme³¹ et la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invitant les Etats membres à garantir dans la législation et la pratique les droits des personnes transgenres « à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale »³², l'Etat français continue à demander une stérilisation comme préalable à la modification des actes de l'état civil. La transidentité continue à être considérée comme une maladie relevant de la psychiatrie.

Dans une proposition de loi déposée le 22 décembre 2011, en conformité avec les exigences européennes, la députée socialiste Michèle Delaunay propose une révision complète de la

²⁶ A. Lacassagne, *Les Actes de l'état civil*, Paris, A. Storck 1887, p. 91.

²⁷ Le débat concernant l'action (d'état ou en rectification) devant être utilisée aux fins de changement de l'état civil illustre aussi la difficulté du droit à sortir de la conception binaire des genres.

²⁸ Cour d'Appel de Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, p. 196 conclusion Granjon.

²⁹ *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel*. Prise de position no. 20/2012, Berne, novembre 2012.

³⁰ *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, ONU 1 février 2013.

³¹ Le 31 juillet 2009 dans son rapport thématique sur « Droits de l'Homme et Identité de Genre » il recommandait « de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux »

³² Résolution 1728 (2010) : « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ». Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 29 avril 2010, art. 16.11.2.

procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil entièrement affranchie d'une quelconque obligation de parcours médical. Cette proposition constitue à ne pas en douter une avancée considérable mais elle ne va pas aussi loin que la loi argentine.

L'expérience argentine

En Argentine les associations transidentitaires ont joué un rôle très important dans l'Assemblée constitutionnelle de la ville de Buenos Aires de 1996. Elles se sont battues dans un premier temps contre les édits policiers répressifs. Ce combat a permis d'aller plus loin et d'introduire dans la nouvelle constitution de la ville autonome de Buenos Aires un certain nombre de droits nouveaux parmi lesquels le « droit à la différence » (art. 11) et le « droit à l'identité » (art. 12). En 2009, une loi de la ville autonome de Buenos Aires obligeait l'administration locale à respecter le changement de prénoms sollicités par les personnes transidentitaires. Une abondante littérature juridique commence à émerger en Argentine sur la question de l'identité de genre à partir de laquelle se dégage une distinction conceptuelle fort intéressante. D'une part, le droit protège une identité fixe ou statique conformée par certains attributs comme le génome humain et les empreintes digitales, par exemple, et d'autre part, la loi protège également une identité dynamique, qui fait référence au développement personnel, constitué par certaines qualités et caractéristiques choisies (religion, profession, forme de vie...). Le droit à l'identité fait référence à ces deux dimensions et place l'identité de genre dans la catégorie d'identité dynamique.

La loi argentine fut précédée d'un important nombre de décisions de justice qui permettaient la modification de l'état civil des personnes transidentitaires sans qu'il soit nécessaire de passer par un parcours médical. Cette jurisprudence favorable à la démedicalisation a joué un rôle particulièrement important dans l'adoption de la loi n° 26 743 du 23 mai 2012 sur l'identité de genre. Cette loi crée un nouveau droit subjectif de l'individu dénommé « droit à l'identité de genre ». Selon l'article 2 de la loi : « On entend par identité de genre l'expérience intime et personnelle de son genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps. Celle-ci peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens pharmacologiques, chirurgicaux ou autres. Elle implique aussi d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ». On peut dire que sur le plan juridique, le sexe a quitté le corps pour s'installer dans l'âme. Le genre devient ainsi un élément de la personnalité disponible par l'individu en tant que composante essentielle de sa vie privée. Le genre cesse donc d'être une question d'ordre public pour devenir une variable dépendante exclusivement de la volonté et de l'autonomie individuelles. Trois autres prérogatives découlent du droit à l'identité de genre : a) le droit à la reconnaissance de l'identité de genre, b) le droit au libre développement de la personnalité conformément à l'identité de genre et c) le droit à être traité en accord avec son identité de genre, en particulier sur les aspects de registre de l'état civil que nous développerons plus tard.

De même, la loi argentine produit une démedicalisation totale du transsexualisme, considéré désormais comme un élément de l'identité individuelle. La médecine intervient donc uniquement pour modifier, si la personne le souhaite, les caractéristiques physiques au travers des interventions pharmaceutiques ou chirurgicales. La justification du remboursement par la sécurité sociale des traitements hormonaux et chirurgicaux se fonde non pas sur une pathologie mais sur un droit consacré par la loi.

Le droit à être traité en accord avec son identité de genre implique principalement la faculté de rectifier les inscriptions de l'état civil. Ainsi, l'article 3 de la loi stipule que « Toute personne peut demander la rectification de la mention du sexe dans les registres, ainsi que la modification du prénom et de l'image, quand ils ne coïncident pas avec son identité de genre telle que ladite personne la perçoit ». Le numéro d'identité original est conservé, lequel prévaut sur le prénom et l'apparence physique (sachant qu'en Argentine ce numéro ne permet pas de connaître le sexe de la personne comme c'est le cas du numéro de la sécurité sociale en France).

La personne peut demander la rectification directement dès l'âge de 18 ans ou à travers de ses représentants légaux (le plus souvent les deux parents)³³ s'il s'agit d'un mineur d'au moins 14 ans. Par ailleurs, il faut souligner que le projet de code civil argentin, reprenant la notion de capacité progressive des conventions internationales, établit dans son article 26 que « à partir de 16 ans l'adolescent est considéré comme un adulte pour les décisions relatives à son propre corps ». Dans le cas de refus ou d'impossibilité d'avoir l'accord de représentants légaux du mineur, le juge peut (par référé dans un délai de 60 jours) statuer en tenant compte des principes de capacité progressive et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La démarche de rectification de l'inscription est gratuite et ne nécessite pas de l'intervention d'un avocat (art. 6), sauf s'il s'agit des mineurs³⁴. La rectification peut se faire librement une fois, si la personne demande une nouvelle rectification, l'intervention judiciaire devient obligatoire.

Une fois effectué le changement de genre avec la modification des prénoms, l'autorité administrative (registre civil) procède à la création d'un nouvel acte de naissance dans lequel il n'y a aucune référence au changement de genre. Le registre conserve toutefois l'acte original. Seuls peuvent avoir accès à ce dernier, la personne qui a changé son genre ou toute autre personne possédant une autorisation judiciaire écrite et fondée.

Le changement de l'état civil ne produit pas d'effets rétroactifs (art. 7). Ainsi, si un homme change de sexe et souhaite bénéficier d'un départ à la retraite en tant que femme (alors qu'il a apporté pendant un certain nombre d'années en tant qu'homme) elle pourra le faire en comptabilisant les années de manière proportionnelle (prorata) aux apports en tant qu'homme et en tant que femme. Elle pourra ainsi bénéficier d'un départ à la retraite plus tôt qu'un homme qui n'a pas changé de sexe mais pas au même âge qu'une femme qui aura cotisé toute sa vie professionnelle en tant que telle.

De même, la rectification ne produit aucun effet vis-à-vis de liens de famille établis juridiquement, soit par le mariage soit par la filiation.

Conclusion et propositions

L'exemple argentin démontre qu'il est possible de traiter le sexe non pas comme une catégorie statique et immuable ancrée dans une matérialité biologique mais comme une réalité complexe relevant de l'intime. Ni l'ordre public, ni la preuve de la possession d'état³⁵, ni un quelconque diagnostic médical ne conditionnent le droit au changement de genre.

Sans aller jusqu'à faire disparaître la catégorie genre des actes de l'état civil, l'assignation juridique à l'un ou l'autre sexe dépend uniquement de l'individu (droit subjectif) et non pas d'un ordre quelconque qui le dépasse (ordre public). Aussi, la présence de témoins attestant de

³³ Si l'un de parents se refuse à donner son accord, le juge peut intervenir au nom de l'intérêt du mineur.

³⁴ Il doit être assisté de l'avocat des mineurs introduit par l'article 27 de la loi 26.061.

³⁵ La possession d'état est établie par la réunion d'un certain nombre de faits attestant de la notoriété, à l'occurrence le nouveau genre. Cette solution n'est pas acceptée par les juges. Elle me semble particulièrement inefficace car elle ralentit énormément les démarches administratives et fait dépendre le changement d'éléments extérieurs au vécu de la personne transidentitaire, seul élément déterminant pour l'identification de genre.

la bonne foi du requérant, comme le dit la proposition de loi de Mme Delaunay³⁶ n'est pas demandée par la loi argentine.

A partir de cette expérience et en fonction des recommandations internationales, nous croyons qu'un dispositif juridique respectueux des droits de l'Homme doit :

- Renoncer à parler de « trouble précoce de dysphorie de genre », catégorie médicale empruntée par le droit pour faire référence à la transidentité.
- Remplacer les termes « identité sexuelle » par « identité de genre » dans le dispositif antidiscriminatoire.
- Elargir la protection aux infractions d'injure, diffamation et incitation à la haine en matière de transphobie.
- Mettre fin à l'acte médical (traitement hormonal, mastectomie, stérilisation, preuve de l'irréversibilité du changement sexuelle...) comme *conditio sine qua non* du changement de l'état civil.
- Procéder à la déjudiciarisation de la procédure de changement d'état civil.
- Faire sortir le sexe de la catégorie d'ordre public pour le considérer comme un élément de la vie privée des individus.
- Construire un véritable droit à l'identité de genre, ce qu'implique la reconnaissance du droit au changement d'état civil fondé sur la volonté individuelle mais aussi l'accès à la modification morphologique prise en charge par les services de la sécurité sociale pour les personnes qui le souhaitent.
- Engager une véritable réforme pour mettre fin à l'assignation sexuelle dans les actes de naissances et autres documents d'identification des personnes sans renoncer pour autant à l'identité de genre comme catégorie protectrice des individus.

3. La liberté de la vie familiale

Outre la vie de couple, la liberté de la vie familiale implique la possibilité d'établir un lien de filiation dans le cadre d'un couple classique, d'une famille homoparentale ou d'un individu seul. Ce n'est qu'en 2021 qu'une égalité partielle a vu le jour en France avec l'adoption de la loi bioéthique et l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes comme nous avons pu l'analyser dans la première partie de l'essai. Nous présentons ici les tribunes relatives à l'adoption par les couples de même sexe et la dissociation définitive non seulement entre biologie et filiation mais aussi entre genre et parenté. En France, l'adoption par un couple de personnes de même sexe relève du régime général de l'adoption depuis la promulgation de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Quant à la parenté transsexuelle, elle demeure encore incertaine.

³⁶ « La requête en rectification de la mention du sexe est présentée par l'intéressé au président du tribunal de grande instance en présence d'au moins trois témoins capables, sans lien ni d'ascendance ni de descendance avec l'intéressé. Ils témoignent de la bonne foi du fondement de la requête » : Proposition de loi n° 4127 *visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil* du 22 décembre 2011.

Homoparentalité, droit et politique*

Par une décision du 26 février prise à la courte majorité de 4 voix sur 7, la Cour européenne des droits de l'homme vient de confirmer la légitimité du refus d'agrément opposé à un individu voulant adopter du seul fait de son homosexualité. Elle s'applique à un ressortissant français mais aussi à l'ensemble des homosexuels des 43 pays du Conseil de l'Europe qui souhaitent concrétiser un projet parental.

L'affaire concerne un professeur parisien qui, malgré ses qualités reconnues par les enquêteurs de l'Aide sociale à l'enfance, s'est vu refuser l'agrément préalable compte tenu de ses « choix de vie », euphémisme pour désigner son homosexualité. Pourtant, la loi française permet l'adoption plénière à toute personne majeure de 28 ans ayant les qualités matérielles, psychologiques et éducatives nécessaires à l'accueil de l'enfant. Alors même que le candidat présentait toutes les garanties exigées par la loi, le Conseil d'Etat, saisi de l'affaire, a introduit une condition non voulue par le législateur : l'hétérosexualité de l'adoptant. Estimant être victime d'une discrimination de la part de l'administration et de la justice nationale, le demandeur décide de faire appel devant la Cour européenne de Strasbourg. Celle-ci, par un raisonnement qui tient plus de la logique politique que juridique, relève l'absence de communauté de vues entre les Etats membres en matière d'adoption par un homosexuel qui laisse une « large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat ».

Ainsi, l'appréciation de la France ne serait pas discriminatoire dans la mesure où le droit à adopter se heurte à l'intérêt de l'enfant : « La communauté scientifique - et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues - est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels. »

Déjà l'argument de l'intérêt de l'enfant orientait la jurisprudence française depuis 1994 vers un refus d'agrément pour tout célibataire qui, dans son projet d'adoption, s'opposait formellement à la présence d'un référent de l'autre sexe. Aujourd'hui, avec l'arrêt de la Cour européenne, ce n'est pas tant l'absence de référence féminine dans l'entourage du candidat adoptant que son homosexualité qui fait obstacle à l'adoption.

Cette décision nous semble critiquable à plusieurs égards. Tout d'abord, tous les Etats membres du Conseil de l'Europe qui reconnaissent un droit individuel à l'adoption ne l'interdisent pas expressément aux homosexuels. Il existe par ailleurs un consensus européen pour mettre fin à toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

Allant encore plus loin, le Parlement européen a, dès février 1994, invité la Commission à présenter un projet de recommandation sur « l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes, afin notamment de mettre un terme à toute restriction à leurs droits à être parent ou à adopter et élever des enfants ».

Cette exigence est rappelée par une résolution de 1998 qui réitère l'exigence adressée aux Etats membres pour qu'ils « garantissent à l'égard des couples de même sexe, l'égalité des droits par rapport aux couples et aux familles traditionnelles ».

* *Le Monde*, cosigné avec Thierry Pitois-Etienne, juge aux affaires familiales, 02/03/2002

Déjà, les Pays-Bas et la région de Navarre, le Québec et certains Etats américains, tels le New Jersey, le Vermont ou encore le Connecticut, admettent l'adoption par des couples de même sexe. Alors que, récemment, les gouvernements suédois et britannique viennent de présenter des projets de loi visant à permettre aux couples homosexuels d'adopter des enfants, la Cour européenne s'obstine donc à dénier à l'individu homosexuel ce même droit.

Deuxièmement, la Cour affirme que l'adoption est « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille ». Il est permis d'affirmer que cette étrange définition est contraire à l'esprit de la Convention européenne qui ne reconnaît de droits qu'aux seuls individus, la famille n'étant pas sujet de droit. Bien que la Convention européenne ne consacre pas un droit fondamental à l'adoption, du moment où un Etat le garantit, l'égalité devant la loi doit être assurée pour tous indépendamment, de la sexualité. Malheureusement cette absence de garantie est légitimée par la Cour européenne.

Troisièmement, contrairement à sa jurisprudence, la Cour se livre à une appréciation abstraite de l'intérêt de l'enfant sans tenir le moins du monde compte des qualités de l'adoptant. Dorénavant, on pourra légitimement considérer que l'homosexualité constitue un obstacle au droit d'adopter.

Ce traitement discriminatoire à l'égard des homosexuels trouve sa justification, d'après la Cour, dans des préjugés qui ne cessent pourtant de tomber. Une récente enquête de l'*American Psychological Association* révèle que les enfants de parents gays et lesbiens ne souffrent pas davantage que les enfants élevés par des couples hétérosexuels. Déjà, en 1995, une étude britannique sur deux groupes de jeunes adultes dont l'un était élevé par des mères hétérosexuelles et l'autre par des mères lesbiennes, démontrait qu'il n'existe aucune différence de comportement entre les groupes. Cette étude signalant par ailleurs que 91 % des personnes issues des mères lesbiennes étaient hétérosexuelles.

Dans le même ordre d'idées, l'Académie américaine de pédiatrie (institution regroupant 55 000 pédiatres) vient d'annoncer qu'il n'existe aucune raison légitime pour empêcher un individu ou un couple homosexuel de devenir parent.

En France, la thèse de doctorat en médecine soutenue par Stéphane Nadaud sur les enfants élevés par des familles homoparentales arrive aux mêmes conclusions. Quand bien même des études démontreraient le contraire, cela suffirait-il à écarter la reconnaissance d'un droit ? Imaginons que des recherches établissent qu'un enfant noir adopté par une personne blanche rencontre des difficultés d'intégration, cela suffirait-il à justifier une discrimination fondée sur la race ?

Quatrièmement, la justification d'un traitement d'exception réservé aux homosexuels en considération de l'état de l'opinion publique et du faible nombre d'enfants adoptables - autres arguments de la Cour - semble pour le moins légère. En effet, on ne connaît pas l'état de cette opinion au niveau européen et, à supposer qu'elle soit défavorable, la fonction de juger doit-elle entériner un préjugé ou au contraire affirmer la prééminence des droits fondamentaux, n'en déplaît à l'opinion publique (voir, par exemple, l'abolition de la peine de mort) ?

Par ailleurs, l'argument quantitatif est erroné puisque, s'il y a peu de pupilles de la Nation à adopter, tel n'est pas le cas pour les enfants étrangers. Et même dans le cas contraire, doit-on fonder l'accès à un droit sur son effectivité matérielle (la liberté d'expression n'est pas limitée par le nombre de journaux existants, par exemple) ?

Cette décision a néanmoins le mérite d'ouvrir à nouveau un débat qui, malgré le gouvernement, avait commencé en France avec le pacte civil de solidarité (pacs). L'opinion des trois juges européens minoritaires nous permet de le relancer sur la base de l'exigence d'un traitement égalitaire sans référence à l'orientation sexuelle.

Il ne s'agit pas de privilégier une forme familiale sur une autre. Après tout, qu'elles soient classiques, monoparentales, homoparentales, elles doivent toutes coexister sans hiérarchie du moment qu'elles garantissent concrètement la bonne socialisation de l'enfant.

Filiation et parentalité : l'ordre familial contesté*

La famille est une construction sociale. Les diverses formes qu'elle a adoptée tout au long de l'histoire nous obligerait, par soucis de précision, à utiliser le terme au pluriel : familles plutôt que famille ou même « agencement familial », pour nous référer aussi, avec plus de justesse, à ces nouvelles formes de cohabitation informelles. La famille, au singulier, en tant que modèle d'agencement de la vie privée, s'impose souvent comme une évidence malgré les contours disparates que cette institution prend dans la vie réelle.

La naturalisation de « la famille » n'est le propre de la pensée théologique, elle apparaît également chez les théoriciens contractualistes, alors même que ce sont eux qui ont poussé le plus loin la conception culturaliste des liens sociaux. Ainsi, Rousseau affirme que « la plus ancienne de toutes les sociétés, et la seule naturelle, est celle de la famille »³⁷. Locke voit dans celle-ci la communauté, la plus proche de l'état de nature. L'ordre patriarcal est présenté par ces auteurs comme allant de soi et servant même de prototype pour l'organisation sociale : « La famille est donc, si l'on veut, le premier modèle des sociétés politiques: le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfants; et tous, étant nés égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité »³⁸. La rupture avec le naturalisme en matière politique n'a pas trouvé chez les libéraux un équivalent en matière familiale. Ni Hobbes, ni Rousseau ni Locke ni Tocqueville ni Benjamin Constant ni, plus récemment, Rawls n'ont pas pris comme objet d'analyse les dynamiques familiales. Pourtant, les utiles intellectuels pour une analyse critique de celles-ci n'en manquaient pas. Le sujet fut, sans doute, considéré comme mineur et trop « domestique » comparé aux grandes théories du politique. Pourtant, c'est au sein du modèle familial que s'articulent les formes les plus archaïques du pouvoir. En renvoyant la famille à l'espace « naturel », les grands théoriciens du politique se sont privés d'un terrain particulièrement fécond d'observation et d'analyse. La situation est si étonnante qu'il est légitime de se demander si cette naturalisation de la famille ne constitue la limite effective de leur pensée. Les effets de cette négligence (volontaire ou involontaire) n'ont pas tardé à se ressentir : la famille deviendra l'espace le plus tardif à être politisé et le plus difficile à démocratiser. Pourtant, le caractère historique de la famille a été démontré par tous les courants sociologiques depuis le XIXème siècle. Engels expliquait les dynamiques familiales à partir des rapports sociaux de production. La famille étendue d'origine rurale cesse d'être la norme vers la fin du XIXème siècle, période qui donnera naissance à la famille moderne de type nucléaire (Parsons : 1937) puis elle devient incertaine (Roussel :1989). En moins d'un siècle, toutes les conceptions modéliques de la famille ont volé en éclats. En Occident, les familles sont nucléaires, monoparentales, recomposées, homoparentales, composées d'enfants biologiques, adoptifs ou issus d'une assistance médicale à la procréation.

* *Encyclopédie Universalis 2012*

³⁷ Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Chapitre 1.2, 1762

³⁸ Rousseau, op. cit.

Cet article n'est pas une histoire des familles, il ne s'agit pas non plus d'un essai sur la sociologie des familles ni encore moins d'une étude sur les politiques familiales. Notre travail consiste à expliquer comment les relations familiales se sont affranchies de toute forme de naturalisme provoquant une rupture avec l'ordre familial traditionnel et produisant un pluralisme de l'organisation de la vie intime.

Considérer la vie conjugale comme un chapitre de la vie privée est devenu, depuis l'adoption de la loi sur le divorce en 1975, une évidence. La contractualisation des liens conjugaux apparaît non seulement comme le fruit de l'évolution des mœurs mais aussi comme l'affirmation des valeurs d'autonomie et d'égalité (F. de Singly : 2000). En revanche, les liens de parenté doivent résister à ce processus, au nom de principes anthropologiques et en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant, selon un certain nombre d'experts³⁹. Tout se passe comme si, dans un univers en pleine mutation, l'institutionnalisation de la filiation pouvait garantir la stabilité des liens familiaux. Comme le souligne une psychanalyste proche de la vision biologique du droit de la filiation : « une constatation frappe d'emblée dans cette famille post-moderne : c'est l'axe vertical, celui de la descendance, de la filiation, qui est devenu le noyau dur au milieu des vicissitudes de la vie des individus... »⁴⁰. Dans le même courant, I. Théry ne cesse de chercher le principe d'indissolubilité du lien familial qui se serait déplacé, selon la sociologue, de la conjugalité à la filiation⁴¹.

Or, une théorie juridique de l'organisation familiale, fondée sur la volonté et l'autonomie individuelle, loin de délaisser l'intérêt de l'enfant et de déresponsabiliser les adultes, permet de mieux préserver, dans un cadre plus démocratique, les droits et les obligations de chaque membre de la famille. Par ailleurs, n'oublions pas que depuis la fin des années 1970, les théories prônant une nouvelle institutionnalisation de la famille sont accompagnées d'une désaffectation progressive de l'Etat en matière sociale. De telle sorte que les familles qui disposent d'une plus grande capacité financière peuvent suppléer les carences de l'Etat providence, d'autant plus qu'elles demeurent pratiquement les dernières bénéficiaires de celui-ci. Les travaux de Jacques Commaille et Claude Martin (1998) ont démontré le caractère profondément inégalitaire de nos sociétés dans lesquelles tous les individus - suivant leur appartenance sociale, suivant leur sexe - ne disposent pas des mêmes ressources pour s'y inscrire positivement. Pourquoi la qualité de vie d'une personne (et parfois même sa survie) dépend-t-elle de la loterie des parents que la vie leur impose ? Tous les travaux récents sur les relations entre chômage, pauvreté et famille confirment ce constat.

Loin de négliger ces effets économiques, une théorie juridique de la famille fondée sur le contrat ne néglige nullement la dimension sociale et place la question familiale au sein même de la question sociale. La responsabilisation des individus s'accompagne ainsi d'une responsabilisation de l'Etat en tant que garant de l'égalité des personnes. En revanche, le courant institutionnaliste peut aussi s'interpréter comme une mouvance de déresponsabilisation de l'Etat providence par un retour aux solidarités familiales classiques.

La famille est une question non seulement sociologique et politique mais aussi économique. Les sciences humaines montrent ainsi les évolutions et les bouleversements des familles et la manière dont l'Etat accompagne ou n'accompagne pas les changements sociaux⁴².

³⁹ Pour une critique du familialisme et de la place des experts dans la naturalisation de la famille voir : R. Lenoir, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Editions du Seuil, coll. "Liber", 2003.

⁴⁰ G. Delaisi de Parseval, *Famille à tout prix*, Paris, Seuil 2008, p.16.

⁴¹ I. Théry, *Le démariage : Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993.

⁴² André Burguière, Christiane Klapisch-Zuber, Martine Segalen, Françoise, *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1994.

Les mutations de l'organisation familiale

Dans les sociétés traditionnelles, le mariage avait comme but l'alliance de clans et l'échange de femmes constituait un élément essentiel de cette forme anthropologique de commerce. L'avis des partenaires n'était nullement pris en considération ; il s'agissait d'abord d'assurer la conservation du patrimoine et la continuité de la lignée. Ces fonctions économique et procréatrice articulaient le modèle du mariage qui, ne présupposant aucunement une affection réciproque, était dès lors régi par une stricte distribution des rôles en vertu de laquelle la femme était soumise à l'autorité incontestable de l'homme. Alors qu'en Occident l'organisation familiale va se structurer progressivement autour du mariage individuel, d'autres civilisations ont continué à le concevoir comme un pacte clanique. Ainsi, dans la majorité des sociétés traditionnelles de type patrilinéaire l'échange de sœurs d'un groupe d'hommes avec un autre groupe d'hommes organise le commerce marital. Dans les sociétés matriarcales, l'homme a une fonction reproductrice et la paternité, purement symbolique, est assumée souvent par le frère de la mère⁴³. Les travaux E. Evans-Pritchard (1937) montrent que chez les Azandes des hommes se mariaient avec des garçons et même s'ils disposaient des femmes, dans des périodes de guerres, ils partaient au camp avec ceux-ci.

A l'origine du droit occidental, sous la puissance du *pater familias*, le mariage romain organisait la société des hommes libres. Bien que régie par le droit privé, l'alliance devient une affaire publique, elle instaure, en effet, le modèle d'unité sociale et la domination de la femme. Diverses formes de conjugalité se développaient à Rome. L'union légitime était appelée mariage *cum manu* ou *confarreatio* ; à côté de cette union, il existait le mariage *sine manu*, le *more uxorio* (concubinage) et le *contubernium*, autant de formes plus au moins éloignées de la formalité du mariage légitime, et qui permettent l'établissement de liens conjugaux aux personnes dépourvues de la citoyenneté. La nécessité de ces différents degrés de "conjugalité" continua à se justifier pendant tout le Haut Moyen Age par la persistance de l'esclavage. Il a fallu attendre une condamnation papale en 1095 pour mettre fin au *contubernium* qui, entretemps, régissait la conjugalité avec des serfs de la glèbe.

Jusqu'à la Révolution française, seul le mariage religieux était reconnu. Les registres paroissiaux tenaient alors lieu d'état civil. La loi du 20 septembre 1792 instaure le mariage civil, enregistré en mairie, qui devient le seul valable aux yeux de la loi. Il doit précéder toute cérémonie religieuse.

La victoire de la conception laïque du mariage

La compétence exclusive du pouvoir de l'État en matière matrimoniale n'est cependant pas une innovation doctrinale du Constituant ou du Législateur révolutionnaire ; elle apparaît plutôt comme le fruit d'une longue évolution qu'il est permis de faire remonter aux figures de proue de la Scolastique tardive et à celles de la Seconde Scolastique. La compétence exclusive du pouvoir civil en matière matrimoniale résulte ainsi, selon Alfred Dufour (1997), de la convergence, d'une part, de l'affirmation de principe de l'autonomie du pouvoir de législation propre de la société civile face à la société ecclésiastique et, d'autre part, de la spiritualisation du pouvoir de l'Église face aux pouvoirs temporels. La Révolution française parachève le processus en faisant du mariage un contrat sui generis, laïc et exclusif.

⁴³ Cai Hua, *Une société sans père ni mari : les Nas de Chine*, PUF, coll. Ethnologies, Paris 1997. Concernant le matriarcat en Occident voir également : Johann Jakob Bachofen, *Le droit maternel : recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Ed. Age d'Homme, 1996. Philippe Carrer, *Le matriarcat psychologique des bretons : essais d'ethnopsychiatrie*, Payot, Paris, 1994 et, enfin, Ida Magli, *Matriarcat et pouvoir des femmes*, Ed. Des Femmes, 1983.

Durand de Maillane, rapporteur à l'Assemblée Nationale le 17 mai 1791, affirma que "le mariage peut subsister, et doit même subsister, comme contrat civil et pour tous les effets civils, indépendamment de la bénédiction ecclésiastique qui en fait un sacrement. Ainsi, le contrat de mariage et le rite ecclésiastique, qui en fait un sacrement, sont deux choses qu'on n'aurait jamais dû confondre pour conserver aux deux puissances les droits qui sont propres à chacune d'elles"⁴⁴. Dans une intervention l'Assemblée Législative de septembre 1792, Sédillez, se référant au divorce, signale : "Le mariage est un contrat civil. Il est de la nature des contrats de se résoudre de la même manière dont ils ont été formés. Le mariage étant formé par la volonté de deux personnes, il est naturel qu'il puisse se dissoudre par une volonté contraire"⁴⁵. Bien que depuis 1685 le roi autorisait le mariage des protestants par un ministre de leur culte, il s'agissait d'unions clandestines dépourvues donc d'effets juridiques. La première version sécularisée du mariage fut le fruit de l'Edit du 9 février 1787 sous Louis XVI, octroyant aux protestants la possibilité de bénéficier du *ius connubii*. Jean-Claude Bologne a raison d'affirmer que "cet édit de tolérance institue en effet une alternative civile au mariage religieux : si le curé refuse de marier un couple, le juge pourra le faire à sa place. La déclaration du mariage doit toujours se faire devant le curé, témoin privilégié de l'engagement, mais si celui-ci n'en prend pas acte, un officier public peut enregistrer le mariage"⁴⁶. Depuis le concordat de 1801, les contractants sont libres de donner à leur union une forme religieuse, néanmoins l'État français ne reconnaît que l'acte célébré devant l'officier civil. Le code civil de 1804 institue toutefois l'infériorité de la femme mariée et en proclamant son incapacité, l'objectif est de soumettre femme et enfants au pouvoir absolu du *pater familias* : "La femme est donnée à l'homme pour qu'elle lui fasse des enfants. Elle est donc sa propriété comme l'arbre fruitier est celle du jardinier", explique Napoléon. Ce n'est que depuis 1938 que la femme n'est plus sous la puissance du mari et depuis 1970 que le père n'est plus le seul chef de famille.

À partir de la sécularisation du mariage et surtout de la quête pour l'égalité des femmes, d'importants changements ont eu lieu au sein du droit de la famille. L'introduction du divorce par consentement mutuel en 1975 laisse le futur de leur union entre les mains des époux, comme nous l'avons signalé plus haut. De surcroît, l'institution matrimoniale perd le monopole de la filiation légitime car, depuis la réforme de 1972, les enfants nés hors mariage bénéficient quasiment des mêmes droits que ceux nés du mariage. Ce bouleversement touche également l'ordre de la reproduction, avec la libéralisation de l'accès à la contraception, en 1967, et à l'avortement en 1975. L'autorité patriarcale a été détrônée pour donner place à la négociation et au contrat. La famille est devenue ainsi un espace où la liberté du choix individuelle a déplacé les impératifs moraux et sociaux et où les enfants sont traités sur un pied d'égalité.

Le mariage des homosexuels

La revendication du mariage par les lesbiennes et les gays vient renouveler le débat sur la modernité de la famille. Tous les "marginaux" de l'histoire ont façonné l'institution matrimoniale en lui donnant des contours plus souples. Songeons, en effet, au peuple romain qui revendiquait la *confarreatio*, forme d'union réservée initialement aux seuls patriciens ou souvenons-nous encore des serfs de la glèbe qui en 1095, après des nombreux conflits, obtiennent la permission papale pour le sacrement du mariage. Plus tard, dans le cadre de la lutte menée contre les protestants, Louis XIV proclame l'édit de novembre 1680 qui interdit aux catholiques de se marier avec des membres de la "religion prétendue réformée". Esclaves,

⁴⁴ Archives Parlementaires t. XXVI, Paris, 1887, pp.166-167.

⁴⁵ Archives Parlementaires t.XLIX, Paris 1896, p. 610.

⁴⁶ J.-C. Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, Paris, Hachette, 2005.

protestants, juifs mais aussi comédiens, veuves et musulmans était exclus du mariage avant la sécularisation de celui-ci.

Bien que les femmes libres aient toujours eu accès au mariage, c'est à l'intérieur de cette institution qu'elles se trouvaient les plus dépendantes des hommes. Le code Napoléon de 1804 consacre l'incapacité de la femme mariée et il faudra attendre une loi de 1907 pour qu'elle puisse disposer de son propre salaire. Depuis, un certain nombre de réformes juridiques ont permis aux Françaises de trouver l'égalité dans l'union. Si, comme nous l'avons signalé, la loi de 1938 proclame la capacité de la femme mariée le véritable changement aura lieu le 13 juin 1965 avec la réforme des régimes matrimoniaux abolissant la tutelle maritale. Un an plus tôt, une loi du 14 décembre 1964 avait déjà donné à la femme la capacité d'être tutrice sans une autorisation de son époux. Depuis lors la femme peut agir seule, elle peut ouvrir un compte bancaire à son nom et recourir aux tribunaux pour obtenir des mesures urgentes destinées à empêcher des actes qui mettraient en péril les intérêts familiaux. La réforme de 1970 sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale apparaît également comme une preuve du processus égalitaire au sein des familles. Une loi du 11 juillet 1975 fait disparaître la domiciliation légale de la femme chez son mari, l'article 215 établit désormais que "la résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord". L'ordonnance du 4 juillet 2005 opère la dernière grande réforme du droit de la famille ayant pour but de simplifier la filiation, parfaire l'égalité entre enfants. Elle a soumis l'établissement de la filiation à des règles presque uniformes, quelle que soit la situation matrimoniale des parents, et unifié le régime de la contestation de la filiation.

Cette brève analyse historique permet de montrer comment différentes catégories de personnes ont pu progressivement accéder d'abord au sacrement et, une fois celui-ci sécularisé, au contrat de mariage. C'est dans ce contexte qui émerge la revendication du mariage entre personnes de même sexe, laquelle ne fait autre chose que radicaliser la modernité de la famille par l'affirmation de la liberté de tous les individus à construire une famille avec la personne qu'il souhaite indépendamment du sexe de celle-ci. L'adoption du Pacte civil de solidarité en 1999 constitue un exemple de la contractualisation des rapports intimes et de la reconnaissance des couples de même sexe⁴⁷.

En matière de filiation, la revendication gay radicalise également la dissociation entre reproduction et filiation car désormais la différence de sexe cessera progressivement d'être une exigence pour la réalisation d'un projet parental.

Reproduction et filiation

Alors que la reproduction est un fait biologique, la filiation apparaît comme un acte juridique et par conséquent culturel. La démarcation des frontières familiales et nationales a toujours constitué un enjeu politique capital. Ainsi, l'individu peut être assigné à une société par le droit du sang (*ius sanguinis*) ou par le droit du sol (*ius solis*), selon qu'on choisisse comme dispositif d'appartenance nationale l'héritage biologique ou le lieu de naissance.

Depuis la Révolution, l'imaginaire français d'appartenance à la République est alimenté par l'idée d'une « communion téléologique » selon laquelle, c'est le partage des valeurs qui définit la communauté et non pas la tradition ou l'assignation identitaire⁴⁸.

⁴⁷ Pour une histoire du PaCS, voir : Borrillo, D., et Lascoumes, P., *Amoures égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, coll. « Sur le vif », 2002.

⁴⁸ E. Fassin, « Naturalisation. Filiation, famille et nationalité » in E. Fassin et E. Dorlin (2010).

Ni la race, ni la langue, ni les intérêts, ni la religion ne constituent d'éléments suffisants pour définir la nation laquelle, selon E. Renan, est avant tout une communauté d'individus libres ayant choisi de vivre ensemble dans le partage de certains valeurs passées et futures⁴⁹

L'appartenance à une famille, peut également procéder des liens biologiques ou de la volonté individuelle. Certes, le droit pondère l'une et l'autre de ces composantes mais, selon la conception philosophique adoptée - nature ou convention – le visage de la famille n'aura pas les mêmes contours.

Si l'engendrement relève du biologique, la filiation constitue un événement éminemment conventionnel. Elle peut certes tenir compte du fait naturel mais, en tant que dispositif d'agencement parental, la filiation répond à des règles propres, affranchies de la nature.

En Occident, la morale des barbares (ordalies) et le droit canonique (*copula carnalis*) ont eu en commun la vérité du corps comme fondement du lien juridique, contrairement à la civilité romaine pour laquelle la volonté constituait la clé de voûte du système juridique⁵⁰.

Le droit moderne opère un retour aux règles du droit civil romain, octroyant à l'autonomie de la volonté une place centrale dans l'établissement des liens de filiation et donnant à la *fictio legis*, en tant que promotion de la justice, une place éminente. Désormais, ce qui compte ce ne sont pas tant les racines naturelles des institutions juridiques mais les instruments méthodiques capables d'obtenir des résultats (la paix des familles ou la solidarité des générations, par exemple). La filiation confère à chaque personne un état civil déterminé auquel s'attachent d'importants effets juridiques tant au plan patrimonial (obligation alimentaire, droit de succession) qu'au plan extrapatrimonial (attribution du ou des noms, autorité parentale). La filiation existe uniquement lorsqu'elle est établie dans les conditions et selon les modes prévus par la loi. Autrement dit, la filiation est déterminée par la norme juridique et non pas par la loi de la nature. Elle est un lien qui se tisse de trois fils principaux : la biologie (la filiation par le sang), la volonté (adoption), une présomption (telle la paternité supposée du mari de la mère) et le vécu (possession d'état).

L'ère moderne avec l'avènement des techniques de procréation artificielle⁵¹, permet la dissociation entre sexualité et reproduction. Le progrès scientifique avec le don de sperme, la congélation d'ovocytes, les fécondations in vitro et l'identification génétique des parents a provoqué une « panique morale »⁵², amplifiée par les médias et exploitée par les courants conservateurs. Afin de rassurer l'opinion publique, l'appareil politique, au lieu d'assumer les principes juridiques du droit civil de la famille (pour actualiser les règles qui gouvernent la conjugalité et la parenté), s'est abrité derrière l'ombre rassurante des experts (psychanalystes, généticiens, anthropologues, théologiens...) afin qu'ils dissident le permis et l'interdit en matière de filiation⁵³. La biologie commence à devenir ainsi le soubassement réel ou symbolique du système de parenté contre la modernité qui avait instauré plutôt la volonté au cœur dudit système⁵⁴.

⁴⁹ E. Renan, « *Qu'est-ce qu'une nation ?* » Conférence en Sorbonne, le 11 mars 1882.

⁵⁰ J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Le Seuil, 1993.

⁵¹ En France l'accès aux nouvelles techniques (fécondation in vitro, insémination artificielle...) connues sous le terme général d'assistance médicale à la procréation (AMP) demeure réservé aux couples hétérosexuels infertiles. La gestation pour autrui (mères porteuses) est une pratique prohibée pour tous les couples.

⁵² Ogien, R., *La panique morale*. Paris, Grasset, 2004

⁵³ E. Fassin, « La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique » in D. Borrillo et E. Fassin, *Au-delà du PaCS*, PUF, 1999.

⁵⁴ Borrillo, D., - « La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut des beaux-parents ou le « PaCS de la filiation », *Droit et Société* n°72/2009, pp. 361-371.

La place prépondérante de la vérité biologique dans l'établissement du lien filial fut confirmée par les magistrats dans un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000. Ainsi, la distinction traditionnelle entre reproduction (fait biologique) et filiation (fait culturel), fondement du droit civil moderne, se trouve questionnée. Non pas à partir d'arguments classiques provenant du droit canonique mais par une double rhétorique qui, d'une part, fera de la différence des sexes une condition *sine qua non* de la filiation et, d'autre part, placera l'expertise sanguine et la preuve d'ADN au cœur du dispositif juridique de la parenté.

Les lois de bioéthique, anticipant la revendication des futurs parents gays et lesbiens, avait pris soin de réserver l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation au couple hétérosexuel⁵⁵. La peur d'une filiation unisexuée, fruit de la reconnaissance d'un droit à la filiation pleine pour les couples de même sexe, a eu comme résultat la mise en question radicale de la notion juridique de filiation conçue désormais comme un événement naturel ou, tout au moins, naturalisable⁵⁶. La crainte de l'institutionnalisation de l'homoparenté et la foi dans la preuve biologique (sanguine ou génétique) affaiblissent les autres figures de la filiation qui reposent sur la volonté et sur le vécu. Les grands principes autour desquels s'articule le droit civil, tels l'autonomie de la volonté, le respect de la vie privée, l'égalité ou la libre disposition de soi se trouvent ainsi fragilisés au profit des nouvelles prescriptions (étrangères au droit) fondées sur l'ordre symbolique, la structuration psychique des enfants ou la différence des sexes.

La tension entre vérité objective et vérité affective ne risque-t-elle pas de mettre en question d'autres formes de filiation comme l'adoption plénière, l'assistance médicale à la procréation avec donneur ou tout simplement les familles monoparentales ? La naturalisation de l'ordre symbolique ne constitue-t-elle pas un nouveau dogme susceptible de paralyser le débat démocratique ? L'exigence de la différence des sexes n'occulte-t-elle pas une forme inavouée d'homophobie ? La prééminence du biologique ne favorisera-t-elle pas une nouvelle hiérarchie des filiations ? La biologie peut-elle rendre compte de la complexité de la filiation ?

Face à l'angoisse des nouvelles formes de parenté, ne risquons-nous pas de nous réfugier derrière des certitudes biologiques ? Peut-on considérer que l'individu construit son identité principalement sur la base de son patrimoine génétique ? La différence de sexe ou la vérité biologique peuvent-elles constituer un statut symbolique supérieur à celui de la volonté et des affects ?

Cet article propose quelques pistes de réflexion permettant de problématiser autrement notre relation à la procréation, à la filiation, à la parenté et en ultime instance à la famille en plaçant ces institutions dans leur dimension historique et en rappelant les principales règles civiles en la matière. La contractualisation des liens familiaux permet de laisser dans les mains des principaux intéressés la limitation et le contenu de la communauté des affects. Les nouvelles formes d'intimités, les nouveaux modes de relation si chers à Foucault, peuvent trouver dans le cadre du contrat une concrétisation juridique. Ainsi, la vie de couple cesse d'être limitée à deux personnes de sexe différent et l'ordre de générations n'est plus borné à une lignée masculine et féminine mais ouvert à la parenté unisexuée⁵⁷.

⁵⁵ Il faut toutefois signaler que le Comité d'éthique dans un avis du 25 janvier 2006 propose d'élargir l'adoption plénière aux couples de même sexe.

⁵⁶ E. Fassin, « La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction », *Journal des anthropologues*, numéro spécial Médecine et biologie : chimères et production du social, 88-89, 2002, pp. 103-122.

⁵⁷ Plusieurs pays européens permettent l'accès à l'AMP aux célibataires et aux couples de même sexe (Belgique, Espagne, Luxembourg, Suède, Finlande, Royaume Uni, Islande, Danemark, Pays-Bas, Roumanie, Russie, Géorgie et en dehors de l'Europe l'AMP est autorisée pour ces mêmes personnes aux USA, au Canada, en Inde et en Afrique du Sud notamment.

La vérité biologique dans la filiation

La prééminence de la volonté et l'introduction de la vérité biologique uniquement dans le cadre d'un contentieux semblaient acquises jusqu'au jour où les homosexuels se sont mis à revendiquer des droits reproductifs. Lorsque les couples de même sexe souhaitent devenir des parents à part entière (accès aux différentes formes de filiation), des nouvelles normes (loi de bioéthiques, ordonnance de 2005, jurisprudence de la cour de cassation...) viennent introduire progressivement l'exigence d'hétérosexualité pour l'instauration d'un lien de filiation⁵⁸. Tout se passe comme si la logique modernisatrice, au moment d'intégrer les familles homoparentales, devait contrebalancer cette évolution en restaurant une logique biologisante. Au « désordre démocratique » qui menacerait la famille, le législateur semble ainsi vouloir opposer, dans la définition de la filiation, un « ordre naturel »⁵⁹. Sans doute la question n'est-elle pas tranchée définitivement. En effet, tous les partis de gauche proposent, pour les élections de 2012, le droit au mariage pour les couples de même sexe et la reconnaissance de l'homoparentalité (adoption et accès aux techniques de procréation médicalement assistée).

Dans l'état actuel du droit, pour les homosexuels qui ont engendré un enfant par les moyens naturels (ou par insémination artisanale, même si elle est illégale en France) la question ne se pose pas car dans ce cas de figure la personne jouit de la parenté et de la parentalité vis-à-vis de l'enfant (il est père ou elle est mère et bénéficie de l'autorité parentale).

Concernant le compagnon ou la compagne d'une mère ou un père homosexuel, toutes les forces politiques sont d'accord sur la nécessité de trouver une solution juridique adéquate (statut de coparent, p.ex.) et la Justice admet le transfert de l'autorité parentale à la compagne d'une mère lesbienne. Toutefois, si certaines fonctions parentales ont été reconnues aux homosexuels, le statut de parent à part entière leur est toujours refusé : pas d'adoption plénière pour les couples pacés, pas d'accès à l'AMP, pas d'adoption de l'enfant du conjoint, pas de présomption de paternité, pas d'accès aux maternités de substitution... Or, comme nous l'avons démontré, le modèle civiliste peut parfaitement fonctionner pour les couples de même sexe. En effet, il octroie un rôle majeur à la volonté (au détriment du sang), il permet de masquer l'identité des géniteurs (accouchement sous X, donneur anonyme⁶⁰, adoption plénière...), enfin le modèle civiliste accepte la reconnaissance volontaire exprimée a priori par la présomption de paternité du mari de la mère et autorise l'établissement d'une filiation légale simplement vis-à-vis de celui ou celle qui s'est comporté comme parent (possession d'état). Si la volonté n'a pas de sexe, pourquoi vouloir la sexualiser dans les rapports parentaux ?

La difficulté à admettre une parenté exclusivement féminine ou exclusivement masculine, pourtant parfaitement en accord avec l'esprit du droit civil⁶¹, a conduit (volontairement ou involontairement) à une remise en question de ce modèle en faveur d'une vision naturaliste de la filiation : l'expertise biologique s'impose dans les procès de contestation de la paternité, la recherche des origines se revendique socialement, la différence de sexes devient une valeur,

⁵⁸ En 1988 le Sénat rend le rapport Braibant, au sein duquel pour la première fois on parle « d'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté » En 1994 la loi bioéthique définit juridiquement pour la première fois le couple comme l'union d'un homme et une femme. Et 1995 pour la première fois le Conseil d'État parle d'absence de référant paternel dans le cas d'une adoption par un célibataire, alors même qu'un tel référant n'est pas exigé par la loi.

⁵⁹ Borrillo, D, et Fassin, E., *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité* PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, 1999.

⁶⁰ La dernière révision des lois de bioéthique de 2011 est revenue sur cette situation en levant l'anonymat du donneur dans le cas d'une AMP.

⁶¹ L'adoption plénière par un individu seul est autorisée en France depuis 1966.

bref, la vérité biologique apparaît comme l'argument dernier non seulement pour s'opposer à la filiation homoparentale, et partant, pour créer une sorte de hiérarchie entre les filiations qui doivent désormais être basées sur la parenté naturelle mais aussi pour désigner les familles monoparentales ou recomposées comme les responsables du dysfonctionnement individuel et social.

Pour certains auteurs, la loi française est allée trop loin dans la négation de la vérité biologique. Ainsi Agnès Fine propose la reconnaissance de la pluriparentalité qui « n'est pas seulement liée à la place de plus en plus importante de familles recomposées dans notre société. Elle a été aussi portée par la prise en compte croissante de la question identitaire qui s'est exprimée sous la forme revendicative d'un droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, pour les enfants adoptés ou ceux qui sont nés de procréation médicalement assistée »⁶². Elle regrette que « contrairement à l'Angleterre et l'Allemagne, la France reste à l'écart de modèle de la open adoption » c'est-à-dire sans rupture avec la filiation biologique... Ce point de vue implique une remise en question de la loi de 1966 autorisant l'adoption monoparentale, une critique de l'accouchement sous X et l'interdiction de l'anonymat en cas de don de sperme ainsi que l'inscription de l'origine biologique dans les actes de naissance en cas d'adoption plénière.

Pour limiter les effets de l'homoparentalité, la nouvelle idéologie de type biologique n'hésite pas à mettre en question le système du droit civil. En effet, c'est à condition de préserver quelque part la prééminence procréative de l'hétérosexualité que l'homosexualité pourra par la suite demander de s'inscrire dans l'ordre de la parenté. La question du biologique reprend ainsi une vigueur renouvelée (et bien plus sophistiquée), d'une part, en assurant la place de l'hétérosexualité au sein même de l'homoparentalité (ou pluriparentalité pour reprendre l'expression d'Agnès Fine) et, d'autre part, en fondant la norme non pas sur la volonté mais sur l'immanence des origines (appelé désormais « ordre générationnel » ou « ordre symbolique »). La révision des lois de bioéthiques permettant la levée de l'anonymat des donneurs et par ce biais l'accès aux origines des enfants conçu par assistance médicale à la procréation participe de cette mouvance naturaliste du droit de la filiation⁶³.

Vers un ordre nouveau des familles

Alors que Jean-Jacques Rousseau dans *Le contrat social* construit une théorie politique du vivre ensemble sur la base de la volonté (individuelle et surtout collective), il met la famille en dehors du contrat : « la famille est le premier modèle des sociétés politiques, la plus ancienne et la plus naturelle : le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfants ». Voici comment la métaphore familiale permet de justifier (comme un fait naturel) l'ordre patriarcal. La démocratisation de la vie privée nécessitait comme préalable d'une reformulation des liens familiaux qui permettait d'échapper à l'emprise multiséculaire de la naturalisation. Ce fut le long travail du droit civil depuis sa sécularisation. La contestation de l'ordre familial « naturel » n'est en définitive que la radicalisation de la modernité selon laquelle la volonté et non pas la différence des sexes constitue la base de l'institution matrimoniale et parentale. La filiation dissociée de la reproduction permet de justifier un système juridique fondé non pas sur la vérité biologique mais sur le projet parental responsable. Peu importe donc l'agencement familial (monoparental, homoparental, nucléaire, recomposé, traditionaliste...), si les prémices du contrat ainsi que ses effets sont garanties (égalité dans l'alliance et dans la filiation). L'Etat devrait donc traiter sur un plan d'égalité l'ensemble des familles et les autres formes d'intimité. Pour ce faire il faut faire le deuil d'un droit de la famille unique fondé sur le dogme paternel

⁶² Fine, A., « Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales », *Spirale* 2002-1 n°21

⁶³ Borrillo, D., *Bioéthique*, Paris, Dalloz, 2011.

(Tort : 2005) et penser les règles qui gouvernent les familles à partir de la négociation et la contractualisation. La coexistence du mariage, du PaCS et du concubinage pour tous les couples répondrait à cette exigence tout comme l'ouverture du droit à l'adoption, à l'assistance médicale à la procréation et aux maternités de substitution au-delà des cas de stérilité. Fondée sur la volonté, l'adoption est une institution plus apte que la vérité biologique à assurer la stabilité des liens familiaux. Contrairement à la filiation charnelle, la filiation choisie trouve son fondement dans la liberté non seulement d'accueillir les enfants des autres mais également d'abandonner ses propres enfants biologiques, ce qui est uniquement possible pour les femmes (accouchement sous X) mais devrait pouvoir s'élargir aussi aux hommes à travers une déclaration formelle de renoncement à la paternité. La généralisation de la filiation adoptive (y compris pour ses propres enfants) permettrait ainsi de mettre la volonté au cœur du dispositif parental. Désormais, celui-ci reposerait exclusivement sur la volonté du ou des géniteurs qui donnent l'enfant et celle de ou des adoptants qui l'accueillent. De surcroît, l'adoption est une institution conçue à partir du droit de l'enfant à avoir une famille, contrairement à la filiation biologique qui apparaît plutôt comme un dispositif du droit à l'enfant.

Assumer une théorie contractualiste des affects - aussi bien horizontalement au niveau du mariage que verticalement par l'élargissement de la figure de l'adoption, au niveau de la filiation - n'implique nullement se désintéresser des vulnérables (les mineurs, les personnes âgées, les domestiques, les animaux). Bien au contraire, la technique particulièrement rodée de l'équilibre des prestations et de la protection des plus faibles (contrats d'adhésion, contrat de consommation, clause léonines, théorie de la lésion...) permet de garantir, plus efficacement les grands principes internationaux et constitutionnels d'égalité de l'ensemble des membres de cette communauté affective et patrimoniale. L'adoption comme modèle universelle de la filiation, et non pas la capacité reproductive, permettrait également de fonder la parenté sur la responsabilité et sur un projet parental réfléchi en esquivant ainsi toutes les figures malheureuses des maternités ou des paternités non désirés.

Être père ou mère, à chacun de choisir*

Un Américain transgenre, Trystan Reese, donnera naissance à un enfant le mois prochain. S'il veut être reconnu comme père, un changement du droit de filiation s'impose.

Depuis que l'identité de genre, en tant que faculté de l'individu à changer son sexe biologique, est acceptée socialement et protégée par le droit, un bouleversement s'est produit non seulement en matière de droits fondamentaux mais également en ce qui concerne la représentation sociale de la parenté. En effet, selon les règles de la filiation, la personne qui accouche est considérée la mère de l'enfant. C'est pourquoi, un homme transgenre de nationalité américaine, Trystan Reese, deviendra mère le mois prochain. Comme en France, la loi américaine n'oblige pas l'individu à se soumettre à une modification physiologique pour changer son sexe juridique à l'état civil. Monsieur Reese a ainsi pu conserver son utérus. La situation n'est pas nouvelle, en février 2012, une affaire analogue avait déjà défrayé la chronique outre-Manche. Selon le vieil adage latin, *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine), la personne (et non pas la femme) qui accouche est présumée, de manière irréfragable, être la mère juridique de l'enfant. Ainsi, un homme transgenre, en conservant ses capacités procréatives, peut légalement devenir la mère de l'enfant. Or, en changeant de sexe, il voudra vraisemblablement être reconnu

* *Libération* 13/06/2017

socialement comme père (et non pas comme mère) mais, dans la situation actuelle du droit, cela demeure impossible.

Pour ce faire, un changement du droit de la filiation s'impose. Il est assez simple et consiste à remplacer les termes « mère » et « père » par celui neutre de « parent ». De même, sur le plan administratif, on ne devrait plus parler de « mari » et de « femme » mais de « conjoint ». D'une manière plus générale, la question se pose sur la pertinence de la mention du sexe dans les actes de naissance. Si le genre n'est plus une question d'ordre public et qu'il renvoie à l'intime (comme la religion, la race ou les opinions politiques), maintenir cette catégorie dans les pièces d'identité et les livrets de famille ne constitue-t-il une ingérence injustifiée de l'Etat dans la vie privée ? Ces modifications du droit, permettront non seulement de résoudre un certain nombre de questions pratiques, surtout pour les personnes intersexes et transgenres, mais aussi de mettre fin à un dispositif essentialiste et discriminatoire. S'appuyant sur la foi, la nature, la raison, le sens commun ou l'ordre symbolique, la binarité sexuelle sert à maintenir la différence des sexes et des sexualités comme différence hiérarchique. Comme catégorie d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. L'assignation des individus à un genre est le résultat d'une grille de lecture de la société durablement fragmentée par le poids identitaire du sexe. Le genre apparaît comme le premier des communautarismes et le plus sournois car présenté comme universel et naturel. C'est précisément cette idéologie (énonciation répétitive d'un état de fait non interrogé et formulé de surcroît comme état de droit) qui a rangé la neutralité et l'objectivité du côté masculin. Le véritable universalisme ne peut donc se fonder que sur un sujet de droit neutre vis-à-vis du genre. Toute personne pourra désormais devenir père ou mère car ce n'est plus la biologie qui définit la fonction parentale mais la volonté et la responsabilité individuelles.

Trouble dans la parenté : Accouchement sans maternité et maternités masculines*

En tant que principe irréfragable permettant d'établir juridiquement la maternité, l'adage latin « *mater semper certa est...* » est tombé en désuétude à double titre. D'une part, parce que la maternité a cessé d'être le monopole du genre féminin dès lors qu'un transsexuel *F-to-M* qui a conservé son utérus, tout en rectifiant son sexe à l'état civil, peut devenir mère. D'autre part, puisque la gestation pour autrui (GPA) permet à une femme de porter un enfant entièrement conçu avec les gamètes d'un autre couple, après fécondation in vitro et transfert de l'embryon dans son utérus⁶⁴. Ainsi, celle qui accouche n'est plus nécessairement la mère et un homme peut, en revanche, le devenir. Ces cas de figure, obligent le droit à la fois à repenser ses règles s'affranchissant des fondements naturels du sexe et de la filiation et à chercher la source de la parenté non pas dans un quelconque soubassement biologique mais dans l'autonomie individuelle et le projet parental, c'est-à-dire la volonté procréatrice⁶⁵. A partir de ces exemples paradigmatiques de la maternité pour autrui et de la transparentalité⁶⁶, nous proposons d'interroger la pertinence des principes juridiques en matière d'agencement familial et

* *Revue des juristes de Sciences Po, 2018*

⁶⁴ La GPA peut impliquer jusqu'à cinq personnes, les deux membres du couple d'intention, les deux donneurs des gamètes (spermatozoïde et ovules) et la femme qui porte l'enfant dans son ventre.

⁶⁵ D. Borrillo, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté* : PUF, coll. Génération Libre, 2018.

⁶⁶ Le terme transparentalité est utilisé de manière générale lorsque dans les familles l'un des parents au moins est une personne transsexuelle ou transgenre.

d'assumer - à la fois dans un souci de justice et de protection de l'intérêt de l'enfant - pleinement la dimension conventionnelle du droit civil de la parenté.

Accouchement sans maternité : la GPA

Figure paradigmatique de la contractualisation des liens de filiation, la GPA nous invite à revisiter nos idées relatives à l'engendrement, à la parenté et à la filiation, trop attachées encore à une conception canonique de la famille. Désormais, on peut faire famille individuellement (monoparentalité) ou à plusieurs dans un cadre hétérosexuel ou homosexuel. Les nouvelles techniques procréatives ont mis le projet parental au cœur du dispositif juridique dans lequel la dimension spirituelle (volonté d'être parent) prévaut sur les compétences corporelles (engendrement). La volonté procréatrice deviendrait ainsi la principale source des nouvelles formes de procréation. Toutefois, le droit français interdit cette pratique malgré une opinion publique favorable⁶⁷. Outre la sanction civile, comportant la nullité du contrat⁶⁸, la GPA peut également constituer une atteinte à la filiation dès lors qu'elle est réalisée sur le territoire national. Bien que le Code pénal ne typifie pas la gestation pour autrui en tant qu'infraction autonome, l'article 227-13 sanctionne toutefois la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation qui porterait atteinte à l'état civil d'un enfant. Ainsi, la GPA tombe sous le coup de la loi pénale, puisqu'elle considère comme étant la mère légale une personne différente de la femme qui l'a mis au monde. Cela revient à dissimuler un accouchement (celui de la mère porteuse) et à en simuler un autre (celui de la mère d'intention), ce qui constitue un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. De surcroît, la GPA peut être considérée comme une entrave à l'exercice d'autres droits tels l'acquisition de la nationalité française. Ainsi, dans un arrêt du 21 décembre 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a validé la décision du ministre de l'Intérieur de rejeter la demande de naturalisation du requérant au motif, notamment, que ce dernier avait « méconnu un principe essentiel du droit français en ayant eu recours à l'étranger à la gestation pour le compte d'autrui »⁶⁹. Cependant, grâce à une condamnation de la CEDH⁷⁰, la GPA réalisée légalement à l'étranger produit des effets en France par la transcription à l'état civil de la filiation paternelle et l'adoption ultérieure de l'enfant du conjoint du père d'intention⁷¹. Ainsi, lorsque les contrats de maternité de substitution sont reconnus par d'autres Etats démocratiques et des ressortissants français s'y rendent pour accéder à ce type de service, la filiation qui en découle s'impose à notre état civil par les règles du droit international privé. Et ceci d'autant plus légitimement que dans certains pays, comme les Etats-Unis, les femmes porteuses sont particulièrement protégées contre tout type d'abus. Outre le fait qu'elles doivent déjà avoir un enfant pour que l'impact émotionnel propre à l'expérience maternelle ne leur soit pas étranger, elles sont obligées d'être représentées par un avocat. Le contrat doit de surcroît être homologué par un juge. Tous les frais médicaux et juridiques sont à la charge du couple commanditaire.

⁶⁷ Dans un sondage Ifop pour le journal catholique *La Croix* paru le 03/01/2018, 64% des français se disent favorables à la GPA [<https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/SONDAGE-Francais-bioethique-2018-01-03-1200903298>]

⁶⁸ C. civ., Art. 16-7 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

⁶⁹ CA Nantes, Formation des chambres réunies, 21 déc. 2017 n°16NT01141: Inédit au recueil Lebon. Légifrance : [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000036253243&fastReqId=1438873791&fastPos=1>]

⁷⁰ CEDH, 5^{ème} Section, *Mennesson c/ France et Labassée c./France*, 26 juin 2014. Confirmé par l'arrêt *Laborie c./France*, 5^{ème} Section du 19 janvier 2017.

⁷¹ Comme l'avait déjà confirmé la Cour de cassation: « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (Cass. 1^{er} civ, 5 juillet 2017 : ECLI:FR:CCASS:2017:C100826).

On peut ainsi déduire que la GPA constitue une nouvelle liberté positive faisant écho à une vieille liberté négative, celle de ne pas procréer (contraception, IVG, accouchement « sous X »...). Le parallèle entre l'IVG et la GPA nous semble éclairer les enjeux à la fois philosophiques et juridiques⁷². Ainsi, les deux pratiques relèvent de la libre disposition du corps et de la liberté de procréer ou de ne pas procréer. La GPA apparaît non seulement comme l'expression de la liberté procréative des commanditaires qui désirent l'enfant mais aussi et surtout de la femme qui le porte pour leur compte. En France, on présente souvent la GPA comme une pratique immorale. Or, dans une société démocratique, comme le souligne Ronald Dworkin, l'Etat n'a pas à se substituer aux individus en relation à la valeur que chacun accorde à sa vie, il doit se limiter à garantir les droits et les libertés fondamentales⁷³. Si une femme a le droit de mettre fin à la vie de l'embryon qu'elle porte, rien ne devrait l'empêcher de mener à terme une grossesse et de donner l'enfant au commanditaire : qui peut le plus peut le moins (*a majori ad minus*, dit le vieil adage latin). Ceci est d'autant plus valable que, grâce à la fécondation in vitro avec transfert d'embryon, la femme porteuse ne participe nullement à la « fabrication » de l'enfant, elle ne fait que l'héberger. Et, combien même il s'agirait de son propre enfant, l'interdiction de la GPA peut être qualifiée d'incohérente et elle l'est certainement puisque le droit autorise depuis longtemps l'accouchement « sous X », autrement dit l'abandon légal de l'enfant⁷⁴. Si une femme a la faculté de disposer de la vie de l'embryon et de renoncer à reconnaître sa propre progéniture, il est permis de s'interroger sur la justification de la prohibition de la GPA.

Dès lors qu'on la place dans cette perspective, la GPA apparaît comme une sorte d'*habeas corpus* du XXI^{ème} siècle c'est-à-dire comme l'expression de deux principes fondateurs de l'Etat libéral : s'appartenir à soi-même et avoir le contrôle sur son propre corps. De plus, la GPA en tant que droit fondamental à la vie privée, rentrerait dans cet espace intime où le droit individuel doit prévaloir face à la souveraineté collective. Autrement dit, il revient à la femme qui prête le service et à elle seule de décider d'une question existentielle si fondamentale. La GPA peut également être abordée d'une manière moins déontologique en suivant notamment la théorie de l'avantage comparatif, selon laquelle au sein d'une société libre chacun se spécialise dans la production pour laquelle il dispose du plus fort rendement : en matière de gestation (en attendant l'utérus artificiel)⁷⁵ ce sont très majoritairement les femmes qui conservent le monopole de la grossesse et elles devraient, par conséquent, être toujours les principales bénéficiaires. Or, l'interdiction de cette pratique perpétue une discrimination fondée sur le genre car elle fait profiter gratuitement aux hommes du travail reproductif au détriment des femmes. C'est pourquoi, la GPA pourrait également être considérée comme la forme la plus féministe des reproductions non seulement parce qu'elle affirme le droit des femmes de disposer d'elles-mêmes mais aussi puisqu'elle permet de mettre un prix à un travail effectué auparavant gracieusement. Ceci n'empêche nullement le choix d'une GPA altruiste en vertu de l'argument *a minori ad majus* : si l'on admet la rémunération à plus forte raison on ne peut qu'autoriser la gratuité. Toutefois, ce n'est pas à l'Etat d'en décider. Il doit simplement se limiter à organiser cette liberté de telle sorte que tout abus soit fermement sanctionné mais, une fois celui-ci écarté, c'est à la femme de déterminer de la dimension onéreuse ou bénévole de la pratique.

⁷² M. Jouan, *L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice* : Travail, genre et sociétés, vol. 38, no. 2, 2017, pp. 35-52.

⁷³ R. Dworkin, *Life's Dominion : An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom* : Alfred Knopf, New York, 1993.

⁷⁴ C. civ., art. 326 : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ».

⁷⁵ H. Atlan, *L'utérus artificiel* : Seuil, coll. La librairie du XXI^{ème} siècle, 2005.

L'analogie avec l'esclavage semble ici pertinente non pas pour s'opposer à la GPA, comme le fait souvent la pensée conservatrice, mais au contraire pour la promouvoir. Dans l'état actuel des choses, la grossesse constitue un travail reproductif non rémunéré dont la justification prend racine dans une vision naturalisée de la maternité. Dans le futur - reconnues comme libres propriétaires de leur force de travail (la gestation) - les femmes pourront, grâce à la GPA, fragiliser la domination masculine multiséculaire, en dénonçant la subordination des corps féminins comme le seul moyen d'assurer gratuitement la reproduction de l'espèce humaine. De surcroît, la légalisation de la GPA permettra de désacraliser le ventre et la maternité en affaiblissant le mythe de l'instant maternel⁷⁶ et l'utérocentrisme. Au slogan politique des années 1970, « un enfant si je veux quand je veux », il faudrait ajouter en 2018 : « pour moi ou pour autrui »... Marlène Jouan a raison d'affirmer que « Un examen de la gestation pour autrui à l'aune de la gestation pour soi encadrée par le droit à l'avortement, qui fait au contraire consensus, permet une analyse plus fine, et résolument non paternaliste, des raisons pour lesquelles l'autonomie des mères porteuses est en effet menacée, mais aussi des conditions auxquelles elle peut être préservée ou restaurée »⁷⁷.

Si la correspondance avec l'IVG nous semble éclairer la dimension individuelle de la pratique de la GPA, l'analogie avec l'adoption est également pertinente pour mieux comprendre la parenté. Toutes deux constituent effectivement des formes de filiation élective contrairement à la filiation charnelle dans laquelle l'accouchement impose la condition maternelle (*mater semper certa est*)⁷⁸. Dans ces deux cas de figure, la mère légale n'est pas la femme qui a accouché de l'enfant mais celle qui l'a voulu. Comme l'ont souligné les juges de la Cour suprême de Californie : « le critère déterminant la maternité est celui de la volonté du couple d'intention sans lequel l'enfant n'aurait jamais existé »⁷⁹.

La GPA prendrait juridiquement la forme d'un contrat de service *intuitu personae* surtout lorsque la femme qui porte l'enfant n'est pas la gestatrice. Dans le cas où elle apporterait effectivement l'ovule, une clause de repentance devrait être ajoutée au contrat afin que cette mère biologique puisse garder l'enfant si elle le souhaite. Aussi pour éviter des conflits et dans la mesure où le couple commanditaire correspond avec les parents biologiques, il est possible, notamment aux USA, de demander au juge avant la naissance de l'enfant, une attribution de filiation de telle sorte que les noms des parents d'intentions soient inscrits dans l'acte de naissance dès l'accouchement.

Maternités masculines

Concernant la transparentalité, deux situations sont à distinguer, selon que l'établissement de la filiation intervient avant ou après le changement de sexe. Lorsque la filiation est établie avant la rectification du registre, la jurisprudence ne la remet pas en cause. L'acte de naissance des enfants du transsexuel reste le même et aucune mention de la décision de changement de sexe du parent n'y apparaît. La réassignation sexuelle ne produit pas d'effets rétroactifs, particulièrement en matière de filiation.

Lorsque le transsexuel a obtenu la modification de son état civil, sa possibilité de créer un lien de filiation demeure difficile. En effet, comme le souligne Valérie Poure, de manière constante, les juges déclarent nulle la reconnaissance maternelle de l'enfant du transsexuel *M-to-F* suite à la transformation de son état civil en raison « *de son caractère mensonger du fait de son*

⁷⁶ E. Badinter, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe siècle)* : Flammarion, Paris, 1980.

⁷⁷ M. Jouan. Art. cit. p. 38.

⁷⁸ M. Iacub, *L'empire du ventre* : Fayard, Paris, 2004.

⁷⁹ Cour Suprême de Californie, *Jonhson c/Calvert*, No. S023721. May 20, 1993.

impossibilité physiologique de concevoir »⁸⁰. La nullité ne saurait, en outre, être purgée par la possession d'état, également écartée au motif qu'elle « *est contredite par les conditions mêmes de la naissance de l'enfant et de l'impossibilité physiologique pour le transsexuel de procréer* »⁸¹.

Au contraire, l'adoption en couple doit pouvoir être accessible aux conjoints, même si l'un d'eux est transsexuel, conformément à l'article 346 du Code civil, puisque le mariage est ouvert à tous indépendamment de l'identité de genre. De même, l'adoption individuelle étant reconnue par l'article 343-1 du Code civil, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un transsexuel seul y ait recours. À plus forte raison, cette possibilité devrait être accordée conformément à la jurisprudence européenne selon laquelle « est discriminatoire en raison du sexe, une distinction qui trouverait son origine dans la conversion sexuelle »⁸². Si l'accès aux techniques de reproduction assistées demeure interdit à une personne transsexuelle (tout comme à une femme seule) rien ne l'empêche de faire une insémination artificielle à l'étranger. La PMA reste possible uniquement pour les personnes transsexuelles en couple hétérosexuel. Le père *F-to-M* est alors considéré comme tout autre père qui serait stérile. Dans ce cas on procède à l'insémination de la partenaire par un donneur anonyme.

Depuis que l'identité de genre, en tant que faculté de l'individu à changer son sexe juridique, est acceptée socialement et protégée par le droit, un bouleversement s'est produit non seulement en matière de droits fondamentaux mais également en ce qui concerne la représentation sociale de la parenté⁸³. En effet, selon les règles de la filiation, la personne qui accouche est considérée la mère de l'enfant. C'est pourquoi, un homme transgenre *F-to-M* de nationalité étasunienne, Trystan Reese, est devenu mère en 2017. Comme en France, la loi américaine n'oblige pas l'individu à se soumettre à une modification physiologique pour changer son sexe juridique à l'état civil. Monsieur Reese a ainsi pu conserver son utérus. La situation n'est pas nouvelle, en février 2012, une affaire analogue avait déjà défrayé la chronique outre-Manche. Comme nous l'avons signalé plus haut, selon le vieil adage latin, *mater semper certa est*, la personne qui accouche est présumée encore et de manière irréfragable, être la mère juridique de l'enfant. Ainsi, un homme transgenre, en conservant ses capacités procréatives, peut légalement devenir la mère de l'enfant. Or, en changeant de sexe, il voudra vraisemblablement être reconnu socialement comme père (et non pas comme mère) mais, dans la situation actuelle du droit, cela demeure impossible. Un changement du droit de la filiation s'impose donc. Il consisterait à remplacer les termes « mère » et « père » par celui neutre de « parent ». De même, pour le couple, on ne devrait plus parler de « mari » et de « femme » mais de « conjoint ».

D'une manière plus générale, la question se pose sur la pertinence de la mention du sexe dans les actes de naissance⁸⁴. Si le genre n'est plus une question d'ordre public mais renvoie à l'intimité (comme la religion, la race ou les opinions politiques), maintenir cette catégorie dans les pièces d'identité et les livrets de famille ne constituerait-elle une ingérence injustifiée de l'Etat dans la vie privée ? Ces modifications du droit, permettront non seulement de résoudre un certain nombre de questions pratiques, surtout pour les personnes intersexes et transgenres, mais aussi de mettre fin à un dispositif essentialiste et discriminatoire. S'appuyant tour à tour sur la foi, la nature, la raison, le sens commun ou l'ordre symbolique, la binarité sexuelle sert effectivement à maintenir la différence des sexes et des sexualités comme différence

⁸⁰ V., Poure, *Vers un statut familial de la personne transsexuelle ?* : Recherches familiales, vol. 10, no. 1, 2013, pp. 175-182.

⁸¹ Cass. 1^{re} civ. 18 mai 2005 : *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2005, commentaire n° 153, observations P. Murat.

⁸² CEDH, 30 avril. 1996, affaire P. c/S. et Cornwall County Council, *Droit de la famille*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, commentaire n° 2, note S. Paricard.

⁸³ L. Hérault (dir.), *La parenté transgenre* : Presses universitaires de Provence, Aix-en-Provence, 2014.

⁸⁴ D. Borrillo, *Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ?* In A. Schuster (dir.), *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century: Forum*, 2011.

hiérarchique. Comme catégorie d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. L'assignation des individus à un genre est le résultat d'une grille de lecture de la société durablement fragmentée par le poids identitaire du sexe. Le genre apparaît comme le premier des communautarismes et le plus sournois car présenté comme universel et naturel. C'est précisément cette idéologie (énonciation répétitive d'un état de fait non interrogé et formulé de surcroît comme état de droit) qui a rangé la neutralité et l'objectivité du côté masculin. Le véritable universalisme ne peut donc se fonder que sur un sujet de droit neutre vis-à-vis du genre. Toute personne pourra désormais devenir parent car ce n'est plus la biologie qui définit la fonction mais la volonté et la responsabilité individuelles.

Conclusion

La démocratisation de la vie privée nécessitait comme préalable d'une reformulation des liens familiaux permettant d'échapper à l'emprise multiséculaire de la naturalisation. Ce fut le long travail du droit civil depuis sa sécularisation. La contestation de l'ordre familial « naturel » n'est en définitive que l'accomplissement de la promesse de la modernité selon laquelle la volonté, et non pas la biologie, constitue la base de l'alliance et de la parenté. La filiation dissociée de l'engendrement permet de justifier un système juridique fondé non pas sur la vérité biologique mais sur le projet parental responsable. Peu importe donc l'agencement familial (monoparental, homoparental, transparental, nucléaire, recomposé, traditionnel...), si les prémices du contrat ainsi que ses effets sont respectés (capacité, liberté et égalité). L'Etat devrait donc traiter sur le même plan l'ensemble des familles et les autres formes d'intimité. A cet effet, il conviendrait de faire le deuil d'un droit de la famille fondé sur le dogme paternel⁸⁵ et penser les règles qui gouvernent la vie familiale à partir de la négociation et la contractualisation : on ne naît pas parent on le devient.

La coexistence du mariage, du PaCS et du concubinage répond à cette exigence tout comme l'ouverture du droit à l'adoption, à la PMA et aux maternités de substitution pour tous, au-delà des cas de stérilité. Mais, il ne s'agit pas seulement de garantir l'égalité statique mais aussi et surtout de revoir nos principes juridiques sous peine de devenir étrangers à notre propre droit. Si ni l'accouchement ni la génitalité nous permettent de déterminer la place des parents, il faut assumer *in fine* que la seule source de la filiation demeure la volonté. C'est pourquoi la GPA aujourd'hui tout comme l'adoption hier constituent les formes paradigmatiques nous permettant de construire la parenté sur la base de l'autonomie des individus et nos pas en fonction d'une conception morale soit elle religieuse ou républicaine car, comme nous le rappelait Ruwen Ogien, « elles n'ont pas plus de *valeur épistémologique* que celles de l'astrologie »⁸⁶

Requiem pour une PMA déjà moribonde

Après la déclaration, sans réserve, de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel, la nouvelle loi bioéthique a été promulguée le 2 août 2021. L'élargissement de la procréation médicalement assistée (PMA) aux femmes célibataires et aux couples de femmes, tout comme la fin de l'infertilité (comme condition sine qua non à l'accès à cette technique) constitue, à n'en pas douter, une avancée incontestable.

L'enthousiasme diminue, toutefois, lorsqu'on constate que, dans le même texte, le Législateur introduit la levée de l'anonymat des donneurs de gamètes, prélude à la reconnaissance de

⁸⁵ M. Tort, *La fin du dogme paternel* : Flammarion, Paris, 2005.

⁸⁶ R. Ogien, *La morale introuvable* : Raison publique, vol. 22, no. 2, 2017, pp. 15-39.

l'accès aux origines biologiques. Si aujourd'hui, la plupart des PMA s'effectue avec les gamètes du couple, dans le cas des lesbiennes, le don d'un tiers est désormais indispensable. Certes, les enfants ainsi conçus n'auront pas une filiation établie avec le donneur mais son inscription dans l'acte de naissance suscite plusieurs inquiétudes puisque la loi crée d'ores et déjà deux catégories d'enfants : ceux nés « naturellement » et ceux nés grâce à un don. Depuis la fin des catégories « d'enfant légitime » et « d'enfant naturel », le droit n'avait pas inscrit un marquage différenciant le mode d'engendrement.

Ce retour à une conception biologique de la filiation constitue également une ingérence de l'Etat dans la vie privée des familles. En effet, jusqu'à nos jours, les moyens de procréer (voie charnelle ou PMA) ne se reflétaient pas dans l'acte de naissance (instrument public). Et, si le jugement d'adoption ou l'acte de reconnaissance apparaissent en marge de l'état civil des personnes, c'est parce qu'il s'agit d'un enfant déjà existant. Dorénavant, dès lors que l'enfant est le fruit d'un couple de femmes, il faut le signaler publiquement ex ante.

Cette régression du droit civil de la filiation est le résultat d'un long combat réactionnaire favorisé par une expertise mobilisée par la gauche socialiste, réactualisé par le « Rapport Touraine » et cristallisé dans la dernière révision de la loi. Derrière l'accès aux origines se reconstitue un ersatz de la filiation puisant sa force dans l'élément biologique et qui risque bien d'être revendiqué un jour. Il ne s'agit plus d'utiliser les vieux arguments conservateurs brandis par la Manif pour tous : « Un papa, une maman », mais de préserver « l'ordre symbolique de la différence des sexes » et « la loi du Père », pour reprendre la vulgate anthropo-psychanalytique qui a colonisé le droit civil de la filiation.

La question de l'accès aux origines semble pourtant légitime à condition qu'elle soit clairement dissociée de la filiation. L'ensemble d'associations qui revendiquent ce nouveau droit ne cessent pourtant de le rappeler : on ne cherche pas un parent mais un géniteur. Les associations homoparentales, celles des enfants qui cherchent leurs origines ainsi que leurs avocats condamnent l'établissement d'un régime à part pour les enfants issus d'une PMA tel que l'inscription du mode de conception dans l'acte de naissance. C'est pourquoi, traiter de la question des origines dans la loi bioéthique est non seulement hors-sujet mais induit aussi à une confusion lourde de conséquences. En effet, rapprocher la question de l'engendrement d'une réforme sur la parenté risque de créer une « filiation de souche » qui renvoie à la reproduction biologique, tandis que les autres formes de filiation viendraient s'ajouter, une fois établi dans la loi ce nécessaire arrière-plan génétique par la levée de l'anonymat et l'inscription du don dans les actes de naissance.

Les codes civils modernes établissent clairement cette distinction, en interdisant explicitement l'indication dans l'acte de naissance de l'origine de la filiation. Ainsi, l'article 559 du code civil argentin dispose que « l'officier d'état civil doit rédiger l'acte de naissance de telle sorte qu'il ne soit pas indiqué que la personne est née hors mariage, qu'elle est adoptée ou qu'elle est issue d'une technique de reproduction assistée ». De même, l'article 7.2 de la loi espagnole 14/2006, souligne que « d'aucune manière, l'inscription dans les registres de l'état civil ne pourra faire apparaître des données à partir desquelles soit possible déduire le mode de procréation ». D'autres pays comme la Belgique, le Canada ou le Royaume-Uni ont tout simplement appliqué la règle de la présomption de la coparenté pour permettre l'établissement automatique de la maternité de la conjointe de la mère.

La France, réputée être une république universaliste, vient de créer un nouveau mode de filiation réservé aux couples de femmes : la « déclaration anticipée de volonté », autrement dit, les deux femmes du couple devront établir une reconnaissance conjointe de l'enfant avant sa naissance auprès d'un notaire. La liberté de gérer l'information sur l'origine de la filiation est réservée désormais aux couples hétérosexuels, lesquels peuvent continuer à bénéficier de la présomption de paternité, grâce à la vraisemblance biologique, comme le dit le Conseil d'Etat.

Outre la discrimination vis-à-vis des couples et des enfants, la loi ne peut qu'accentuer la pénurie de gamètes. En effet, un sondage montre que 70 % des Français refuserait de faire un don de gamètes en cas de levée d'anonymat du donneur dans un contexte où, selon l'agence de la biomédecine, le nombre de donneurs est largement insuffisant (1 donneur pour 10 demandeurs) et il ne sera plus possible d'utiliser des gamètes pour lesquels le donneur n'aura pas consenti à la divulgation de son identité. De surcroît, la gratuité n'a pas été mise en question par la nouvelle loi.

Il ne faut pas s'étonner alors, qu'en pratique, personne ne voudra faire don de ses gamètes plaçant la PMA dans une totale incertitude.

Pour finir avec une note positive : les couples pourront toujours continuer de se rendre dans des pays plus libéraux comme l'Espagne, par exemple, où l'anonymat est garanti et où il n'existe pas de pénurie de gamètes puisque les donneuses d'ovocytes reçoivent une compensation de 1000 euros et les donneurs de sperme de 50 euros. De surcroît, contrairement à la France, la méthode ROPA (réception d'ovocytes de la partenaire) est légale permettant ainsi à chaque partenaire de participer au processus de grossesse.

III.- LA LIBERTÉ CIVIQUE

La première et plus fondamentale des libertés est celle de pouvoir disposer de soi, de son corps, de sa propre personne et de ses choix vitaux. Se posséder permet à la fois de posséder les choses et d'empêcher que les autres nous possèdent. L'euthanasie et le suicide assisté, comme nous avons pu le présenter dans des tribunes précédentes constituent de manifestations de cette liberté de disposer de soi mais également la possibilité de mettre fin à toute assignation genrée dans les documents d'identification personnelle. Le genre cesse ainsi d'être une catégorie d'Etat pour devenir un élément de l'identité intime disponible donc à titre individuel.

1. La liberté de se posséder

*Qui peut décider de mon sexe, de ma dignité, de ma mort ?**

A travers les débats contemporains sur l'euthanasie, la prostitution, la GPA ou bientôt le transhumanisme, se joue la question de la libre disposition du corps. Foucault a montré, dans *Surveiller et Punir*, comment «il y a eu, au cours de l'âge classique, toute une découverte du corps comme objet et cible de pouvoir». Contrôler l'individu, pour l'Etat central, c'était avant tout rendre son corps docile.

Le combat de la modernité a donc porté à la fois sur l'émancipation et l'appropriation du corps, à rebours d'une tradition chrétienne qui considérait l'homme comme «l'usufruitier» de sa propre chair. Il a fallu faire de l'individu le maître de lui-même, en affirmant comme Tocqueville que «chacun est le meilleur juge de ce qui ne regarde que lui seul». Ce combat a été largement porté par les féministes, qui proclamèrent que «mon corps m'appartient». Nos députés l'ont d'ailleurs reconnu, en novembre, en votant à la quasi-unanimité la résolution réaffirmant le droit fondamental à l'IVG : l'exposé des motifs rappelait «les droits des femmes à disposer librement de leur corps». On peut présumer que, dans un autre contexte, ce droit s'étendrait également au sexe masculin.

Pourtant, dans l'état actuel du droit positif, force est de constater que plusieurs pratiques volontaires ne nuisant pas à autrui demeurent sévèrement punies : l'assistance médicale à la procréation pour les femmes seules, pour les couples de femmes ou pour ceux n'ayant pas prouvé la stérilité (deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende); la gestation pour autrui (trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende); l'insémination post-mortem (deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende); l'euthanasie (trente ans de réclusion criminelle); le suicide assisté (trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, article 223-13 du code pénal). De même, ce n'est pas l'individu qui est maître de la destinée de sa dépouille, mais l'administration : seule l'inhumation ou la crémation sont possibles, tout autre choix étant exclu (c'est-à-dire cryogénéisation, immersion en mer ou embaumement, même si ces pratiques ne créent aucun risque pour la salubrité ou la santé publique).

La libre disposition du corps n'est donc pas inscrite dans le marbre de la loi française. La Cour européenne des droits de l'homme a beau avoir reconnu, sur le fondement de l'article 8 de la convention, le droit à «l'autonomie personnelle», le Conseil d'Etat a beau avoir inscrit, dans sa jurisprudence Perruche, la dissociation du sujet et de son corps, le pouvoir politique reste frileux, invoquant les notions d'«indisponibilité de l'état des personnes» ou de «corps hors

* Libération 07/04/2015 co-signé avec Gaspard Koenig

commerce» pour justifier les limites à la liberté de l'individu vis-à-vis de lui-même, de sa procréation, de son genre et de sa mort. Il s'agit là, derrière le paravent facile de la «*dignité humaine*», d'un discours autoritaire qu'il faut dénoncer. Qui peut décider de ma dignité, de la conception que je m'en fais et des moyens que je mets en œuvre pour la réaliser mieux que moi-même ? A vouloir protéger l'individu contre lui-même, ne sommes-nous pas en train de créer une société des victimes au lieu d'encourager l'autonomisation, l'émancipation, le pouvoir d'agir des individus ?

C'est ainsi qu'une nouvelle forme de conservatisme antilibéral, de droite comme de gauche, définit et impose une certaine vision de l'humanité. La proposition de loi visant à la pénalisation des clients de prostitués illustre bien ce néopaternalisme. Elle s'inscrit dans une logique abolitionniste assumée par le gouvernement, opposant d'un côté un Etat décidé à imposer sa conception de la normalité sexuelle; et de l'autre, des prostitués réclamant le droit de travailler dans de bonnes conditions, en définissant comme ils l'entendent leur rapport à leur corps et à leur sexualité : selon une étude récente publiée par Nick Mai, professeur de sociologie à l'Université métropolitaine de Londres, 98% des travailleurs du sexe sont opposés à la pénalisation des clients. Le combat actuel des prostitués, réunis au sein du Syndicat du travail sexuel (Strass), oppose légitimement des droits individuels à un ordre moral.

Cela ne signifie pas, au contraire, que l'Etat ne doive pas jouer un rôle pour s'assurer que le consentement des parties ne soit pas vicié et, en l'espèce, que soient durement réprimés l'exploitation et les trafics. D'un autre côté, la mise en place d'un revenu universel, permettant à chacun de subvenir à ses besoins de base (sous la forme d'un impôt négatif), serait un élément cohérent pour assurer l'absence de contrainte économique : mes choix seront d'autant plus libres que je n'aurai plus à craindre pour ma survie quotidienne. Plutôt que de contraindre les corps et de diriger les comportements, la politique publique devrait donner une réalité à l'idéal d'autonomie individuelle qui était celui des révolutionnaires français.

Nous proposons donc d'inscrire la libre disposition de soi dans la Constitution comme un droit fondamental. De là découleraient toutes les libertés qui restent mal assurées en droit français : liberté procréative, liberté sexuelle, liberté religieuse, liberté d'expression, liberté vestimentaire... Une fois acquis ce principe, les grands débats de société se régleraient naturellement, sur une base assainie. On dissocierait enfin la loi qui règle les rapports d'individus autonomes et la morale qui réunit les groupes et les communautés. Légaliser la GPA n'empêche pas de s'y opposer !

«Dans cette humanité centrale et centralisée, effet et instrument de relations de pouvoir complexes, corps et forces assujettis par des dispositifs d'incarcération multiples, il faut entendre le grondement la bataille», concluait Foucault. Cette bataille, à nous de la mener, pour sortir les corps de leur prison sociale !

Le néo-féminisme, une idéologie totale

Le féminisme classique a organisé son combat autour des droits fondamentaux comme le suffrage universel, la libre disposition du corps et de la sexualité, la réforme du divorce, l'accès à l'éducation... Ce féminisme prend appui sur le primat de l'individu qui, quel que soit son sexe, doit pouvoir jouir de mêmes droits et libertés de façon autonome. Son pré-supposé était celui de la ressemblance des genres et impliquait une égalité de traitement. Son origine philosophique, les idéaux des Lumières. Au nom du progrès de l'humanité vers le bonheur et la modernité, John Stuart Mill défend l'idée qu'être fille ou garçon ne doit plus entraver une

égalité parfaite dans les sociétés où les individus ne sont plus déterminés par leur naissance (*L'assujettissement des femmes*, 1869). Sociologiquement, ce féminisme a permis de remettre en question les rôles traditionnels des femmes (mère, ménagère, épouse...) pour justement mettre en évidence leur capacité à s'émanciper des carcans sociaux. C'est grâce à lui que les grandes réformes légales destinées à éliminer les entraves à la liberté furent adoptées : le congé de maternité en 1909, la suppression de l'incapacité civile en 1938, le droit de vote en 1944, la réforme des régimes matrimoniaux qui autorise les femmes à exercer une profession sans l'autorisation maritale et à gérer leur biens propres (1965), le droit à la contraception en 1967 et à l'IVG en 1975, l'autorité parentale conjointe (1970), l'égalité de rémunération (1972), l'égalité professionnelle en 1983, la parité (comme mesure correctrice) en 2000, la représentation de femmes dans les conseils d'administration (2011), le droit au mariage pour les couples lesbiens (2013), le droit à la PMA pour les femmes seules et les couples de femmes (2021). Toutes ces lois se fondaient implicitement sur une vision symétrique de l'égalité, de la similitude entre les hommes et les femmes et tendent, par l'égalité matérielle, de compléter les insuffisances de l'égalité purement formelle. Elles introduisent également une séparation nette entre le droit et la morale qui constitue la garantie de la coexistence de plusieurs conceptions de la vie des femmes.

Ce paradigme de la liberté et de l'autonomie basé sur la similitude est aujourd'hui progressivement mis en cause par une vision fondée sur la différence sexuelle selon laquelle les femmes agissent de manière substantiellement distincte des hommes, en particulier lorsqu'il s'agit de résoudre des conflits moraux. Ce présupposé a donné naissance à l'éthique du *care* (sollicitude, diligence)⁸⁷ contre la vision juridique fondée sur l'abstraction, le rationalisme et l'individualisme, réputée de nature masculine. Pour le néo-féminisme, il ne s'agit pas seulement de constater cette différence mais de réorganiser l'ordre sexuel en plaçant l'éthique féminine au-dessus du droit. On passe ainsi du descriptif au prescriptif. Désormais, il ne s'agit plus d'égalité mais de déconstruction de l'ordre masculin. Pour ce faire, les militantes néo-féministes utilisent le genre comme une idéologie de substitution à la classe⁸⁸. Ainsi, selon l'anthropologue Gayle Rubin, les hommes ont créé un système de classe sexué (*sex-class-system*) en fonction de leurs intérêts⁸⁹. L'idée n'est nullement originale, elle fut avancée il y a plus d'un siècle par Friedrich Engels dans *L'Origine de la famille, de la propriété privée et de l'État* en affirmant que « dans la famille, l'homme est le bourgeois ; la femme joue le rôle du prolétariat ». En France, Colette Guillaumin va comparer la condition des épouses à celle de l'esclavage des plantations »⁹⁰

Si le féminisme classique acceptait le droit comme un champ de la lutte politique, le néo-féminisme le conteste comme un outil au service des hommes et au détriment des femmes. Ce récit radical fut articulé par une professeure de droit étasunienne, Catherine Mackinnon, dont les travaux ont influencé non seulement les théoriciennes du féminisme matérialiste mais aussi la Cour suprême du Canada qui a censuré la pornographie non pas au nom de l'obscénité mais en raison du préjudice porté aux femmes (arrêt *Butler* 1992). Le « collectif femme » constitue ainsi l'élément à protéger, contrairement à la défense des droits individuels de chaque femme particulière comme le faisait le féminisme traditionnel. La mécanique est aussi manichéiste

⁸⁷ Carol Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1982.

⁸⁸ « Nous détestons les hommes parce que ce sont eux qui ont lancé les hostilités, et que la guerre des sexes (...) est une lutte des classes qui viole nos corps, tue nos sœurs, épuise nos esprits et piétine nos droits », Pauline Harmange, « Pourquoi haïr les hommes ? La misandrie comme autodéfense féministe », *Revue du Crieur*, vol. 17, no. 3, 2020, pp. 154-159.

⁸⁹ Gayle Rubin, « The Traffic in Women : Notes on the "Political Economy" of Sex », in Rayna R. Reiter (dir.), *Toward an Anthropology of Women*, New York, Monthly Review Press, 1975

⁹⁰ C. Guillaumin, « Pratique du pouvoir et idée de Nature, 1 : l'appropriation des femmes », *Questions féministes*, n° 2, « Les corps appropriés », février 1978, pp. 7 et 9.

qu'efficace, il faut commencer par constituer une communauté homogène de victimes (peu importe qu'elles soient ministres ou femmes de ménage, CEO ou immigrées... la masse est dépourvue de nuances). Ensuite, il faut maximiser les discriminations du groupe dominé (différence de salaires : 16% de moins en raison du temps partiel et de l'emploi occupé ; répartition des tâches ménagères : 2h34 pour les femmes et 2h10 pour les hommes...) et minimiser celles des supposés dominants (la grande majorité de victimes en temps de guerre ce sont des hommes, l'espérance de vie à la retraite est bien moindre pour les hommes que pour les femmes, 21 ans contre 27, le taux de suicide est trois fois plus élevé pour les hommes...).

Par ailleurs, le néo-féminisme propose une grille de lecture systémique de la sexualité qui permet d'occulter juridiquement le consentement, même valide, si les actes auxquels on consent sont réputés nier la dignité humaine et réifier la femme, dignité que les néo-féministes prétendent connaître mieux que les femmes elles-mêmes⁹¹. J.-F., Gaudreault-DesBiens a raison d'affirmer que « ... la liberté individuelle et l'autonomie de la volonté cèdent à un perfectionnisme social paternaliste dont la loi et le tribunal doivent se faire les catalyseurs... »⁹². En France, c'est cette idéologie qui a produit la loi de 2016 sur la pénalisation des clients de la prostitution. Désormais, toute personne qui se prostitue est une victime du système prostitutionnel et tout client un bourreau puisque, comme l'avait théorisé MacKinnon, « la liberté sexuelle des femmes devient synonyme de liberté d'agression sexuelle pour les hommes ». Susan Brownmiller avance même que la « capacité biologique au viol » des hommes détermine le soubassement de l'ordre sexuel patriarcal⁹³. Dans ce cadre, non seulement la prostitution mais tout acte sexuel devient suspect, en tout cas s'il est de nature hétérosexuelle. Et la représentation même dudit acte apparaît comme susceptible d'un préjudice. Selon le néo-féminisme, « la pornographie est la théorie et le viol est la pratique ». Il est regrettable qu'une pensée critique qui aurait pu être féconde pour aider à mieux comprendre les questions de genre soit devenue aussi dogmatique qu'intolérante.

C'est avec ces « lunettes » néo-féministes qu'il faudrait lire des combats politiques comme #MeToo ou #BalanceTonPorc afin de saisir leurs conséquences juridiques et sociales. Dans un monde patriarcal où les identités sexuelles sont figées, essentialisées presque naturalisées et où les rapports de genre sont nécessairement l'expression de la domination masculine, la seule issue possible est la suppression des mâles comme le propose Alice Coffin lorsqu'elle écrit, « Il ne suffit pas de nous entraider, il faut, à notre tour, les éliminer. Les éliminer de nos esprits, de nos images, de nos représentations. Je ne lis plus les livres des hommes, je ne regarde plus leurs films, je n'écoute plus leurs musiques. [...] Les productions des hommes sont le prolongement d'un système de domination... »⁹⁴

L'action des néo-féministes consiste justement à faire prendre conscience aux femmes (*woke*) qu'elles sont le fruit de l'exploitation sexuelle des hommes pour, par la suite, les inviter à tirer toutes les conséquences...

Alors que nous nous réclamons naïvement des principes démocratiques tels que le droit d'accès à un tribunal indépendant, la présomption d'innocence⁹⁵, l'individualisation des peines, le débat contradictoire, la constitution des preuves, la prescription⁹⁶, le droit à l'oubli une fois la peine

⁹¹ Si une femme décide de se prostituer, de porter un enfant pour autrui (GPA), de participer à un concours de beauté, de jouer dans un film porno ou de porter un voile, elle est « excommuniée » illico par les néo-féministes.

⁹² J.-F., Gaudreault-DesBiens, *Le sexe et le droit*, Québec, Liber, 2001.

⁹³ Susan Brownmiller, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, New York, Simon and Schuster, 1975.

⁹⁴ *Le génie lesbien*, Grasset, 2020, p. 39.

⁹⁵ Irène Théry dénonce la présomption d'innocence « utilisée de manière machiste et dévoyée comme un blanc-seing donné aux agresseurs » et propose de créer « une présomption de véracité » pour les victimes, *Itw Philosophie Magazine*, 18/02/2021.

⁹⁶ Plusieurs associations ont lancé un manifeste pour l'imprescriptibilité des crimes sexuels organisé par l'association *Mémoire Traumatique et Victimologie* et, en ce sens, une proposition de loi a été enregistrée à l'Assemblée Nationale le 23 février 2021 sous le numéro 3907.

purgée⁹⁷, etc., le néo-féminisme, quant à lui, n'a que faire du droit (par nature masculin) et préfère le procès expéditif des médias, « à partir d'une source de vérité unique et par principe incontestable : la Parole des Victimes autoproclamées (...) dotée du pouvoir performatif illimité d'attester la réalité.... », comme l'a bien démontré Sabine Prokhoris⁹⁸.

Si le néo-féminisme veut se débarrasser des principes de droit, trop désincarnés et abstraitement trompeurs, c'est pour mieux imposer son nouvel ordre moral fondé sur une essentialisation du genre (mâle=prédateur, femme=proie), une vision pessimiste de la sexualité associée systématiquement à la violence et au pouvoir (une femme qui dit ne pas avoir été victime d'agressions sexuels n'est pas une vraie femme car elle victime de « fausse conscience ») et un contrôle psychologique du sujet par la *consciousness-raising*, autrement dit, la désaliénation si chère à la théorie marxiste. Les stages de rééducation sexuelle proposés par la loi aux clients de la prostitution comme alternative à l'amende participent de cette entreprise d'orthopédie morale si chère aux néo-féministes.

Euthanasie, PMA, GPA... "Avec la bioéthique, l'Etat français a pris le relais de l'Eglise"

Le juriste Daniel Borrillo dénonce un "jacobinisme bioéthique" qui fait le jeu des conservateurs et prive la société française de libertés auxquelles elle aspire.

Euthanasie, PMA, GPA, tests ADN... Pourtant laïque, la France aurait-elle troqué la religion contre la bioéthique en se montrant très conservatrice sur ces sujets ? Alors que nos voisins européens évoluent rapidement, notre pays se distingue par ce que le Conseil d'Etat en 2018 a nommé un "modèle français de bioéthique". Dans une note pour *GénérationLibre* dont L'Express a eu la primeur, le juriste Daniel Borrillo, chercheur associé au CNRS, appelle à en finir avec ce qu'il considère être un "jacobinisme bioéthique" et un "paternalisme médical". Aujourd'hui, la population française s'avère bien plus libérale que ses institutions ou sa classe politique sur des questions ayant trait à nos vies et morts. Entretien.

L'Express : Vous dénoncez un "jacobinisme bioéthique". En quoi la France serait-elle une exception ?

Daniel Borrillo : Ça n'existe nulle part ailleurs. Il y a en France une bioéthique d'Etat, née de la volonté d'un Prince, François Mitterrand. S'inquiétant de l'évolution scientifique en matière de génétique humaine, il avait en 1983 créé par décret un Comité Consultatif National d'éthique (CNCE). Du Conseil d'Etat à ce CNCE, de l'Agence de biomédecine à la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH), tous les mécanismes d'avis et de consultations sont ainsi verrouillés par les institutions d'Etat et des experts désignés par lui. En 2011, on a bien créé les Etats généraux de la bioéthique, mais c'est une démocratisation toute relative. Alors que la question de l'euthanasie et le suicide assisté ont été des thématiques plébiscitées par ces Etats généraux, elles n'ont pas été reprises par le législateur. Et même ce semblant de consultation citoyenne est complètement confisqué par une bureaucratie d'Etat, avec des experts

⁹⁷ Bertrand Cantat ne peut plus participer aux festivals et même un spectacle qu'utilise sa musique comme band de son a été critiqué par la ministre de la culture même si le chanteur a purgé sa peine depuis longtemps.

⁹⁸ S. Prokhoris, *Le mirage #MeToo*, Ed. Cherche-Midi, 2021, p. 19.

* *L'Express*, 29/11/2020

désignés par l'administration qui prédominent. La bioéthique est ainsi devenue un espace sacré dans lequel on ne pénètre qu'avec l'autorisation des initiés et des institutions.

Je conçois la bioéthique de manière contraire. Pour moi, elle doit accompagner la décision des personnes et des malades, mais ne doit pas dire de haut ce qui est bien ou non pour eux. En France, nous avons une bioéthique qui prescrit et proscriit, au nom de grands principes, comme la dignité humaine ou la non-marchandisation des corps. Ce sont slogans grandiloquents, qui ont un double objectif. D'abord court-circuiter les débats démocratiques. Qui serait contre la dignité humaine ? Ces principes sont tellement absolus qu'on ne peut rien dire pour argumenter. Et puis ils partent du principe que l'Etat et ses experts (les conseillers du Prince) savent mieux que nous-mêmes ce qui est bien pour nous.

Les courants religieux sont représentés dans le CNCE. Comment expliquez-vous qu'il y ait encore une prime au religieux dès qu'il s'agit de questions concernant nos vies et nos morts ?

Il est très paradoxal que dans une démocratie laïque comme la France, un gouvernement de surcroît socialiste ait prévu une place institutionnelle pour le point de vue dogmatique des religieux. Et c'est encore plus étonnant que personne ne s'en soit depuis offusqué. On appelle cela "les familles spirituelles". On a ainsi invité au CNCE des curés, des imams, des rabbins, mais aussi des communistes, eux aussi considérés comme étant une famille spirituelle. Je respecte la liberté religieuse et les croyances, mais pour moi, les religions relèvent du for intérieur. Et je ne vois pas en quoi l'avis des catholiques, des musulmans ou des bouddhistes aurait un rapport avec le débat démocratique. Mais c'est passé comme une lettre à la poste!

En France, l'Eglise catholique n'impose ainsi pas directement son avis. C'est beaucoup plus pervers. On a laïcisé des arguments religieux en les présentant comme républicains. En Argentine, Espagne ou Italie, pays que je connais bien, l'Eglise catholique est puissante. Mais on sait que ce sont les points de vue de l'Eglise, qui ne représentent d'ailleurs nullement la majorité des catholiques qui sont par exemple favorables à l'euthanasie. Mais en France, on a maquillé ce point de vue religieux en les faisant passer comme étant "universel" ou "humaniste".

Alors que nos voisins, de l'Espagne à la Belgique en passant par la Suisse ont évolué plus vite sur les questions de PMA ou d'euthanasie, vous expliquez que la France se distingue par un "chauvinisme bioéthique"...

Même le Conseil constitutionnel d'un pays de tradition catholique comme l'Italie a l'année dernière estimé que le suicide assisté pouvait être licite, ce qui revient à le dépénaliser. Les magistrats ont considéré qu'il était inhumain de maintenir en vie des personnes atteintes de "pathologie irréversible, source de souffrances physiques et psychologiques jugées insupportables, mais pleinement en mesure de prendre des décisions libres et conscientes". Nos voisins européens évoluent. Mais la France, avec son Comité d'éthique, son Conseil d'Etat ou sa majorité au parlement, considère que ce n'est même pas une question sur laquelle il faut débattre. Symbole la fois de l'autodétermination et de la compassion, la "bonne mort" autorisée notamment en Belgique, aux Pays-Bas et en Suisse, continue à être considérée par notre droit comme une forme d'homicide volontaire ou d'empoisonnement. Pourtant, selon un sondage Ifop de 2019, 96% des Français se disent favorables à l'euthanasie. Il y a un décalage frappant entre l'opinion et la bureaucratie d'Etat, qui s'arroge un droit sur nos corps et nos vies. Je comprends pourquoi Michel Foucault a écrit "Surveiller et punir" en France (rires). Les lois sur la bioéthique sont un extraordinaire exemple de biopouvoir.

Avec en prime, comme vous le dites, un ton grandiloquent...

Je travaille aussi sur les encycliques de l'Eglise catholique, car il y a toute une tradition religieuse du contrôle des corps. Mais je vous assure que le Vatican ne se permet plus aujourd'hui de tenir des propos aussi pompeux que le Conseil d'Etat français qui, dans son dernier rapport, se pose la question de l'indivisibilité du corps et de l'esprit, rien de moins! Tout se passe comme si les experts, les représentants de l'État et les parlementaires s'adonnaient non pas à la régulation de la situation française mais à celle de l'Humanité.

Aussi, contrairement à ce qu'on ne cesse de répéter, nous ne vivons pas dans une société ultra individualiste et permissive, avec des bébés à la carte et des transhumanistes. Je trouve que c'est plutôt l'inverse. Comme la France interdit la GPA, la mère d'intention, même si elle a fourni ses propres ovocytes, est par exemple obligée d'adopter ses propres enfants biologiques ! C'est une situation paradoxale pour un pays qui a été pionnier en matière d'IVG. Je ne comprends d'ailleurs pas comment, philosophiquement, on peut être pour l'IVG et contre la GPA. Si "mon corps m'appartient" pour interrompre une grossesse, pourquoi cesserait-il de m'appartenir lorsqu'il s'agit d'aider à faire venir un enfant au monde pour un couple qui n'a pas les capacités procréatives ? C'est quand même une limitation de la liberté corporelle.

De même, la PMA post-mortem est interdite en France. Une femme dont l'époux est décédé ne peut faire de PMA avec les gamètes de ce dernier ou les embryons du couple, même si son mari l'aurait inscrit dans son testament. En revanche, elle sera autorisée à réaliser une PMA seule, avec tiers donneur. C'est complètement paradoxal.

Le projet de loi sur la PMA a été adopté le 1er août en deuxième lecture par l'Assemblée nationale. Cette révision de la loi vous satisfait-elle ?

En ouvrant cette technique aux couples de femmes et aux femmes seules, l'article 1 du projet de loi ne fait plus de la PMA un palliatif à la stérilité d'un couple hétérosexuel, mais un droit de la femme en couple homosexuel ou seule de concrétiser un projet parental à travers une PMA. Je ne peux que m'en réjouir. Mais le prix à payer pour ce changement de paradigme est de passer par la levée de l'anonymat du donneur. L'accès aux origines crée ainsi l'illusion d'une filiation fondée sur le biologique, même si aucun lien juridique n'existe entre le donneur et l'enfant issu d'une PMA. C'est une façon de signaler qu'un enfant juridiquement est né d'un homme et d'une femme. Alors que la question de la différence entre les sexes n'a aucune pertinence d'un point de vue du droit civil. Depuis le droit romain, on n'a jamais conditionné la filiation à cela! Depuis 1966 en France, le droit autorise par exemple l'adoption aux célibataires. Mais face à tous les débats suscités par la PMA, je comprends qu'on ait fait cette concession à l'ordre naturel, et à l'idée qu'il y a toujours un papa et une maman.

Le soutien des Français à la GPA ne cesse de progresser, et une large majorité se dit favorable à cette gestation par autrui. Mais comme vous le soulignez, il y a aujourd'hui un consensus anti-GPA dans l'ensemble de la classe politique. Pourquoi?

Il y a un conservatisme de gauche, et pas seulement de droite. Les prises de position de José Bové, de Sylviane Agancinski, de Noël Mamère ou de Michel Onfray relèvent des arguments naturalistes. Il y a ainsi une alliance entre les conservatismes, qui fait qu'aujourd'hui en France, aucune force politique ne revendique la GPA. C'est un cas unique parmi les pays occidentaux. C'est très troublant, car c'est un vrai consensus antilibéral. On confond d'ailleurs souvent en

France libéralisme et néo-libéralisme, alors que le néo-libéralisme est pour moi une trahison du libéralisme.

L'usage des termes tels que "esclavage", "marchandisation du corps", "vente d'enfants", comme on peut le lire dans la presse, met en évidence une stratégie discursive consistant à soustraire de la délibération la régulation de la GPA laquelle ne mériterait que condamnation et anathème. Au final, tout ça est très hypocrite, car il suffit d'avoir de l'argent. Si vous êtes fortuné, vous allez en Californie faire une GPA dans de bonnes conditions, ou alors vous vous rendez en Suisse pour mourir de manière digne.

Mais si l'on se montre libéral sur ces sujets, ne craignez-vous pas une marchandisation des corps, des ventres des femmes jusqu'aux organes ?

C'est justement pour limiter les dérives et les trafics clandestins qu'il faut réguler ! C'est la seule manière d'éviter l'exploitation des vulnérables. Il pourrait y avoir en France une agence pour une GPA responsable, comme il y a une agence pour l'adoption. J'entends bien sûr ces critiques sur des dérives possibles. L'Etat doit contrôler cela. Car la finalité, c'est l'émancipation, et non pas l'esclavage. Mais aujourd'hui, même une GPA altruiste est interdite en France.

Par ailleurs, je ne suis pas hostile à la rémunération pour une greffe d'organe. Encore une fois, la situation est très hypocrite en France. Tout le monde - cliniques, médecins, intermédiaires... - se fait rémunérer dans la circulation des organes ou du sang. Les seuls qui ne reçoivent aucune compensation, ce sont les "fournisseurs" de l'organe ou les donneurs de sang. Là aussi, il faut faire attention aux abus. Mais aujourd'hui, tout le monde se fait payer, sauf le donneur lui-même ! La mise en place d'un marché régulé des organes permettrait à la fois de mettre fin au trafic qui existe de facto et de sauver plusieurs vies de malades en attente d'une greffe. En tout cas, ce sont des questions sur lesquelles il faut ouvrir le débat, en sachant que nous vivons qu'on le veuille ou non dans un monde marchand. Parlons-en!

L'accès aux tests ADN, qui font fureur, est aussi interdit en France...

On partage cette exceptionnalité avec la Pologne. Aujourd'hui, les Français sont obligés de passer par des sites plus ou moins sérieux, et paient cher, car cet accès à notre information génétique est uniquement autorisé dans un cadre judiciaire ou médical. S'il semble raisonnable de contrôler la circulation de l'information génétique auprès de la police, des assureurs ou des employeurs, la restriction de l'accès personnel à ses propres informations génétiques participe, une nouvelle fois du paternalisme d'Etat. C'est toujours la même chose : l'individu est considéré comme un danger pour lui-même. La France est un pays qui ne fait pas confiance à l'individu.

A travers la bioéthique, l'Etat représente-t-il une continuation des religions ?

Nous ne pouvons toujours pas disposer de nous-mêmes. C'est une vieille tradition judéo-chrétienne de croire que Dieu est propriétaire de nos corps et de nos vies, et que nous n'en serions que des usagers. Pendant des siècles, il y a ainsi eu un monopole de l'Eglise sur le contrôle de nos âmes et corps. A un moment donné, l'Etat a pris le relais. Il ne le fait plus au nom de Dieu, mais au nom de la dignité humaine. Mais d'un point de vue philosophique laïque, qu'est-ce qui m'empêche que je fasse de mon corps ce que je veux ? Il est bien sûr normal de respecter la dignité humaine d'autrui. Mais en France, on fait du respect de la dignité humaine un devoir envers soi-même, comme on peut le constater avec les lois sur la prostitution ou sur le voile. C'est comme si chacun de nous avait une part d'humanité indisponible, y compris par

nous-mêmes. Je pense qu'il faut raisonner en termes de droits de l'homme, et non pas de droits de l'humanité. J'ai une obligation envers les autres, mais pas par rapport à l'humanité. Ni l'Eglise, ni l'Etat, ni les partis politiques ne peuvent me dire ce qui est humain en moi. Si un Etat estime qu'il faut nous protéger de nous-mêmes au nom de cette dignité humaine, cela peut d'ailleurs aller très loin...

Les voix des conservateurs, loin d'être représentatives des Français, sont-elles trop mises en avant sur ces sujets dans les médias ?

Quand je regarde le nombre d'articles qui sont critiques sur les évolutions en matière bioéthique, c'est spectaculaire. Vous les retrouvez non seulement dans le Figaro ou la Croix, mais aussi dans un quotidien de gauche comme Libération, avec cette idée omniprésente qu'il faut faire attention à la science et à la technique. Soit c'est une vision naturaliste de gauche, soit c'est une vision religieuse à droite. Le débat a ainsi été confisqué par des minorités, et on arrive à oublier l'opinion majoritaire, qui veut par exemple mourir dans la dignité.

Mais les Français n'ont pas conscience de toutes les conséquences de ces libertés fondamentales qui sont toujours ignorées par la loi. Ils ne savent pas que le clonage thérapeutique permettrait de produire des cellules et des organes, remédiant ainsi à la fois à la pénurie d'organes et au rejet de l'organe greffé. Ou que le DPI-A (diagnostic préimplantatoire des aneuploïdies) a été écarté du projet de loi par le gouvernement, en dépit des demandes des patients et des associations, en particulier pour ce qui concerne le diagnostic de la trisomie 21 avant l'implantation d'un embryon par PMA. On tétanise les Français avec des principes grandiloquents, et on brandit le spectre du transhumanisme ou de l'eugénisme. Alors que la majorité des personnes ne sont bien sûr pas des nazies, mais préféreraient simplement ne pas être mises sur une liste d'attente pour un don d'organe. L'eugénisme qui doit être condamné, c'est l'eugénisme d'Etat qui prétendrait améliorer la race et non pas l'eugénisme individuel qui vise uniquement à éviter la maladie.

Nous essayons d'alerter sur ces sujets avec le *think tank GénérationLibre*, pour montrer que nous sommes aujourd'hui très loin d'être dans une société individualiste et libertaire. Il est incroyable qu'on n'entende pas plus de critiques de la conception bioéthique française d'un point de vue libéral, comme pouvait le faire le philosophe Ruwen Ogien, disparu en 2017. On n'entend que les critiques conservatrices, qu'elles soient catholiques ou écologistes. Tout se passe comme si on devait se soumettre à une loi naturelle. Je pense au contraire que s'émanciper, c'est s'affranchir de la nature.

Mettons fin à la catégorie sexe*

Plutôt que d'indiquer « sexe neutre », comme vient de le faire le TGI de Tours à la demande d'une personne née avec une « ambiguïté sexuelle », il serait plus juste de faire tout simplement disparaître la mention « sexe » dans les actes de naissance. Comme cela fut le cas pour la « race » ou la « religion », l'Etat devrait cesser de prendre en considération le sexe pour l'identification des personnes. Les nouvelles formes de reconnaissance biométrique permettent d'individualiser d'une manière plus fine les personnes sans les classer sexuellement. L'utilisation du terme sexe dans les registres de l'état civil présuppose une réalité biologique première, ce qui implique de

* Libération 22/10/2015

reconnaître cet enfermement des individus et de cautionner une pérennisation des identités obligatoires dont sont victimes non seulement les hermaphrodites mais également tous ceux et celles qui ne se reconnaissent pas dans le sexe assigné à leur naissance (transsexuels, queers...). Les individus sont ainsi inscrits d'office dans ces catégories sexuées et ne peuvent échapper à leurs groupes que très difficilement du fait de la permanence du signe biologique de la différence des sexes. En effet, le sexe apparaît comme le cas le plus strict d'assignation identitaire. Il s'agit d'une partition inexorable de l'humanité car fixée de manière définitive.

La possibilité d'un genre neutre avait déjà été évoquée à la fin du XIXe siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne, qui demandait « *une réforme de l'article 57 du code civil pour imposer un examen médical à la puberté qui statue[rait] le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil* » (1). Mais cette proposition n'a jamais prospéré.

Si la décision du TGI de Tours constitue une avancée, le droit positif continue à se fonder sur une conception binaire du genre. En effet, le premier alinéa de l'article 57 du code civil dispose : « *L'acte de naissance énoncera [...] le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés...* » Suivant le principe établi par la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né qui détermine : l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ; la reconnaissance de cet état par la société (état civil); l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui ou celle qui le porte. Selon la cour d'appel de Paris, « *tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance* » (2).

L'article 55 du code civil énonce dans son premier alinéa que « *les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu* ». Comme critérium d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre juridique alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. Or, la sociologie met en avant que la distinction entre les hommes et les femmes provient plutôt des constructions idéologiques et sociales que de caractéristiques invariables et naturelles. C'est dans les rapports historiques de domination que s'est forgé le caractère féminin et masculin, de telle sorte que le genre est le résultat de cette histoire et non pas dans l'expression spontanée d'une concordance avec la réalité biologique mâle-femelle. Juridiquement, le combat des personnes transsexuelles a permis de faire de la catégorie «sexe» un élément de leur vie privée, protégé par la Convention européenne des droits de l'homme. A partir de cette évolution, plutôt que de créer une troisième catégorie (sexe neutre), il serait plus pertinent de cesser de l'utiliser. Après tout, en quoi cela regarde-t-il l'Etat que l'on soit homme ou femme, ou ni l'un ni l'autre ?

Pour un sexe neutre à l'état civil*

Dans une décision du 4 mai, la Cour de cassation s'est opposée à la demande de rectification de l'acte de naissance d'une personne intersexuée, afin que soit substituée, à l'indication «sexe masculin», celle de «sexe neutre» ou, à défaut, «intersexe». La haute juridiction considère que l'indication obligatoire du sexe - féminin ou masculin - dans les actes de l'état civil «*est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur*» et

* *Libération* 28/06/2017

que «*la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes*».

Cette conception, véhiculée par la Cour de cassation, correspond à une vision résiduelle du sexe (aussi bien juridiquement que socialement) en tant qu'attribut des personnes. En effet, les organisations internationales (ONU, Conseil de l'Europe, Parlement européen...), la jurisprudence européenne (CEDH, CJUE), les juges français des premières instances et certains organismes comme la Commission internationale de l'état civil, le Défenseur des droits ou la CNCDH considèrent le sexe comme une composante de la vie privée, une identité intime et non pas un élément immuable d'ordre public. Les principaux intéressés, dans le manifeste du 3e forum international intersexe du 1er décembre 2013, demandent que «*tous les adultes et mineurs capables puissent choisir entre femme (F) et homme (M), non binaire ou plusieurs options* ».

De surcroît, la binarité sexuelle, considérée comme nécessaire par la Cour de cassation, a été dépassée par certains de nos pays voisins. L'Allemagne délivre des certificats de naissance sans mention du sexe depuis 2013. De même, aux Pays-Bas, si le sexe de l'enfant est incertain, l'acte de naissance peut indiquer cette indétermination laissant à l'individu la possibilité de faire changer cette mention et se faire assigner un sexe à l'état civil. Le droit maltais permet, depuis 2015, de retarder l'enregistrement jusqu'à ce que le sexe de la personne soit déterminé. Au Portugal, lors de l'inscription d'un enfant intersexué, l'administration propose de choisir un prénom mixte afin de faciliter les démarches ultérieures. Par ailleurs, en 2014, la Haute Cour d'Australie a admis l'inscription sur les registres de l'état civil de la mention «*sexe non spécifique* ». En Inde, à côté de la catégorie « masculin » ou « féminin », les formulaires proposent la mention « autre ». En Afrique du Sud et en Nouvelle-Zélande, l'annotation « X » (autre sexe) peut être indiquée dans le passeport et l'Inde, la Malaisie, le Népal, ou encore la Thaïlande permettent la mention « sexe neutre » ou « indéterminé ».

L'évolution de la jurisprudence européenne met en évidence le progressif abandon de la notion d'ordre public (c'est-à-dire d'indisponibilité de l'état des personnes) en faveur de celle de «vie privée», pour protéger les personnes transsexuelles. On peut voir dans cette évolution, la construction d'un droit à l'autodétermination.

Personne ne songe, de nos jours, à inscrire dans les pièces d'identité la religion, la race, la classe sociale ou l'affiliation politique des personnes. En revanche, l'assignation obligatoire à l'un ou l'autre sexe semble constituer une nécessité juridique majeure puisqu'elle refléterait une vérité naturelle. Or, les réalités de l'intersexualité et de la transsexualité démontrent le contraire.

Si, sur le plan juridique, le genre appartient à la catégorie d'identité dynamique plus proche de la religion, l'appartenance politique, la profession ou les goûts vestimentaires. Pourquoi le maintenir dans les documents d'identité ? J'ai été le premier juriste en France à demander l'abandon de la catégorie « sexe » comme identité statique imposée par l'Etat. Les associations intersexe souhaitent, elles aussi, que les catégories de sexe ou de genre soient supprimées des certificats de naissance ou des pièces d'identité.

Concernant la place du sexe dans l'état civil, nous sommes dans une situation de crise car, comme le souligne Gramsci, la crise, c'est quand le vieux est mort et que le neuf ne peut pas naître ou, pour reprendre les analyses de Kuhn sur les révolutions scientifiques, quand nous nous trouvons face à un changement de paradigme où coexistent au moins deux représentations, dont l'une est ancienne et l'autre nouvelle. Les deux systèmes (ou manières de voir) coexistent

pendant un certain temps, comme le font tous les concepts dont on se sert pour comprendre et expliquer des croyances. Le vieux et le résiduel, c'est de considérer le sexe comme une donnée objective qui s'impose aux individus (y compris parfois brutalement comme les traitements chirurgicaux et hormonaux pratiqués sur les bébés intersexués); le nouveau, c'est de traiter juridiquement le sexe comme une identité personnelle et intime relevant de la subjectivité et de la liberté individuelles.

L'indisponibilité de l'état de personne apparaît comme résiduelle. Le modèle émergent pour penser juridiquement le genre est celui de l'autodétermination, c'est-à-dire le droit de l'individu de disposer de lui-même, comme le propose, entre autres, la résolution 2 048 (2015) du Conseil de l'Europe.

2. La liberté de posséder

La liberté de propriété semble disparaître lorsque l'individu décède puisqu'il est interdit de donner tout ou partie de la réserve héréditaire à un tiers, et donc de déshériter un héritier réservataire.

L'héritage Hallyday : et l'égalité des chances ? *

La transmission mortis causa de Johnny Hallyday défraie la chronique. Outre les larmes publiques de ses enfants gâtés et autres, les lamentations des veuves indignées, ce fait divers met en évidence deux questions capitales relatives à la place de la volonté individuelle et à légitimité de l'héritage. Si Johnny a pu déshériter ses enfants, c'est parce que son testament n'est pas régi par la loi française qui rend indisponible une partie de la dévolution successorale appelée « réserve héréditaire ». Ainsi, si le défunt a trois enfants ou plus, il ne pourra disposer, selon le droit français, que d'un quart de son patrimoine. Cette situation, étant d'ordre public, lorsque les libéralités consenties par le défunt dépassent la portion disponible, les héritiers peuvent demander au juge de réduire celles-ci jusqu'à concurrence de la réserve héréditaire (c'est justement ce que demandent Laura et David). Cela constitue une limitation à la libre organisation des biens propres. Tout se passe comme si le patrimoine n'appartient plus au défunt mais aux héritiers.

La succession constitue une forme automatique d'acquisition de la propriété, à la fois économique et symbolique, car il s'agit non seulement de la transmission des biens mais aussi de la succession au pouvoir économique (direction d'une entreprise), au pouvoir culturel (dynastie d'acteurs ou d'éditeurs...), au pouvoir politique...

L'héritage apparaît ainsi comme la principale source de l'endogamie sociale. C'est pourquoi, la réserve héréditaire constitue également une atteinte à l'égalité des chances. Une approche morale conduit à considérer comme tout à fait injuste de profiter d'une richesse sans avoir travaillé pour cela, sans l'avoir méritée. Quel mérite y a-t-il de naître dans une famille riche, d'avoir été dispensé de toutes les contraintes matérielles, d'avoir pu fréquenter les meilleures écoles (sans avoir été obligé de travailler pour payer ses études), d'avoir baigné depuis son

* *Libération* 01/03/2018

enfance dans le show-business, d'avoir un réseau de relations qui facilite l'ouverture de toutes les portes, de disposer de toutes les cautions ? Issue d'une idéologie familialiste, la réserve héréditaire se fonde sur l'idée selon laquelle la propriété n'est pas bâtie sur l'individu mais sur la famille. La réserve lèse le principe d'égalité car elle circonscrit la circulation du patrimoine à l'intérieure de la famille.

Si la Révolution avait mis fin à tous les privilèges dus à la naissance, le seul qui n'a pas disparu est bien l'héritage. Il a fallu attendre les saint-simoniens pour que l'héritage soit dénoncé comme une cause arbitraire d'inégalité. Cependant, le familialisme socialiste du XIX^e siècle donnera les arguments moraux en faveur des successions. De Fourier à Victor Considérant en passant par Pierre-Joseph Proudhon, l'héritage est célébré comme une institution vertueuse. « L'hérédité est l'espoir du ménage [...]. Le contrefort de la famille [...]. Sans l'hérédité, non seulement il n'y a plus d'époux ni d'épouses, il n'y a plus d'ancêtres ni de descendants. Que dis-je ? Il n'y a même pas de collatéraux puisque, malgré la subtile métaphore de la fraternité citoyenne, il est très clair que si tout le monde est mon frère, je n'ai plus de frère », soulignait Proudhon.

La doctrine sociale de l'Eglise catholique fera définitivement de l'héritage une question disjointe de la propriété individuelle, et il sera irrémédiablement rattaché à la communauté familiale. Ainsi, pour Pie XI, le droit d'hérédité est un droit naturel qu'aucune autorité ne peut abolir car la société domestique a sur la société civile une supériorité réelle (*Quadragesimo anno* 1931). Cette étrange alliance de la gauche et l'Eglise catholique a finalement banalisé l'une des sources les plus injustes de l'inégalité. L'héritage est à la fois une entrave à la liberté du propriétaire et à l'égalité des chances des individus dont il serait temps d'abolir.

Réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à l'égalité, à la solidarité et à l'esprit entrepreneurial*

Nous pouvons affirmer que les règles de partage successoral entre héritiers en présence de parents proches ont très peu changé depuis le Code Napoléon de 1804. Celui-ci, dans cette matière, apparaît comme le fruit de la conciliation d'une double tradition, celle des pays de droit écrit et des pays de coutume de l'Ancien Régime qui pourrait être résumé comme suit : Le devoir social de transmettre ses biens l'emporte sur la liberté d'en disposer.

Afin de protéger certains héritiers d'une exhérédation totale ou partielle, la loi définit la fraction de la succession que le défunt peut transmettre aux personnes de son choix. La réserve héréditaire correspond à la part minimale de la succession à laquelle les héritiers réservataires peuvent prétendre (C. civ., art. 912, al. 1^{er})⁹⁹. Seule la quotité disponible peut être allouée librement par le défunt aux héritiers de son choix. Les montants de la réserve et de la quotité

* *Audition de Daniel Borrillo devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire dirigé par Ph. Potentier et C. Pérès, Direction des affaires civiles du Ministère de la Justice.*

⁹⁹ Art. 912 (*L. n° 2006-728 du 23 juin 2006*) « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités ».

disponible dépendent de la situation familiale du défunt. La réserve et le *disponible* constitue les deux masses de la succession.

En l'état actuel du droit positif français, la réserve héréditaire constitue, de mon point de vue, une entrave à la liberté testamentaire, à l'égalité des chances et à la solidarité sociale tout comme une forme de barrière à l'esprit d'émancipation individuelle.

L'entrave à la liberté

La réserve héréditaire entrave la libre disposition par le *de cuius* de ses biens et en contrepartie la fonction économique traditionnelle qui devrait la justifier (à savoir permettre l'émancipation économique des enfants) demeure extrêmement limitée. En effet, au XVIII^{ème} siècle on héritait en moyenne à 14 ans alors qu'aujourd'hui on le fait à 55 ans, un âge où théoriquement on est déjà installé dans la vie. De même, sa fonction familiale ne me semble pas non plus justifiée : Contrairement à l'obligation alimentaire, la réserve n'est en rien subordonnée au besoin du réservataire. Les pays du *Common Law* qui ne connaissent pas cette institution, ont toutefois instauré une sorte de créance alimentaire pour certains cas précis en fonction de la situation financière de l'héritier et de l'importance de la succession, ce qui me semble bien plus juste.

Bien que la réforme de 2006 ait atténué ses effets¹⁰⁰ en supprimant de la réserve les ascendants et en créant certains mécanismes permettant notamment la transmission du défunt par anticipation, la donation-partage transgénérationnelle, la renonciation anticipée à l'action en réduction, le mandat à effet posthume... il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une limitation au droit de propriété. Bien qu'il existe des moyens de détourner la réserve héréditaire (assurance vie, rente viagère, tontine, donations...) il faut avoir encore les moyens professionnels pour organiser cette « évasion civile ».

Après l'adoption du Règlement européen « *Successions* » de 2012, on peut se poser la question de savoir si la réserve peut être toujours considérée d'ordre public international. En tout cas, elle me semble une institution anachronique, en ce sens qu'elle fait de la famille et non pas de l'individu le titulaire du droit. Idéologie familialiste selon laquelle l'on doit se méfier de la volonté individuelle, seule la famille est permanente.

Historiquement on peut dire que la Révolution consacre la réserve pour de bonnes raisons : rompre les inégalités avec les filles et les puînés ainsi que la dispersion des biens afin d'éviter la concentration des grandes propriétés rurales, *le latifundium*. La situation a substantiellement changé depuis et sa justification s'est complètement affaiblie.

La réserve est une entrave à la liberté du propriétaire qu'il serait temps d'abolir. En l'état actuel du droit, si un homme veuf avec deux fils adultes auxquels il a assuré un futur économique en leur donnant une éducation universitaire de qualité, décide de faire un testament pour laisser tous ses biens à une fondation caritative, par exemple, cet acte sera nul en vertu du principe d'ordre public d'indisponibilité de la réserve héréditaire¹⁰¹. Les fils s'enrichiront ainsi, sans aucun effort, et la société se trouvera privée d'un don particulièrement nécessaire. Nous pouvons dire que la réserve remplit une fonction sociale de reproduction des classes dominantes. La célèbre campagne lancée par Warren Buffett et Bill Gates, *The Giving Pledge* (promesse de don) afin d'encourager les personnes les plus fortunées des États-Unis à s'engager

¹⁰⁰ Rapport final sous la direction de C. Pérès, *Renonciations et successions : quelles pratiques ?* Laboratoire de Sociologie du droit de Paris II et Mission de recherche Droit et Justice, décembre 2006.

¹⁰¹ Les règles de la réserve héréditaire sont d'ordre public interne : 1^{ère} Chambre civile 4 juillet 2018, pourvoi n°17-16515, BICC n°893 du 1^{er} décembre 2018.

en donnant la majeure partie de leur argent à des fins philanthropiques ne peut pas se faire en France à cause de la réserve héréditaire.

L'entrave à l'égalité

La réserve héréditaire porte atteinte non seulement à la liberté de tester mais aussi à l'égalité des chances. En rendant indisponible une partie de la dévolution successorale -par exemple si le défunt veuf a trois enfants, il ne pourra disposer que d'un quart de ses biens- la réserve constitue une limitation à la libre organisation des biens propres. Cette situation, étant d'ordre public interne, lorsque les libéralités consenties par le défunt dépassent la quotité disponible, les héritiers peuvent demander au juge de réduire celles-ci jusqu'à concurrence de la réserve. Tout se passe comme si le patrimoine n'appartient plus au défunt mais aux héritiers. La succession constitue une forme automatique d'acquisition de la propriété, à la fois économique et symbolique¹⁰², car il s'agit non seulement de la transmission des biens mais du pouvoir économique (direction d'une entreprise, p.e.) du pouvoir culturel (dynastie d'acteurs ou d'éditeur...) du pouvoir politique (familles d'hommes publiques...) ¹⁰³. L'héritage apparaît ainsi comme la principale source de l'endogamie sociale. Pierre Tourev a raison d'affirmer qu'une « approche morale conduit à considérer comme tout à fait injuste de profiter d'une richesse sans avoir travaillé pour cela, sans l'avoir méritée. Quel mérite effectivement y a-t-il de naître dans la grande bourgeoisie, d'avoir été dispensé de toutes les contraintes matérielles, d'avoir pu fréquenter les meilleures écoles (sans avoir été obligé de travailler pour payer son loyer d'étudiant), d'avoir baigné depuis son enfance dans le monde des affaires, d'avoir un réseau de relations qui facilite l'ouverture de toutes les portes, de disposer de toutes les cautions bancaires nécessaires... ? Pour une course à pied de 100 mètres, c'est comme si certains concurrents pouvaient partir à 10 mètres seulement de la ligne d'arrivée. Où est l'équité ? ».

Ce pourquoi, la réserve héréditaire constitue également une atteinte à la juste égalité des chances de la société dans son ensemble. Issue d'une idéologie familialiste, la réserve se fonde sur l'idée selon laquelle la propriété n'est pas bâtie sur l'individu mais sur la famille¹⁰⁴. Contrairement au droit romain (jusqu'à la période justinienne) où le testament permettait de disposer de la totalité des biens (*Plena in re potestas*), l'ancien droit coutumier d'inspiration germanique fait de l'héritage un bien familial. C'est cette idéologie collectiviste¹⁰⁵ qui est à

¹⁰² A. Gorius et A.-N., Dorion, *Fils et filles de... Enquête sur la nouvelle aristocratie française*, Paris, La Découverte. Voir également, J.-S. Petitdemange, *Les grandes dynasties industrielles françaises*, Larousse, Paris, 2016.

¹⁰³ Martine Aubry fille de Jacques Delors, Roselyne Bachelot fille du député Jean Narquin, Bernard Debré et Jean-Louis Debré fils de Michel Debré, Louis Giscard d'Estaing, Nathalie Kosciusko-Morizet fille de du maire de Sèvres, François Kosciusko-Morizet, la petite-fille de Jacques Kosciusko-Morizet, ambassadeur de France, et l'arrière-petite-fille d'André Morizet, sénateur-maire communiste puis SFIO de Boulogne-Billancourt. Et aussi, Clémentine Autain, Marine Le Pen, Marion Marechal Le Pen, Frédéric Mitterrand, Jean Sarkozy...

¹⁰⁴ Confédération des juristes catholiques de France, *Actualité de la Doctrine Sociale de l'Eglise*, 1982, p. 95.

¹⁰⁵ "Le droit des parents à se succéder les uns aux autres dans la propriété de leurs biens n'est que le dernier vestige de l'ancien droit de copropriété que, jadis, tous les membres de la famille avaient collectivement sur l'ensemble de la fortune domestique. Or, un des articles qui revient le plus souvent dans les théories socialistes, c'est l'abolition de l'héritage. Une telle réforme aurait donc pour effet d'affranchir l'institution de la propriété individuelle de tout alliage communiste, par conséquent de la rendre plus vraiment elle-même. En d'autres termes, on peut raisonner ainsi : pour que la propriété puisse être vraiment dite individuelle, il faut qu'elle soit l'œuvre de l'individu et de lui seul. Or, le patrimoine transmis par héritage n'a pas ce caractère : c'est seulement une œuvre collective appropriée par un individu. La propriété individuelle, peut-on dire encore, est celle qui commence avec l'individu pour finir avec lui ; or, celle qu'il reçoit en vertu du droit successorale existait avant lui et s'est faite sans lui. En reproduisant ce raisonnement, je n'entends pas d'ailleurs défendre la thèse des socialistes, mais montrer qu'il y a du communisme chez leurs adversaires et que ce n'est pas par-là, par conséquent, qu'il est possible de les définir." E. Durkheim, *Le Socialisme : sa définition, ses débuts, la doctrine saint-simonienne* (1928) réédité aux PUF 2011.

l'origine de la réserve laquelle sera maintenue par le droit révolutionnaire et consolidée par le Code Napoléon. Si pour les philosophes des Lumières, la propriété individuelle est d'ordre naturel, le droit de succession est une création de la loi civile susceptible donc d'être supprimé¹⁰⁶.

La réserve lèse le principe d'égalité car elle circonscrit la circulation du patrimoine à l'intérieure de la famille, comme l'a démontré Piketty¹⁰⁷. De même, cette vision familialiste s'accommode parfaitement d'un certain déterminisme social et politique. Rawls a raison d'affirmer que le principe d'égalité de chances ne peut se réaliser que partiellement et d'une manière imparfaite tant qu'il existe la famille¹⁰⁸. Et ceci est d'autant plus pertinent dans les pays de droit continental où le système successoral non seulement porte atteinte à la liberté patrimoniale mais participe aussi à la diminution de l'égalité globale de la société.

La justification avancée est celle de considérer que la réserve constitue un devoir familial : l'obligation d'assurer l'avenir de ses enfants et, en contrepartie, ces derniers assurent la vieillesse des parents.

L'entrave à la solidarité

Ce récit solidariste, plus proche des sociétés traditionnelles que des sociétés modernes, cesse de fonctionner dès lors que l'éducation, la santé, le chômage, la dépendance, le handicap et autres avatars de la vie ne sont plus assurés par la famille mais par l'Etat (c'est-à-dire collectivement par l'impôt).

Si la Révolution a mis fin à tous les privilèges dus à la naissance, le seul qui n'a pas disparu est l'héritage. Il a fallu attendre les saint-simoniens pour que l'héritage soit dénoncé comme une cause arbitraire d'inégalité. Le familialisme socialiste du XIXème siècle donnera les arguments moraux en faveur des successions. De Fourier à Victor Considérant en passant par Pierre-Joseph Proudhon, l'héritage est célébré comme une institution vertueuse : « L'hérédité est l'espoir du ménage (...) Le contrefort de la famille (...). Sans l'hérédité, non seulement il n'y a plus d'époux ni d'épouses, il n'y plus d'ancêtres ni de descendants. Que dis-je ? Il n'y a même pas de collatéraux puisque, malgré la subtile métaphore de la fraternité citoyenne, il est très clair que si tout le monde est mon frère, je n'ai plus de frère »¹⁰⁹. La doctrine sociale de l'Eglise catholique fera définitivement de l'héritage une question disjointe de la propriété individuelle et il sera irrémédiablement rattaché à la communauté familiale¹¹⁰. Ainsi, pour Pie XI, le droit d'hérédité est un droit naturel qu'aucune autorité ne peut abolir car la société domestique a sur la société civile une supériorité réelle (*Quadragesimo anno* 1931).

Si les français acceptent le système inégalitaire de la réserve héréditaire, sur le plan social, c'est tout simplement parce qu'ils ignorent à quel point celle-ci contribue à la reproduction des inégalités.

¹⁰⁶ Montesquieu, *L'Esprit des Loix*, XXVI-VI *Que l'ordre des successions dépend des principes du droit politique ou civil, et non pas des principes du droit naturel.*

¹⁰⁷ Th. Piketty, *Les Hauts Revenus en France au XXe siècle. Inégalités et redistributions (1901-1998)*, Grasset, 2001.

¹⁰⁸ J. Rawls, (1993), *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press. Traduction française par Catherine Audard : *Libéralisme politique*, 1996, Paris, PUF.

¹⁰⁹ P.-J. Proudhon, *Système de Contradictions économiques* 1847, t.2, p. 201.

¹¹⁰ « La nature inspire au père de famille le devoir sacré de nourrir et entretenir ses enfants (...) Or, il ne pourra leur créer ce patrimoine que par l'acquisition et la possession de biens permanents et productifs qu'il puisse leur transmettre par voie d'héritage » *Rerum Novarum* Léon XIII.

C'est pourquoi, il me semble difficile de justifier la réserve par l'argument de la solidarité intrafamiliale dès lors que les familles les plus fortunées bénéficient des mêmes avantages de l'Etat Providence que les familles les plus démunies.

Ce mythe solidariste de la réserve héréditaire, que la doctrine majoritaire répète *ad nauseam*, permet, de surcroît, la reproduction d'une situation particulièrement perverse constatée par la pratique notariale, à savoir, on est libéral lorsqu'il s'agit d'obtenir les bénéfices du patrimoine familial et collectiviste lorsqu'il s'agit de faire porter par la société les charges de la dépendance, de la maladie et de l'éducation sans compter, d'une manière plus globale, sur le financement par le contribuable des grands groupes industriels privés, comme l'a démontré Olivier Toscer dans son ouvrage *Argent public, fortunes privées* (Dénoël, 2002). La réserve participe à ce vaste mécanisme d'extraction et préservation des rentes.

L'entrave à l'émancipation

La réserve héréditaire produit également une psychologie de rentier : le fils se perçoit comme créancier du patrimoine familial, il perd le goût du risque à cause du confort psychologique de la fortune future.

Par la déconcentration du patrimoine qu'elle produit, la fin de la réserve permettrait aussi de mettre un terme à cette construction psychologique et de favoriser l'esprit d'émancipation. Comme le souligne la commission Attali¹¹¹ : « Dans un monde ouvert et mouvant, l'accumulation, à tous niveaux, de rentes et de privilèges bloque le pays, pèse sur le pouvoir d'achat et freine sa capacité de développement. Sans mobilité sociale, économique, professionnelle, géographique, aucune croissance n'est possible ».

En favorisant la transmission linéaire, l'Etat fabrique une mentalité contraire à la dynamique économique actuelle fondée sur les nouvelles technologies et les biens incorporels.

Conclusion

En supprimant la réserve héréditaire, on encourage la redistribution des cartes, la circulation des richesses, la philanthropie et l'esprit d'entreprise. Elle constitue une occasion unique d'opérer une remise à zéro des compteurs entre générations, préalable à la liberté entrepreneuriale et à l'égalité des chances.

« Nous croyons que le droit de tester devrait être absolu et illimité », soutenait à la fin du XIX^{ème} siècle, Jean-Gustave Courcelle-Seneuil, économiste libéral engagé en faveur de la suppression de la réserve héréditaire : « Il convient donc d'abolir la réserve. Les intérêts de la production l'exigent »¹¹².

Récemment, *GénérationLibre* a demandé concrètement de « supprimer les articles 912 à 930-5 du Code civil pour y substituer un nouvel article 912 proclamant la liberté testamentaire comme droit inviolable et absolu qui parachève le droit de propriété »¹¹³.

¹¹¹ Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008

¹¹² Jean-Gustave Courcelle-Seneuil, « Du droit de tester et de ses limites », *Journal des économistes*, 2^e série, tome XLVI, 1865, p. 328 et 345.

¹¹³ « Supprimer la réserve héréditaire : Pour la liberté, le mérite et la philanthropie » par Me Benoît Morel et Maxime Sbaihi, mars 2019.

Le Législateur français l'a déjà fait pour les ascendants (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006). Nous demandons encore un effort pour « laisser à chacun plus de liberté pour organiser sa succession », comme le propose l'exposé de motif de la loi de 2006 sans pour autant l'assumer pleinement...

3. La liberté de circulation

« Et de fait, rien peut-être ne rend plus sensible le formidable recul qu'a subi le monde depuis la Première Guerre mondiale que les restrictions apportées à la liberté de mouvement des hommes et, de façon générale, à leurs droits. Avant 1914, la terre avait appartenu à tous les hommes. Chacun allait où il voulait et y demeurait aussi longtemps qu'il lui plaisait [...] Il n'y avait pas de permis, pas de visas, pas de mesures tracassières, ces mêmes frontières qui, avec leurs douaniers, leur police, leurs postes de gendarmerie, sont transformées en un système d'obstacles ne représentaient rien que des lignes symboliques qu'on traversait avec autant d'insouciance que le méridien de Greenwich. »

Stefan Zweig, *Le monde d'hier. Souvenirs d'un Européen* (1942)

Le fichier ELOI, le fichier de trop*

La nouvelle est quasiment passée inaperçue. Un arrêté du 30 juillet, publié au Journal officiel le 18 août, crée un « traitement de données à caractère personnel », justifié par la nécessité de « faciliter l'éloignement des étrangers se maintenant sans droit sur le territoire ».

Ce fichier, justement nommé ELOI, ne concerne pas seulement les étrangers en situation irrégulière, mais aussi les personnes qui les hébergent lorsqu'ils se voient assignés à résidence, et celles qui leur rendent visite quand ils sont placés en rétention administrative. Sans doute l'information s'est-elle perdue dans la torpeur de l'été; on peut pourtant penser que, il y a quelques années encore, elle aurait provoqué une vague d'indignation. Reste à voir si nos gouvernants auront eu raison de parier sur l'indifférence des uns et la lassitude des autres, face à l'extension continue du contrôle et de la répression.

La Cimade, le Gisti (Groupe d'information et de soutien des immigrés), l'IRIS (Imaginons un réseau Internet solidaire) et la Ligue des droits de l'homme déposent un recours devant le Conseil d'Etat. C'est qu'il s'agit de droits fondamentaux, qui touchent les Français non moins que les étrangers.

Certes, les sans-papiers sont, depuis longtemps déjà, « surfichés ». Mais ce fichier nouveau doit être compris en regard de la circulaire de juin 2006 concernant les parents étrangers d'enfants scolarisés en France. A cette occasion, beaucoup de clandestins sont sortis de l'ombre, s'exposant au contrôle policier dans l'espoir d'une régularisation administrative qui devait leur être refusée dans la grande majorité des cas. Aussi n'est-ce pas un hasard si doivent figurer dans

* *Le Monde* 15/11/2006, co-signée avec E. Fassin

le nouveau fichier, troublante innovation, avec les noms des étrangers en situation irrégulière, ceux de leurs enfants.

Mais il y a plus. A quoi sert le fichage des hébergeants et des visiteurs ? En quoi peut-il concourir à la finalité revendiquée - « la lutte contre l'immigration clandestine » ? C'est la seconde innovation, non moins inquiétante que la première. En fait, il faut bien la comprendre comme le prolongement d'autres mesures. Depuis 2003, les personnes qui, en France, hébergent des visiteurs étrangers sont déjà fichées, et au niveau de l'Union européenne le système d'information sur les visas de court séjour (VIS) étend la mesure à l'espace Schengen.

Avec ELOI, désormais, le fichage et le contrôle concernent tous ceux qui sont en contact avec les étrangers - qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière. La suspicion se généralise, elle touche tous ceux qui pourraient manifester une solidarité politique ou personnelle aux étrangers, leurs alliés et leurs proches. Leurs amis sont-ils en train de devenir nos ennemis ? Le soupçon sur les relations amicales s'étend d'ailleurs aux relations conjugales, avec ce que nous avons qualifié de « chauvinisme matrimonial » (Le Monde, 16 mai). C'est le sens du projet de loi, voté au printemps par l'Assemblée nationale, sur le contrôle de la validité des mariages, qui concerne à la fois les unions célébrées à l'étranger et celles avec un étranger. Le tout récent rapport de la commission des lois du Sénat prend ainsi pour point de départ « l'augmentation concomitante du nombre de mariages de Français avec des étrangers », en particulier venus de « pays à très forte pression migratoire », et « les signalements aux procureurs de la République pour suspicion de mariages simulés ».

Il est bien sûr précisé : « Certes, il serait caricatural d'assimiler mariages binationaux et mariages simulés. » Mais c'est pour ajouter aussitôt : « Néanmoins, la coïncidence de ce phénomène avec le renforcement des contrôles de l'immigration et l'intérêt comparatif accru du mariage binational n'apparaît pas totalement fortuite. » Le rapport suggère donc que la politique de restriction de l'immigration entraînerait l'accroissement de la fraude matrimoniale... ou en tout cas de la suspicion.

C'est l'extension sans fin d'une logique du soupçon, qui par cercles concentriques passe des clandestins aux immigrés, et des étrangers à leurs amis, à leurs familles, à leurs alliés. Ces glissements progressifs de la xénophobie ont une finalité politique simple : par l'intimidation, il s'agit de décourager la solidarité qui s'est exprimée dans le pays depuis plus d'un an. Qui sait l'usage qu'on fera, un jour ou l'autre, de ces fichiers ? Accueillir aujourd'hui un étranger n'entraînera-t-il pas une responsabilité, si celui-ci devait se retrouver demain en situation illégale ? Bref, la condition d'étranger n'est-elle pas en train de devenir contagieuse ?

Toutefois, la politique actuelle est travaillée par une contradiction. D'un côté, on cherche à isoler les sans-papiers, en traçant autour d'eux une frontière de la peur. Mais d'un autre côté, de même qu'on confond volontiers les immigrés légaux ou clandestins dans un semblable soupçon, de même la suspicion s'étend des étrangers aux citoyens d'origine étrangère. C'est ainsi que le préfet de la Seine-Saint-Denis, dans une note au ministre de l'intérieur récemment publiée, décrivait « un territoire où deux tiers de la population est étrangère, ou d'origine étrangère, et où les référents culturels sont loin de ceux de notre vieux pays ». Avec la racialisation de notre société, on ne fait plus guère la différence entre ceux qui sont étrangers et ceux qui « en ont l'air ».

Or que s'est-il passé ce printemps aux Etats-Unis ? La politique de répression contre l'immigration clandestine a mobilisé des millions d'Hispaniques - citoyens, immigrés légaux et

clandestins confondus. Outre-Atlantique, les sans-papiers sont certes beaucoup plus nombreux qu'en France : on parle de 12 millions de clandestins, contre quelques centaines de milliers chez nous. Mais ce sont aussi et surtout leurs proches qu'on a vus descendre dans les rues, pour faire pression sur le Congrès et la Maison Blanche par leurs manifestations pacifiques, en mêlant les drapeaux américains et mexicains.

Bref, si l'on confond les immigrés en situation irrégulière et régulière, mais aussi les étrangers et les citoyens d'origine étrangère, on dessine les contours d'une formidable force politique potentielle. C'est ainsi que, à la surprise générale, le « nativisme » américain a éveillé le « géant latino endormi ». Pourquoi n'assisterait-on pas bientôt en France à des réveils comparables ?

Il est vrai que la xénophobie politique semble déployer chez nous une logique inexorable. L'exemple des Etats-Unis permet pourtant d'imaginer d'autres mobilisations, qui pourraient venir en contrepoint d'initiatives comme RESF. Et si se développait un nouveau mouvement civique, conjuguant la solidarité des proches, amis et familles, avec celle des alliés, engagés à leurs côtés ? Sans doute faut-il espérer que le Conseil d'Etat saura résister à l'extension du domaine du fichage. Mais s'il n'entendait pas le plaidoyer des associations, on se prend à rêver que, dans les mois et les années qui viennent, contre une xénophobie subie, nous soyons nombreux, quels que soient nos origines et nos liens, personnels ou politiques, à rendre visite à des étrangers dans des centres de rétention, pour afficher une solidarité choisie, et revendiquer ainsi l'honneur de figurer dans le fichier ELOI.

Cinquante personnalités pour le droit de vote des étrangers*

Monsieur le Président, généreuse, la République se doit de donner de nouveaux moyens d'expression à ceux qui prennent part, au quotidien, à la vie de la Cité, qui contribuent à ses ressources et qui respectent ses lois. Terre d'accueil, la France se doit de tenir compte des racines créées, par-delà la nationalité, par ceux qui y vivent depuis des années, parfois depuis des décennies. Pluriel, notre pays se doit de reconnaître un nouveau type de citoyenneté, qui ne soit pas uniquement le fruit de la nationalité.

L'extension du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales aux étrangers non européens concernerait environ 2,3 millions d'étrangers, dont 1,8 million y résidant depuis plus de cinq ans. En 1981, François Mitterrand, alors candidat à l'élection présidentielle, la proposait déjà. En 2012, vous-même, à votre tour candidat, vous repreniez cet engagement à votre compte.

Ce droit est l'aboutissement du cheminement naturel de la démocratie. Il constitue également un facteur de renforcement de la cohésion sociale. Et il est susceptible d'avoir des effets positifs sur la participation électorale des enfants français de ces étrangers.

Son adoption permettrait enfin de mettre un terme à des asymétries choquantes entre les étrangers non européens, qui sont parfois résidents de longue date sur le sol français, et les

* Tribune de la sénatrice Benbassa, Libération 03/12/2012

étrangers communautaires, disposant eux, sans condition de durée de résidence, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales.

Les étrangers qui y accéderaient ne pourraient pas exercer de fonctions exécutives au sein d'un conseil municipal et les conseillers municipaux étrangers élus ne pourraient pas participer à l'élection des sénateurs.

Ce droit, adopté en 2000 à l'Assemblée nationale, a été voté par le Sénat le 8 décembre 2011, un peu plus de deux mois après son basculement à gauche, le 25 septembre 2011. Ces prises de position parlementaires s'inscrivent dans le sillage des appels lancés régulièrement depuis les années 80 par des associations antiracistes institutionnalisées, tels la Ligue des droits de l'homme (LDH) ou le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (Mrap), et de la mise en place, dans de nombreuses municipalités, de dispositifs d'association des résidents étrangers à la vie locale. Des vœux ont également été régulièrement adoptés, en faveur du droit de vote et d'éligibilité des étrangers dans les conseils municipaux, généraux et régionaux, dès 2001. Et des référendums locaux ont enfin été organisés, autorisant la participation des ressortissants étrangers. Sans oublier l'inscription de ce droit dans le programme de plusieurs partis de gauche.

Maintenant que la France a en vous un président de la République socialiste, il est temps de reprendre politiquement en main le dossier et d'engager le processus de révision constitutionnelle.

Pour cela, l'option la plus favorable serait la préparation par le gouvernement d'un projet de loi, soumis aux deux chambres séparément, puis au Congrès (députés et sénateurs réunis). Pour que la révision constitutionnelle soit définitivement adoptée, elle devra emporter au moins les trois cinquièmes des voix du Congrès. Il risque pourtant d'en manquer une quarantaine. Lançons donc une campagne pour convaincre les élus hésitants. Allons chercher, au Parlement, les voix manquantes une par une. Montrons que la politique est aussi l'art de convaincre et que la démocratie ne peut que gagner à un tel combat.

Il ne serait pas raisonnable de reporter à 2014 l'éventuel octroi à nos résidents étrangers non européens d'un droit qu'ils attendent depuis si longtemps. Ils méritent de notre part ce geste fraternel, mais aussi utile à la société, ne serait-ce que par son caractère résolument inclusif en des temps où les replis religieux, ethniques, communautaires se font de plus en plus visibles. Voter, c'est se responsabiliser et dire non à l'enfermement dans les marges.

Ensemble, député(e)s, sénateurs et sénatrices, élu(e)s de tous rangs, ministres, chef de gouvernement, et jusqu'au plus haut représentant de l'Etat que vous êtes, Monsieur le Président, faisons de notre conquête des voix une mission républicaine. Montrons que nous sommes encore capables de porter haut et fort nos valeurs de gauche pour une société du vivre ensemble. Parlementaires intellectuel(le)s, citoyen(ne)s, c'est aujourd'hui, dès maintenant, que nous avons le devoir de construire la France de demain. Nous comptons sur vous, Monsieur le Président¹¹⁴.

¹¹⁴ Premiers signataires : Jean-Christophe Attias, Nicolas Bancel Historien, Pascal Blanchard Historien, Pascal Boniface Géopolitologue **Daniel Borrillo**, Jean-Paul Chagnollaud Professeur, universités Paris-VIII, Marc Cheb Sun Editorialiste, Pascal Cherki Député (PS), Denis Cruzet Professeur d'histoire, Elisabeth Cruzet-Pavan Professeur d'histoire, université Paris-Sorbonne Cécile Cukierman Sénatrice (CRC) Geoffroy de Lagasnerie

Droit d'asile des minorités sexuelles : gare à l'ethnocentrisme*

Le sociologue italien Calogero Giametta vient de publier une thèse provocante sur la question de l'asile politique en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre au Royaume-Uni : *The Sexual Politics of Asylum* (Routledge, 2017, non traduit). A partir des récits de personnes venant de douze pays différents et en tant qu'observateur participant d'une association d'aide aux demandeurs d'asile, l'auteur propose une analyse ethnographique permettant de rendre aux minorités sexuelles persécutées la complexité de leurs parcours et de leurs subjectivités. Constatant que, outre-Manche, ces demandeurs « sont moins bien traités que celles et ceux de droit commun », l'auteur se demande pourquoi : il ne s'agit pas d'insensibilité de la part des agents de l'asile, mais plutôt de la manière dont l'expérience des migrants doit à tout prix s'inscrire dans un discours politique privilégiant la souffrance et le traumatisme à la véritable reconnaissance de sujets politiques détenteurs de droits fondamentaux. Cette idéologie (humanisme, universalisme, conception gay-friendly occidentale) finit par exclure alors qu'elle prétend accueillir.

Tous les pays européens se trouvent confrontés à cette situation de par un contexte international tragique. Aujourd'hui encore, 75 pays dans le monde font de l'homosexualité un crime. Dans neuf d'entre eux, elle est passible de la peine de mort. La montée des intégrismes religieux n'augure pas une amélioration de la situation, bien au contraire. Les mouvements évangélistes, l'Eglise orthodoxe russe, l'islam radical et les juifs orthodoxes ne cessent d'inciter à la haine envers les personnes LGBTI [lesbiennes, gays, bisexuelles, transsexuelles/transgenres et intersexuées]. Outre les Etats qui pénalisent l'homosexualité, il en existe d'autres où le viol punitif ou le viol curatif, le mariage forcé, l'internement psychiatrique, les thérapies médicales sous contrainte, les violences, le harcèlement et les discriminations sont monnaie courante. Au surplus, comme en Russie, toute personne peut être persécutée en raison de ses activités « revendicatrices » en faveur des homosexuels.

Climat de soupçon : Les pays d'accueil, eux, font face à une crise migratoire et tendent à considérer toute demande d'asile comme abusive, voire frauduleuse. C'est dans ce climat de soupçon que les autorités évaluent les requêtes, analysent les preuves et se font une intime

Philosophe, Michel Delebarre Maire de Dunkerque, François de Rugy Député (EE-LV), Christine Delphy Directrice de recherches au CNRS, Didier Eribon Professeur, université d'Amiens Eric Fassin Sociologue, université Paris-VIII, Christian Favier Président du conseil général et sénateur (CRC) François Gèze Editeur Jérôme Guedj Député (PS) de l'Essonne, Razy Hammedi Député (PS) de Seine-Saint-Denis Stéphane Hessel Philippe Kaltenbach Sénateur (PS) Bariza Khiari Sénatrice (PS) Michel Kokoreff Professeur de sociologie, université Paris-VIII Jean-Yves Leconte Sénateur (PS) Olivier Le Cour Grandmaison Universitaire Marie-Noëlle Lienemann Sénatrice (PS) de Paris Daniel Lindenberg Professeur de sciences politiques, écrivain, Roger Madec Sénateur (PS) de Paris, maire du XIX^e arrondissement de Paris Noël Mamère Député (EE-LV) Gilles Manceron Historien Caroline Mérary Avocate au barreau de Paris, Michelle Meunier Sénatrice (PS) Jean-Pierre Michel Sénateur (PS) Jean-Vincent Placé Sénateur (EE-LV), président du groupe écologiste du Sénat Barbara Pompili Députée (EE-LV) de la Somme, coprésidente du groupe écologiste à l'Assemblée nationale Mabrouck Rachedi Ecrivain Richard Rechtman Directeur d'études à l'EHESS Ridan auteur-compositeur, Barbara Romagnan Députée (PS) du Doubs Patrick Simon Directeur de recherches à l'Ined Benjamin Stora Professeur des universités Lilian Thuram Président de la Fondation éducation contre le racisme Vincent Tiberj Sociologue à Sciences-Po Enzo Traverso Professeur de sciences politiques, université d'Amiens Dominique Vidal Historien et journaliste Sophie Wahnich Historienne, directrice de recherches au CNRS.

* *Le Monde*, 03/03/2018

conviction sur la véracité des demandes. Evaluer la crédibilité devient, de surcroît, d'autant plus compliqué que les déclarations proviennent de personnes originaires d'une autre culture, avec d'autres codes de communication et un système de valeurs différent. L'homosexualité, telle qu'on la conçoit de nos jours en Occident, ne correspond pas nécessairement au vécu des personnes provenant de ces pays hostiles. Chez nous, il existe une identité gay, lesbienne, bi, trans, queer, des codes, des espaces sociaux, culturels, intellectuels, sexuels, des réseaux, une littérature... Cette « culture gay » n'existe pas partout ou, en tout cas, n'a pas la même dimension dans les pays d'origine. Cette situation rend la tâche du demandeur d'asile encore plus malaisée : il n'est pas facile d'avouer son orientation sexuelle, et toute hésitation ou pudeur pour parler de sa situation sera perçue comme un mensonge.

C'est pourquoi le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés rappelle qu'il « est essentiel que l'évaluation des demandes fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre soit menée avec sensibilité et de manière adéquate par des décisionnaires spécifiquement formé·e·s quant à ces problématiques. Etant donné les difficultés de fournir des preuves au niveau des demandes relatives à l'orientation sexuelle, l'évaluation de ces demandes repose souvent sur la crédibilité de la requérante ou du requérant. En l'absence de critères préétablis, la crédibilité du récit va dépendre in fine de l'intime conviction des autorités de l'asile, lesquelles présupposent l'existence de cette « culture gay » lorsqu'elles vont exiger un récit « authentique et cohérent » avec une certaine linéarité, allant de la prise de conscience au *coming out* et au militantisme... Cette conception du monde empêche de voir d'autres modes de subjectivation LGBTI. C'est le grand défi, aussi bien au Royaume-Uni qu'en France et dans les autres pays d'accueil : celui de dépasser la représentation traditionnelle des droits de l'homme européo-centrée pour rendre visibles et dicibles d'autres vécus sexuels et de genre en dehors de nos catégories occidentales.

Lutter contre l'homophobie en accordant l'asile*

Depuis 2005, chaque année est célébrée la journée mondiale contre l'homophobie en hommage à la résolution de l'OMS qui, le 17 mai 1990, a supprimé l'homosexualité de la liste des troubles mentaux.

Pendant longtemps, l'Occident a considéré le désir pour les personnes du même sexe à la fois comme un péché, un crime et une maladie. Depuis les années 1980, le sens de l'histoire a changé et nous sommes passés de la pénalisation de l'homosexualité à la criminalisation de l'homophobie. Cependant, ce progrès ne doit pas nous faire oublier la situation dramatique dans laquelle se trouvent les personnes LGBTI dans plusieurs pays du monde, si bien que l'ONU a créé en 2016 un poste d'expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.

Dans 72 pays, les relations homosexuelles consenties sont toujours punies par la loi et pour 8 d'entre eux, elles sont sanctionnées par la peine capitale. En revanche, seulement 63 Etats disposent d'une législation spécifique contre les discriminations. L'Afrique, le Moyen-Orient et l'Asie du Sud sont les continents les plus répressifs. Dans son premier rapport, l'expert de l'ONU souligne que « partout dans le monde, en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, des personnes sont tuées, violées, mutilées, torturées, victimes de traitements cruels,

* *Libération* 16/05/2018

inhumains ou dégradants, détenues arbitrairement, enlevées, harcelées, victimes de violences physiques et psychologiques, victimes de brimades depuis l'enfance, ou victimes de pressions qui peuvent les conduire au suicide et d'attitudes et de mesures discriminatoires, aggravées par l'incitation à la haine ». De même, « les défenseurs des droits de l'homme qui luttent contre ces violations sont fréquemment persécutés et font face à des restrictions discriminatoires à leurs activités ». La violence recouvre aussi bien le contexte familial que l'école et le milieu sanitaire où l'on pratique des «thérapies» dites de conversion sexuelle.

Des progrès fragiles : Il est paradoxal de constater que les autorités politiques et religieuses des Etats homophobes considèrent l'homosexualité comme une pratique «importée» de l'Occident oubliant ainsi leur propre histoire coloniale: le crime de sodomie fut effectivement introduit en Afrique et en Asie par l'Empire britannique! De même, la propagande officielle de Vladimir Poutine ne cesse de présenter l'homosexualité comme le signe des moeurs décadentes des Européens. Interrogé sur la situation des homosexuels, Ramzan Kadyrov (président de la Tchétchénie et marionnette de Poutine) se prévalant de l'islam a déclaré: « Nous n'avons pas ce genre de personne ici. Nous n'avons pas de gays et s'il y en a, emportez-les au Canada. Prenez-les loin d'ici pour que nous n'en ayons pas chez nous, pour purifier le sang de notre peuple. » Aussi, en Amérique latine (région qui a vu la plus grande avancée en matière des droits pour les minorités sexuelles), les sectes évangéliques néopentecôtistes menacent - toujours au nom d'une supposée hétérosexualité autochtone - d'abroger les lois reconnaissant le mariage pour tous et celles relatives à la lutte contre les discriminations. C'est cette rhétorique qui a permis au pasteur et chanteur évangélique Fabricio Alvarado d'arriver en tête au 1er tour de l'élection présidentielle au Costa Rica, et à Marcelo Crivella, un autre évangéliste, de conquérir la mairie de Rio de Janeiro et de couper les subventions à divers groupes LGBT dont la Gay Pride qui en recevait depuis 22 ans. Aux Etats-Unis, plusieurs observateurs telles que la Coalition nationale des programmes anti-violence (NCAVP) dénoncent une augmentation des crimes de haine envers les personnes LGBTI depuis l'élection de Donald Trump. La montée des populismes et leurs alliances avec les intégrismes islamiques, évangéliques et orthodoxes rendent le monde plus dangereux pour les homosexuel-les.

Protégeons les LGBTI demandeurs d'asile : Au-delà des programmes de dépénalisation, de sensibilisation et de la «diplomatie sexuelle» internationale que l'Occident mène depuis quelques années, une autre manière de lutter contre l'homophobie consisterait à renforcer notre droit d'asile pour les minorités sexuelles comme le préconisent les autorités internationales et européennes. Si le statut de réfugié est désormais reconnu aux personnes gays, lesbiennes, transgenres, bisexuelles et intersexuées, il est souvent très difficile à la fois de prouver leur orientation sexuelle et d'emporter l'intime conviction des autorités compétentes. L'évaluation de la crédibilité par celles-ci devient d'autant plus compliquée que les déclarations proviennent des personnes originaires d'une autre culture, avec d'autres codes de communication et un système de valeurs différent. L'homosexualité, telle qu'on la conçoit de nos jours en Occident, ne correspond pas nécessairement au vécu des personnes persécutées dans les pays hostiles. Prouver objectivement son orientation sexuelle devient ardu car le demandeur n'est pas toujours en mesure de fournir les preuves matérielles justement parce qu'il doit dissimuler sa condition et se faire discret s'il veut survivre dans son pays.

En 2008, la France et les Pays-Bas ont pris l'initiative d'une déclaration commune à l'Assemblée générale des Nations unies qui a permis l'adoption d'une condamnation internationale des violences homophobes. Dix ans plus tard, il est à craindre que la nouvelle loi asile et immigration ne réduise les possibilités d'accès au statut de réfugié d'une population particulièrement vulnérable. En effet, contrairement à d'autres minorités (raciales, religieuses,

politiques...), les personnes LGBTI ne sont pas issues des familles homosexuelles, elles subissent ainsi une oppression dirigée contre chaque individu isolément, sans bénéficier des conseils ni même souvent du soutien affectif de leurs parents et amis et, lorsqu'elles arrivent en France, ces personnes se trouvent ostracisées par leur propre communauté d'exilés... A l'occasion de la journée mondiale contre l'homophobie, faisons de notre continent, comme le propose l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, un espace de sécurité pour les personnes LGBTI fuyant les persécutions. Octroyer l'asile est non seulement une obligation internationale mais aussi le meilleur moyen de dénoncer les nouveaux populismes théocratiques.

IV.- LA LIBERTE SANITAIRE

La liberté sanitaire est celle qui permet aux individus de participer dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques publiques en matière épidémiologique notamment. Le consentement libre et éclairé toute comme participation de l'individu aux décisions médicales lui concernant constituent les bases de son empowerment, c'est à dire de la capacité de chacun à se gouverner soi-même y compris en situation de fragilité et à l'intérieur des institutions cliniques. La liberté sanitaire a été mise à l'épreuve avec l'irruption de l'épidémie de Sida et celle de la Covid-19. La gestion de celles-ci constitue un révélateur des pouvoirs publics aux valeurs démocratiques.

1. Le dispositif bioéthique

Avec la loi 88-1138 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, les lois de 1994 forment un dispositif étendu visant la protection du corps humain, celle des données nominatives en matière de recherche médicale ainsi que la régulation de la circulation des produits d'origine humaine, l'assistance médicale à la procréation et le diagnostic préimplantatoire. Ces lois introduisent dans le Code civil et le Code de la santé publique un certain nombre de principes (corps hors commerce, gratuité des produits humains, consentement éclairé des patients, secret professionnel, droit à l'information, non brevetabilité du génome) et de règles relatives aux bonnes pratiques scientifiques et médicales en particulier lorsqu'elles impliquent le vivant (humain et non humain). Les lois de bioéthique mettent en place également un dispositif pénal visant à sanctionner notamment les interventions médicales sans le consentement du malade, les inséminations artificielles en dehors des procédures établies par la loi, l'achat d'embryons humains et les actes de cruauté envers un animal domestique.

Bioéthique : dernière révision « timide » de la loi*

L'Assemblée nationale a adopté le 29 juin le texte définitif de la dernière révision de la loi dite de bioéthique au terme de deux ans de navettes parlementaires. Le recours auprès du Conseil constitutionnel, porté par des députés LR et UDI le 2 juillet, pourrait retarder la promulgation du texte.

Cette nouvelle révision de la loi constitue une occasion de présenter les principales dispositions, de souligner ces manquements et de rappeler l'esprit global du dispositif qui demeure pratiquement le même depuis 1994.

L'esprit des lois bioéthiques

Le dispositif bioéthique français se caractérise par un fort interventionnisme de l'État aussi bien sur le contenu des normes que sur la méthode de création et de révision législatives.

Il suffit qu'une question soit considérée comme appartenant au domaine juridique de la bioéthique pour qu'elle se trouve automatiquement soumise à un traitement politique spécifique. C'est cette spécificité que l'on appelle « bioéthique à la française ». Elle fut le fruit

* Contrepoints, 2021

de la volonté du président Mitterrand qui, s'inquiétant de l'évolution scientifique en matière de génétique humaine, a propulsé par décret du 23 février 1983 la création d'un *Comité Consultatif National d'éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé* (CNCE). Premier dans son genre au niveau international, le CNCE a fait de la bioéthique une question d'État. Depuis sa création, le ton est donné : le CNCE est composé des personnalités nommées par le président de République ou désignées par les autorités de l'État (Premier ministre, Conseil d'État, Cour de cassation, institutions publiques de recherche...), lesquelles se trouvent investies de la légitimité pour dire ce qui est conforme à l'éthique. Ces avis sont certes consultatifs, ils bénéficient toutefois d'une répercussion politique incontestable.

Outre le concours du CNCE, d'autres institutions interviennent dans la construction de la règle bioéthique. En effet, sans l'avis et le rapport du Conseil d'État, de l'Agence de la biomédecine, de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH), de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST) et de la tenue des États Généraux de la Bioéthique, les successives révisions des lois bioéthiques ne sont tout simplement pas possibles. Voici une autre particularité du dispositif bioéthique français : sa révision régulière afin que le droit puisse s'adapter aux évolutions de la science et des pratiques médicales. La normative actuelle est le résultat de la troisième révision de 2021, les autres ont eu lieu respectivement en 2004 et en 2011.

Malgré l'organisation des *États Généraux de la Bioéthique* (une forme de consultation citoyenne) ce n'est pas tant la parole des intéressés qui compte (malades, usagers du service médical, associations, citoyens...) mais plutôt celle des experts désignés par l'Administration. Ce n'est pas l'expérience du terrain qui prévaut (hôpitaux, laboratoires scientifiques, associations familiales...) mais l'avis de la bureaucratie d'État. Pour preuve, alors que la question de l'euthanasie et le suicide assisté constituent des thèmes plébiscités par les États Généraux, ils n'ont jamais pu être débattu au Parlement.

Le dispositif est complété par la *Mission d'information de l'Assemblée nationale sur la révision de la loi relative à la bioéthique* créée en 2008 pour procéder aux auditions d'experts et de la société civile avant le débat parlementaire. Ladite Mission est composée de soixante-douze députés dont la moitié sont membres de LREM. Entre le 16 mai et le 7 novembre, elle a auditionné une centaine de personnalités sous la forme de tables rondes disciplinaires. Au terme de cette procédure, la Mission publie ses conclusions.

C'est après le rendu des rapports des institutions indiquées plus haut et une fois conclues les auditions parlementaires que la discussion proprement dite peut s'engager à l'Assemblée Nationale.

Rappelons-nous que l'origine du texte est un projet de loi (provenant du gouvernement) enrichi théoriquement par les différents amendements des deux chambres mais en réalité ce sont ceux soutenus par le gouvernement qui ont fini par être adoptés.

En dehors de la procédure présentée plus haut, le parlement, c'est-à-dire la représentation populaire, ne peut pas se saisir d'une quelconque question bioéthique. Tout se passe comme si le peuple était incapable d'en délibérer librement sans la tutelle des experts et indépendamment du cadre contraignant de la méthode technocratique imposée par l'État. La bioéthique est ainsi devenue un espace « sacré » dans lequel on ne pénètre qu'avec l'autorisation des initiés et des institutions.

La bioéthique apparaît en France comme une discipline de nature étatique, contrôlée par des experts désignés, à leur tour, par l'administration. Depuis l'origine, le dispositif est agencé de

telle manière qu'aucun argument dans ce domaine n'échappe à l'examen de la puissance publique. En effet, l'administration, avec ses experts, contrôle l'ensemble du processus délibératif et normatif, à travers les comités de sages désignés par le président de la République, les rapports provenant des plus hautes instances de la magistrature, les Journées nationales d'éthique, les agences publiques de biomédecine, les missions parlementaires et les forums de citoyens sous contrôle des experts agréés. De par la composition des institutions habilitées à se prononcer et la tutelle que l'État exerce sur ses experts, la production bioéthique est loin de jouir d'une véritable indépendance. Aussi, la sélection des experts conduit au choix de personnalités qui bénéficient déjà d'une reconnaissance officielle, peu enclines à une attitude critique. L'avis des citoyens est circonscrit aux cercles désignés par l'État qui cherche plutôt à cautionner sa démarche en donnant une image de démocratie qu'à faire effectivement participer le citoyen¹¹⁵.

Le soubassement du système juridique bioéthique est constitué par trois textes de 1994 qui ont pour la première fois encadré la bioéthique en France et sont révisibles régulièrement. La procédure de la dernière révision a commencé en janvier 2018 avec la publication du rapport de l'Agence de la biomédecine qui fait le point sur la mise en œuvre de la loi au regard de l'évolution de la science et des pratiques médicales. Le 15 octobre 2019 le projet de loi est adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale et après la navette parlementaire et le rejet du Sénat, le texte définitif est finalement adopté le 29 juin 2021

Les modifications introduites par la révision :

- La PMA élargie à toutes les femmes : La mesure phare du texte, la PMA pour toutes les femmes a éclipsé le reste de dispositions de la loi. En ouvrant cette technique aux couples de femmes et aux femmes seules, la loi modifie substantiellement l'esprit de la technique, désormais, il ne s'agit plus d'un palliatif à la stérilité du couple hétérosexuel mais d'un droit de la femme en couple homosexuel ou seule de concrétiser un projet parental à travers une PMA.
- Le droit d'accès aux origines : Le prix à payer pour ce changement de paradigme c'est de passer par la levée de l'anonymat du donneur : L'accès aux origines crée l'illusion d'une filiation fondée sur le biologique même si aucun lien juridique n'existe entre le donneur et l'enfant issu d'une PMA. Nous sommes passés ainsi de l'obligation d'anonymat à l'obligation de transparence, deux attitudes qui se correspondent bien avec l'esprit anti-libéral du dispositif bioéthique. L'accès à l'identité du donneur et la gratuité constituent pour moi le requiem pour la PMA : pénurie de gamètes, peur de voir arriver un enfant qui viendrait frapper à la porte du géniteur ou de la donneuse d'ovocytes...
- La reconnaissance de la filiation : Autre mesure prévue par la loi : deux femmes – mariées ou non – pourront dorénavant produire, devant notaire, une « *reconnaissance conjointe anticipée* » de l'enfant à naître, pour établir la filiation. Jusqu'ici, l'épouse de la femme qui a porté l'enfant ne pouvait que l'adopter après sa naissance pour le reconnaître.
- L'autoconservation des gamètes : Il faut saluer également la disposition permettant la conservation sans raison médicale des ovocytes et du sperme tout comme l'amélioration de l'accès à la greffe, le don croisé d'organes prélevés sur personnes vivantes qui sera désormais facilité.
- L'élargissement des recherches sur les cellules souches : L'opposition au projet de loi s'est cristallisée autour du débat sur les « chimères », des expériences scientifiques mêlant cellules humaines et animales. Ces pratiques, qui existent depuis des années et sont menées à des fins de recherche, notamment sur les maladies dégénératives, ne pourront pas porter sur des

¹¹⁵ Borrillo, Daniel. « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire@Politique*, vol. 14, no. 2, 2011, pp. 55-83.

embryons humains. Elles pourront toutefois se poursuivre sur des cellules souches embryonnaires. Par ailleurs *"la modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces est interdite"*, précise le texte.

- Les mêmes règles pour le don du sang. Un amendement du gouvernement visant à réformer les critères de sélection relatifs au don du sang pour lutter contre les restrictions auxquelles font face les donneurs homosexuels a été voté par les députés. Les critères de sélection des donneurs *"ne peuvent être fondés sur aucune différence de traitement, notamment en ce qui concerne le sexe des partenaires avec lesquels les donneurs auraient entretenu des relations sexuelles"*, précise le texte. Il ouvre ainsi la possibilité, pour les hommes homosexuels, de donner leur sang, sans avoir à se soumettre à la contrainte d'abstinence sexuelle de quatre mois encore en vigueur.

Certaines libertés fondamentales demeurent toujours ignorées

Si la PMA pour toutes et sa prise en charge intégrale par la sécurité sociale constitue à ne pas en douter une véritable avancée, d'autres mesures seront écartées de la loi comme :

- La GPA, y compris la simple inscription automatique des parents d'intention aux registres de l'état civil français. Dans l'état actuel du droit, la mère d'intention, même ayant fourni l'ovocyte, doit passer par l'adoption pour établir la filiation de l'enfant. Cette question, qui n'était pas présente dans le texte initial, a fait l'objet d'un amendement permettant d'unifier la jurisprudence vers le bas. Le code civil est désormais complété pour préciser que la reconnaissance de la filiation à l'étranger est *"appréciée au regard de la loi française"*. Pour les enfants nés de GPA, la transcription d'un acte d'état civil étranger est ainsi limitée au seul parent biologique (le second parent dit "d'intention" devra passer par une procédure d'adoption).

- L'application du droit commun de la présomption de parenté pour les couples de femmes mariés. Actuellement, un couple hétérosexuel ayant recours à un don de gamètes donne son consentement préalablement à la conception de l'enfant devant un notaire. Au moment de la naissance, la filiation de l'enfant est établie à l'égard de la mère par la mention de son nom dans l'acte de naissance, et pour le père par la présomption de paternité si les parents sont mariés. Le consentement au don constituerait la preuve que la femme qui n'a pas accouché de l'enfant est conjointement à l'origine du recours à la PMA avec tiers donneur, afin d'établir ensuite sa filiation selon les modes habituels (reconnaissance et présomption).

- La parenté transgenre (plutôt que d'utiliser le terme « femmes » on aurait pu se référer aux « personnes en capacité de porter un enfant »). La loi n'a pas réglé le problème de l'établissement du lien de filiation après le changement de sexe du parent. La situation est d'autant plus grave que la cour de cassation dans un arrêt du 16 septembre 2020 refuse de reconnaître comme mère une femme transgenre.

- La PMA post-mortem : il est paradoxal de contraindre une femme dont l'époux est décédé à renoncer au projet commun de PMA avec les gamètes de ce dernier ou les embryons du couple, alors qu'elle sera autorisée à réaliser une PMA seule, avec tiers donneur.

- La ROPA (réception d'ovule du partenaire) permettant aux deux femmes de participer corporellement à la conception de leur enfant. Alors que cette technique avait été proposée dans le projet de loi lors du débat parlementaire (si l'une des femmes du couple souffre de stérilité), le gouvernement s'y est opposé, introduisant ainsi une discrimination puisqu'un homme peut donner son sperme à sa compagne en vue d'une PMA.

- La prise en charge ou la compensation par l'employeur de l'autoconservation des ovocytes de ses salariées. En effet, si le projet de loi permet désormais la congélation de gamètes pour des raisons non médicales, les frais de conservation sont à la charge des intéressés. En France on

continue toujours à obliger les femmes à choisir (sous pression biologique) entre leur carrière ou l'enfant. En quoi la participation financière de l'entreprise à l'aspiration des femmes à maîtriser leurs cycles de vie serait-elle contraire à l'éthique ?

- L'accès libre aux test ADN en dehors du cadre judiciaire ou médical : S'il semble raisonnable de contrôler la circulation de l'information génétique auprès de la police, des assureurs ou des employeurs, la restriction de l'accès personnel à ses propres informations génétiques participe, en revanche, du paternalisme d'État. En effet, la reconstruction de l'histoire familiale, la localisation des origines géographique des ancêtres ou la simple curiosité génétique se trouvent prohibées en France.

- Le tri d'embryon permettant une meilleure implantation (aujourd'hui 60% d'échec à cause de l'interdiction de cette technique). Le DPI-A (diagnostic préimplantatoire des aneuploidies) a été écarté du projet de loi par le gouvernement en dépit des demandes des patients et des associations en particulier pour ce qui concerne le diagnostic de la trisomie 21 avant l'implantation d'un embryon par PMA¹¹⁶.

- L'interdiction des opérations d'assignation pour les nouveau-nés intersexe (véritables mutilations génitales) : L'intersexualité continue à être considérée comme une maladie. En France les interventions précoces avant l'âge de deux ans sont considérées nécessaires pour la construction psychologique des enfants. Puisque ce type d'intervention constitue une atteinte grave à l'intégrité physique, c'est uniquement les personnes concernées, une fois qu'elles ont l'âge de faire un choix éclairé, qui devraient prendre une telle décision.

- La possibilité de se faire rémunérer pour une greffe d'organes en dehors d'une situation d'état de nécessité et dans le cadre d'un commerce contrôlé par la puissance publique.

De même, il faudrait mettre à terme au consentement présumé pour toute personne qui ne s'est pas opposée au prélèvement de de son vivant, véritable appropriation des organes par l'Etat¹¹⁷. La mise en place d'un marché régulé des organes permettrait à la fois de mettre fin au trafic qui existe *de facto* et de sauver plusieurs vies des malades en attente d'une greffe.

- La propriété intellectuelle des données personnelles en matière de santé. La loi de 1978 interdit toute commercialisation des données sensibles. Alors que tout le monde tire profit de ces données (multinational pharmaceutique, laboratoires, cliniques...), l'individu se trouve dépourvu de tout profit sur ces propres données.

Pourquoi ne pourrait-on pas en user, en profiter et en disposer de nos données comme bon nous semble ? Malgré certaines avancées (la loi pour une république numérique de 2016 ou le règlement européen de 2018) un véritable droit de propriété intellectuelle sur les données personnelles reste encore à construire¹¹⁸.

- Le clonage thérapeutique¹¹⁹ permettant de produire des cellules et des organes et remédiant ainsi à la fois à la pénurie d'organes et au rejet de l'organe greffé.

- L'euthanasie : alors que 96% des français se disent favorables, ni le suicide assisté ni l'euthanasie ne furent discutés dans le cadre de la réforme de la loi de bioéthique.

Comme le souligne le *Mémoire des philosophes* présenté devant la cour suprême des Etats Unis : « Tout individu a le droit de prendre les décisions les plus intimes et les plus personnelles,

¹¹⁶ En France, le diagnostic préimplantatoire (DPI) n'est autorisé que pour éviter la transmission d'une maladie génétique grave, déjà diagnostiquée au préalable (mucoviscidose, myopathie, etc.). Il permet de sélectionner des embryons non porteurs de cette mutation – et seulement celle-là – pour éviter la naissance d'un deuxième enfant atteint. D'autres pays le permettent sans condition médicale dans le cas de fécondation in vitro.

¹¹⁷ En effet, l'article L1232-1 du code de la santé publique dispose : « ...Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement (...).

¹¹⁸ Voir le rapport *Génération Libre* « Mes datas sont à moi »

¹¹⁹ Le clonage thérapeutique est puni en France de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, article 511-18-1 du code pénal.

des décisions fondamentales au regard de sa dignité et de son autonomie. Ce droit englobe le droit de décider dans une certaine mesure quand et comment il va mourir »¹²⁰.

Figure à la fois de l'autodétermination et de la compassion, la « bonne mort » autorisée notamment en Belgique, aux Pays-Bas en Italie, en Espagne et en Suisse, continue à être considérée par notre droit comme une forme d'homicide volontaire ou d'empoisonnement.

Construit sur le modèle de l'expertise articulée et contrôlée par l'Etat, la loi bioéthique constitue un révélateur de l'impossibilité de la culture politique française à faire confiance à l'individu qui apparaît rarement comme une source de créativité et d'indépendance mais comme un être irresponsable, brutal et sans scrupules qui ne vise qu'à opprimer les autres et s'enrichit à leurs dépens. C'est pourquoi, la bioéthique n'est conçue pour informer, expliquer et clarifier les enjeux mais plutôt pour proscrire, censurer et se substituer aux personnes concernées. C'est aussi pourquoi, le dispositif bioéthique est destiné d'avantage à l'établissement des limites et des bornes plutôt qu'à l'élargissement du domaine des libertés offertes par la science, laquelle est présentée souvent comme étant à l'origine des nouvelles formes d'esclavage et d'aliénation.

2. La liberté et la pandémie à VIH

En raison de son caractère inattendu, l'apparition du sida a engendré des situations régies par l'incertitude. Grâce à des efforts de sensibilisation et des actions en justice, la société civile et les personnes vivant avec le VIH ont joué un rôle clé dans les progrès des droits de l'homme contre l'épidémie. Dans de nombreux pays du monde, leurs exigences ont conduit les gouvernements, les parlementaires, les donateurs et les partenaires tels que les Nations Unies à soutenir des réformes législatives, des changements de politique et des programmes en faveur des droits de l'homme. Dès 1989, j'ai organisé un séminaire à l'Université de Strasbourg sous le haut patronage du Conseil de l'Europe pour réfléchir à une gestion démocratique de l'épidémie¹²¹.

Le SIDA contre les droits de l'Homme : Réflexion juridique sur l'infection par le VIH*

Jusqu'à très récemment, les sociétés industrialisées croyaient en avoir fini avec le fléau des pandémies. Les taux de mortalité indiquaient comme cause de décès principalement les maladies cardiovasculaires, le cancer, le suicide et les accidents de la route. Cependant, en 1981 les autorités fédérales étasuniennes constatèrent une augmentation considérable dans la prescription d'un médicament utilisé pour le traitement d'une sorte de pneumonie qui affecte généralement des malades dont le système immunitaire a été détérioré par un cancer. Les cinq premiers cas découverts avaient quelques points communs : il s'agissait de jeunes homosexuels dont le système immunitaire fonctionnait jusque-là normalement. A la même époque apparaît, dans cette même population, un type de cancer très rare connu sous le nom de sarcome de Kaposi accompagné de la pneumonie citée ci-dessus. La relation s'établit rapidement et l'année suivante on reconnaît l'ensemble des symptômes comme un syndrome nouveau appelé dans un

¹²⁰ R. Dworkin, et al. « Suicide assisté : le mémoire des philosophes », *Raisons politiques*, vol. no 11, no. 3, 2003, pp. 29-57.

¹²¹ Sida et droits de l'homme, l'épidémie dans un Etat de droit, Strasbourg 1989/1990.

* Revue *Agora*, 1991

premier temps GRID (*Gay Related Immune Deficiency*) et par la suite SIDA (Syndrome d'Immunodéficience Acquise), provoqué par un déficit immunitaire chronique dont l'agent étiologique est un rétrovirus.

L'histoire des épidémies démontre que face à un fléau grave et imprévu, les hommes réagissent en recherchant les origines du mal et en rendant certains groupes sociaux responsables. Pendant la première épidémie de peste au VIII^e siècle, tandis que l'Europe se décimait, les pays arabes ne semblaient pas concernés par le drame. Leur première réaction fut d'identifier le mal avec les communautés chrétiennes qui apparaissaient aux yeux de tout le monde comme plus affectées du fait du caractère sédentaire de leur mode de vie. Pendant la deuxième peste au milieu du XIV^e siècle, l'Eglise considéra le fléau comme un châtement divin.

L'idéologie hygiéniste du XIX^e siècle a expliqué le dysfonctionnement social en utilisant de métaphores empruntées au langage clinique comme « corps étrangers susceptibles d'infecter la société » pour faire référence aux criminels nés, aux fous, aux idiots et aux invertis. La démocratie a été rapidement considéré incapable de faire face aux épidémies puisque trop tolérante envers les déviants. Le Sida au commencement de sa propagation n'a pas échappé à cette idéologie : fermeture d'établissement gay considérés comme contribuant à la propagation du Sida (Ministère de l'intérieur de Bavière, 25 février 1987), expulsion des étrangers présentant un risque de propagation du VIH (avis du 19 mai 1987) ; mise en quarantaine des porteurs du virus au Texas ; enfermement forcé à Cuba, interdiction d'entrée sur le sol américain pour les séropositifs....

Touchant aux tabous les plus profonds de l'Occident : le sang, le sperme, l'homosexualité et la mort, le Sida apparaît comme un laboratoire permettant de mettre à l'épreuve les valeurs de tolérance et de liberté de nos sociétés démocratiques.

Une société démocratique se caractérise par le respect de grands principes auxquels souvent les autorités dérogent au nom de la santé publique. Pour le Sida et en raison de sa transmission spécifique, l'accent fut mis sur la prévention et la responsabilité individuelle en association avec les ONG. Malgré quelques avancées timides, la situation demeure préoccupante en matière d'assurance médicale et de discriminations envers les personnes séropositives surtout dans l'exercice de l'activité professionnelle.

Révélatrice du degré d'attachement aux valeurs de tolérance, liberté et solidarité que nous prétendions tant défendre, l'épidémie à VIH place nos société face à des choix décisifs : la façon de gérer ce fléau marquera profondément la société que nous laisserons aux générations futures. En choisissant l'Etat de droit comme instrument de lutte contre le Sida, c'est notre propre liberté que nous choisissons.

Sida: le déni, notre ennemi*

Lors de la présentation des chiffres du dispositif de surveillance de l'Institut de veille sanitaire relatifs aux nouvelles contaminations à VIH en France, le ministre de la Santé a alerté l'opinion publique sur la situation «hors contrôle» de l'épidémie, associant sa voix à celles de Peter Piot (ONU Sida) et de Kofi Annan pour qui la situation internationale est extrêmement dramatique. En effet, au seul niveau national, 6 000 nouveaux cas de sida pour l'année 2003 sont venus assombrir le panorama déjà fort inquiétant de plus de cent mille personnes vivant avec le virus.

Parmi les nouveaux contaminés, les femmes originaires d'Afrique subsaharienne et les jeunes homosexuels occupent une place préoccupante.

Après vingt ans d'expérience dans la lutte contre le sida, comment sommes-nous arrivés à cette situation ? S'agit-il d'un échec ou plutôt d'un déni ? Comment avons-nous si mal utilisé les multiples moyens disponibles aussi bien au niveau préventif que thérapeutique ? Certes, la longueur de l'épidémie et l'usure entrent en compte tant au niveau de la mobilisation associative que de l'action politique. On est passé en quelques années de l'effroi à la banalisation. Le sida qui avait porté la lumière sur les préoccupations capitales de santé publique se retrouve paradoxalement au coude à coude avec la grippe, le tabagisme et l'abus dans la consommation d'alcool.

Alors que certaines réponses spécifiques ont montré leur efficacité (connaissance des modes de transmission et progrès thérapeutique), le déni demeure notre principal ennemi : refus de savoir et de pouvoir. Force est de constater un manque de transmission de l'histoire de la lutte contre l'épidémie et du partage de l'expérience entre générations. Nous n'avons pas su suffisamment maintenir l'intérêt, la vigilance et la mobilisation. Pour les jeunes, le sida demeure une épidémie du passé.

Au niveau politique, la carence de mise en place des moyens de prévention se traduit par une absence de messages ciblés spécifiques (on prétend sauver l'universalisme républicain du péril communautaire en niant par conséquent d'adapter la prévention à chaque personne et à chaque culture). Par un manque de moyens consacrés à la recherche scientifique et surtout par une politique irresponsable de la part de compagnies pharmaceutiques qui empêchent la démocratisation des médicaments. Ce déni du politique à prendre vraiment au sérieux la prévention s'accompagne d'une répression accrue de la transmission volontaire du VIH (comme l'atteste le jugement correctionnel du TGI de Strasbourg du 28 juin 2004) et de la criminalisation de la prostitution (loi Sarkozy 2003). La répression aggrave manifestement la prise de risques en exposant des populations déjà vulnérables. La criminalisation de la consommation de stupéfiants demeure la seule réponse à ce problème.

Si les associations sont fatiguées et les volontaires moins nombreux, l'arrivée de la trithérapie en 1996 a fait croire que le sida était devenu une maladie chronique et non plus mortelle. Une telle situation a affecté directement l'information et la prévention d'un terrain qui avait été délégué avec une certaine négligence par les pouvoirs publics qui se sont ainsi allégrement déresponsabilisés. On assiste à un double déni sur la prise de risques et sur l'efficacité de la prévention faisant écho de surcroît à une méconnaissance sur l'utilité du test. De surcroît, la jurisprudence strasbourgeoise incite à ignorer l'état sérologique si l'on veut échapper aux sanctions pénales.

Certes, nous assistons à une évolution dans la protection contre les discriminations et en faveur de l'égalité des couples mais, dans le même temps, lors des débats sur le Pacs, sur le mariage de Bègles et sur le projet de loi contre les injures homophobes, on s'est trouvé face à une éruption rhétorique qui considère les homosexuels et leurs revendications comme portant atteinte à la survie de la famille, de la société et même de la civilisation.

L'homophobie atteint les gays et les lesbiennes (séropositifs et séronégatifs) mais touche également les personnes en traitement (homos, bi ou hétéros) et les attaque dans leurs multiples droits : assurances, travail, logement... La crise de rupture familiale suite à l'annonce d'homosexualité est souvent à l'origine d'une surexposition des jeunes gays au VIH. Enfin, cette

liste doit être complétée par le retard des médecins sur la compréhension des multicontaminations (syphilis, hépatites et lymphogranulomatose vénérienne) et l'absence de responsabilité sociale des entreprises pharmaceutiques.

Le déficit est le résultat d'un manque de volonté individuelle, communautaire et politique. Nous avons la connaissance mais nous ne la transformons pas en outil efficace. Nous possédons le savoir mais notre volonté a démissionné.

Nous avons tous manqué d'imagination pour surmonter l'ennui et la fatigue. Il est urgent de sortir de l'incantation (déclarer 2005 l'année de lutte contre le sida est un geste sympathique mais il faut encore y adjoindre tous les moyens nécessaires). Il est surtout impératif de recréer un centre de gravité qui nous fasse sortir de la banalisation et le déni sans retomber dans l'effroi et la pénalisation et ceci afin de pouvoir rapidement mettre en place des moyens nouveaux d'action et de prévention qui relient des personnes réelles : les femmes d'origine africaine, les toxicomanes, les jeunes homos et les autres, tous les autres.

La pénalisation de la transmission du VIH : La fin de la démocratie épidémiologique ?*

Pour mieux comprendre cette épineuse question, il faut faire la distinction entre la transmission involontaire du VIH et celle souhaitée par les partenaires, pratique connue sous le terme anglais de *barebacking*¹²². Si depuis longtemps, la jurisprudence considère que la contamination accidentelle du VIH constitue un dommage susceptible de réparation¹²³, la qualification criminelle est plus récente. Dans un premier temps les juges se montraient réticents car, selon la théorie pénale classique, pour que l'infraction soit constituée, il faut un préjudice de la victime (matériel, moral...), une faute imputable à celui tenu pour responsable (volonté de nuire) et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Or, ces trois éléments n'étaient pas réunis dans les affaires qui arrivaient devant la justice pénale. Ainsi, dans un arrêt de 1998, la Cour de cassation a refusé de qualifier d'empoisonnement la contamination d'un individu à sa compagne se sachant séropositif car, d'une part, il n'existait pas une intention de tuer et, d'autre part, les sécrétions sexuelles ne constituent pas une substance de nature à entraîner nécessairement la mort¹²⁴.

La figure de l'empoisonnement étant écartée, et dans l'absence d'une incrimination spécifique¹²⁵, les victimes se sont tournées vers d'autres figures pénales susceptibles de faire

* *Médiapart*, 09/12/2008

¹²² Le *barebacking* (littéralement « monter à cru ») consiste en la pratique sexuelle entre hommes sans protection. Le phénomène a été médiatisé aux Etats-Unis par l'écrivain et acteur pornographique Scott O'Hara. En tant que « mouvement culturel et identitaire », le *barebacking* se veut d'être perçu comme une contestation envers le système qui imposerait le « sexe sans risques ». Les adeptes de ce type de pratiques se conçoivent comme des résistants aux diverses stratégies d'interventions préventives des pouvoirs publics en matière de lutte contre le sida.

¹²³ CA Paris 1^{er} ch. 26 janvier 1994, Recueil Dalloz 1994 p. 75. Depuis la loi du 1^{er} juillet 1998 la sécurité sanitaire fut renforcée en cette matière. Cass. 2^e civ. 2 juin 2005, Bulletin 2005 II N° 146 p. 131 Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2006, n° 05-15.235...

¹²⁴ Crim. 2 juill. 1998, Bull. crim. n° 211, D. 1998.J. 457, note J. Pradel.

¹²⁵ En 1991, lors de l'examen du projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, le Sénat avait adopté un amendement faisant de la transmission du virus du sida une infraction : « toute personne consciente et avertie » qui aurait « provoqué la dissémination

prospérer l'action en justice. L'article 222-15 du Code pénal relatif à « l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui » est devenu la base légale permettant la pénalisation des rapports contaminants. En effet, la Cour de cassation, dans une décision du 10 janvier 2006, a eu à se prononcer, pour la première fois, sur l'application de des articles 222-15 et 222-9 (violences) à la transmission, par voie sexuelle, du V.I.H. La Cour a confirmé la décision de l'appel en retenant le délit d'administration de substances nuisibles aggravé par l'infirmité permanente des victimes et a déclaré coupable un homme séropositif qui a eu des rapports sexuels non protégés avec plusieurs jeunes femmes auxquelles il dissimulait volontairement son état de santé, désormais porteuses d'une « affection virale constituant une infirmité permanente ». Le comportement dolosif de l'infracteur justifie pleinement l'intervention pénale. Comme le note le Conseil National du Sida (CNS) : « La condamnation pénale traduit la réprobation de la société à l'égard d'un comportement, telle la tromperie qui a trouvé dans le cadre du procès une sanction légitime »¹²⁶. La Cour réaffirme sa doctrine dans un arrêt du 5 Octobre 2010. Sur l'intention, les juges relèvent que le prévenu avait connaissance de sa contamination déjà ancienne, qu'il ne contestait pas avoir omis d'avertir sa compagne de sa séropositivité, qu'il avait reconnu avoir été parfaitement informé, au moment de sa relation avec elle, des modes de transmission du V.I.H ainsi que de la nécessité d'une protection durant l'acte sexuel, et que, en acceptant ou sollicitant dans ces conditions des rapports non protégés, il n'avait pu ignorer les risques de contamination associés à son comportement. Ainsi, en toute connaissance de cause, pour ne pas avoir révélé son état, il avait volontairement fait courir à la victime un risque gravissime pour sa santé et sa vie, l'infraction d'administration d'une substance de nature à nuire à la santé étant dès lors constituée en tous ses éléments.

La contamination volontaire

S'agissant d'une exposition volontaire au V.I.H, la situation ne peut pas être analysée sous le même angle ni traitée juridiquement de la même manière. Tout d'abord, rappelons que chacun devrait se comporter comme si son partenaire était infecté (théorie allemande de l'auto-exposition consciente selon laquelle le dommage provoqué à autrui disparaît dans l'acte de contamination sexuelle pour devenir un dommage causé à soi-même¹²⁷). Le CNS a raison d'affirmer que « Si une personne vivant avec le VIH a la responsabilité de ne pas transmettre le virus, la personne non contaminée a la responsabilité, à l'occasion d'une nouvelle relation, de se protéger du VIH et des autres infections sexuellement transmissibles. Par conséquent, cette responsabilité ne saurait être unilatérale ».

Si ce principe de responsabilité partagée ne peut nullement s'appliquer lorsque le coupable se comporte de manière dolosive. En revanche, dans la pratique du *barebacking* non seulement le dol est absent mais la mise en danger est politiquement revendiquée par ses adeptes. Nous pouvons considérer cette pratique immorale mais elle ne peut en aucun cas être comparée à la contamination comme conséquence d'une tromperie.

L'acceptation d'une qualification pénale pour les contaminations volontaires mettrait en question la gestion libérale du VIH. Celle-ci se fonde sur une sorte de présomption de séropositivité selon laquelle tout le monde doit se protéger sous peine de s'exposer volontairement à une contamination. En ce sens, « nul ne devrait pouvoir s'en remettre aux

d'une maladie transmissible épidémique » par un « comportement imprudent ou négligent » aurait été passible d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende. Cette disposition a été supprimée par l'Assemblée nationale.

¹²⁶ Avis sur la pénalisation de la transmission sexuelle du VIH, 27/04/2007.

¹²⁷ La théorie *Bewusste eigenverantwortliche Selbstgefährdung* pose comme principe que l'absence de protection implique une exposition volontaire à la contamination.

assurances d'une autre personne qui affirmerait n'être pas contaminée, car même la 'bonne foi' ne peut être tenue pour gage de vérité médicale »¹²⁸

Bien que le *barebacking* ne soit pas encore arrivé aux tribunaux, la doctrine considère « qu'il n'y a aucune raison, ni de droit ni de fait, pour que l'auteur d'une contamination consciente et volontaire par voie sexuelle échappe à sa responsabilité pénale »¹²⁹. De surcroît, ces dernières années, un discours emprunté de panique morale s'est installé sur la scène publique : « Mise en danger de la vie d'autrui », « coups et blessures », « empoisonnement », « homicide involontaire »... Les individus séropositifs se livrant à la pratique du *barebacking* sont devenus des « criminels en puissance » et des « grenades sexuelles »¹³⁰.

Ce choix répressif de la gestion du sida produit un changement radical dans le traitement politique et juridique de l'épidémie. En effet, le CNS s'est toujours prononcé contre la pénalisation de la transmission volontaire du VIH¹³¹. L'abandon du principe de responsabilisation partagée et la création du statut de victime pour celui qui s'est consciemment et volontairement exposé au risque de contamination peuvent provoquer la stigmatisation des séropositifs perçus comme des bourreaux. De même, cette situation crée un climat de suspicion généralisée qui inciterait les personnes à ne pas se faire dépister car l'ignorance de l'état sérologique deviendrait le seul moyen d'échapper aux poursuites pénales.

Conclusion

On peut partager le désarroi de victimes qui se sont trouvées face à des individus qui sont allés jusqu'à la falsification d'analyse sanguin pour prouver au partenaire une fausse séronégativité induisant à l'abandon du préservatif. On peut comprendre qu'elles demandent des sanctions pénales. Mais, il ne faut pas oublier, comme le souligne l'ONUSIDA, que la répression ne contribue pas à freiner la transmission du VIH car elle n'entraîne pas nécessairement une modification du comportement sexuel. Surtout la généralisation de la solution pénale nuit aux politiques de santé publique : « si le recours au droit pénal est justifié dans certains cas, rien ne permet d'affirmer que c'est toujours la réponse la mieux appropriée »¹³². Enfin le CNS montre le chemin à suivre : « Des sanctions de surveillance qui incluent un accompagnement social (mesure de sursis avec mise à l'épreuve, placement sous surveillance électronique, mesure de semi-liberté, mesure de suivi socio-judiciaire, contrainte pénale) et des sanctions citoyennes (travail d'intérêt général), devraient être préférées à des mesures de privation de liberté, sous réserve de satisfaire aux conditions de quantum de la peine »¹³³.

3. La liberté et la pandémie Covid-19

Face à la pandémie, la France a adopté la doctrine des circonstances exceptionnelles développée par le Conseil d'Etat en 1918 et selon laquelle l'Etat est en mesure d'adopter des restrictions aux libertés fondamentales. Si la nécessité de certaines restrictions semble

¹²⁸ F. Ocqueteau, « La répression pénale dans la lutte contre le sida, solution ou alibi ? » in E. Heilmann, *Sida et Libertés, la régulation d'une épidémie dans un état de droit*, Actes Sud, 1991 (actes du colloque organisé par D. Borrillo, Strasbourg 1990).

¹²⁹ A. Prothais, « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », Recueil Dalloz 2006 p. 1068.

¹³⁰ « Homos : la capote n'a plus la cote », *Libération*, 11/10/2000.

¹³¹ CNS Avis du 25 juin 1991 et du 27 avril 2006.

¹³² ONUSIDA, « Droit pénal, santé publique et transmission du VIH. Etude des politiques possibles », Genève, 2002.

¹³³ *Recommandations sur la pénalisation de la transmission sexuelle du VIH en France*, 2015.

indiscutable, il est toutefois impérieux de déterminer si le cadre juridique dans lequel ces restrictions s'organisent garantit suffisamment leur nécessité et leur proportionnalité.

L'Observatoire des Libertés Confinées*

L'observatoire assure un état des lieux actualisé de près de 46 restrictions apportées aux libertés et droits fondamentaux pendant l'épidémie de Covid-19. Sans remettre en cause le principe selon lequel les libertés individuelles peuvent être limitées dans certaines circonstances, *GenerationLibre* souhaite par cet outil attirer l'attention sur deux points. Le premier est que toute restriction apportée aux droits et libertés doit être pleinement justifiée et, surtout, proportionnée. Il appartient à l'Etat d'expliquer pourquoi il lui est impossible ou difficile de lutter contre le virus sans mettre en œuvre cette mesure restrictive. Par cette veille, nous voulons nous assurer que toutes les libertés suspendues seront bien rendues aux Français. Le second est que l'Etat a tendance à se renforcer au gré des crises et à maintenir les mesures restrictives annoncées comme temporaires. Des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence déclenché après les attaques terroristes ont été introduites, en 2017, dans le droit commun.

Cet Observatoire se concentre sur les mesures de portée générale et nationale adoptées par l'Etat dans quatre domaines : l'Etat de droit et la démocratie, les libertés publiques, les libertés économiques et le droit du travail. Il opère un suivi hebdomadaire des mesures qui se trouvent rangées dans trois catégories : celles pleinement en vigueur, celles partiellement levées ou assouplies et enfin celles ayant été supprimées.

L'Observatoire est un outil civique et participatif. Il vise à informer le grand public et à aider tous ceux qui souhaitent y voir plus clair dans la situation actuelle. Il est ouvert aux commentaires et aux propositions.

* *GenerationLibre* : Vincent Delhomme, participation Daniel Borrillo

V.- LIBERTE ET RELIGION

Plutôt que de la liberté de religion, mes tribunes portent sur le rapport souvent tendu entre la liberté et la religion en particulier celle qui demeure majoritaire en France à savoir le catholicisme. Au-delà de la critique que je porte à l'institution, je constate néanmoins une évolution depuis l'élection du Pape François et surtout je considère qu'il est possible de faire une lecture du christianisme comme étant compatible avec les principes du libéralisme toujours ayant comme toile de fond la séparation entre le for intérieur (moral) et la vie publique (droit).

1. Libéralisme et catholicisme

*Le libéralisme est-il incompatible avec le catholicisme ?**

Il existe une idée répandue selon laquelle les valeurs du catholicisme rendent incompatible celui-ci avec la philosophie libérale. Certes, de l'encyclique *Rerum Novarum* de Léon XIII à *Laudato Si* de François en passant par *Quadragesimo Anno* de Pie XI ou encore *Mater et Magistra* de Jean XXIII, la doctrine de l'Eglise condamne les dérives des économies libérales telles que « *le profit comme motif essentiel du progrès économique, la concurrence comme loi suprême de l'économie, la propriété privée des biens de production comme un droit absolu, sans limites ni obligations sociales correspondantes* »¹³⁴

Cependant, une contextualisation historique des condamnations du libéralisme économique par l'Eglise et un retour aux sources du christianisme permettrait de mieux comprendre et, en quelque sorte, de relativiser les tensions entre ces deux philosophies qui ont profondément marqué, et marquent encore, l'histoire politique de l'Occident.

La fin du XIX^{ème} siècle, période de parution de l'encyclique *Rerum Novarum*, était caractérisée par la Révolution industrielle et la conséquente « *concentration dans les mains de quelques-uns de l'industrie et du commerce (...) qui impose un joug presque servile à l'infinie multitude des prolétaires* ». Cette situation d'injustice sociale menaçait d'octroyer au communisme le monopole de la contestation politique est surtout risquait d'aboutir à l'abolition de la propriété privée¹³⁵, considérée par l'Eglise comme de droit naturel¹³⁶.

De surcroît, force est de constater que les réformes anticléricales effectuées depuis la Révolution française ont ébranlé fortement l'Eglise catholique¹³⁷. Aussi, des sentiments anticléricaux sont répandus dans toute l'Europe si bien que dans la dernière moitié du XIX^e siècle, les gouvernements de l'Italie, l'Espagne, la Belgique, l'Autriche, la France et l'Allemagne ferment les écoles catholiques, dissolvent les ordres monastiques, suppriment les privilèges du clergé, et saisissent les biens de l'Eglise.

* *Contrepoints*, 21/06/2021

¹³⁴ Paul VI, encyclique *Populorum Progressio* (1967) et lettre apostolique *Octogesima adveniens* (1971)

¹³⁵ « *Ainsi, cette conversion de la propriété privée en propriété collective, préconisée par le socialisme, n'aurait d'autre effet que de rendre la situation des ouvriers plus précaire, en leur retirant la libre disposition de leur salaire et en leur enlevant, par le fait même, tout espoir et toute possibilité d'agrandir leur patrimoine et d'améliorer leur situation.* » : *Rerum novarum* (1891).

¹³⁶ « *...la propriété privée et personnelle est pour l'homme de droit naturel (...) le premier principe sur lequel doit se baser le relèvement des classes inférieures est l'inviolabilité de la propriété privée* » : *Rerum Novarum*.

¹³⁷ Dès 1793 se met en place en France une politique de déchristianisation se traduisant notamment par la fermeture des églises, l'instauration d'un culte de la Raison, la suppression du calendrier grégorien et l'exécution de deux à trois mille prêtres réfractaires.

Face à la menace du socialisme non seulement contre la propriété privée mais aussi contra la liberté religieuse, Rome développe un magistère critique sur l'abus du « progrès » économique : la doctrine sociale de l'Eglise. Celle-ci commence par rappeler le caractère naturel de la propriété privée comme condition *sine qua non* d'une vie digne : « *La propriété et les autres formes de pouvoir privé sur les biens extérieurs contribuent à l'expression de la personne et lui donnent l'occasion d'exercer sa responsabilité dans la société et l'économie... [elles] assurent à chacun une zone indispensable d'autonomie personnelle et familiale ; il faut les regarder comme un prolongement de la liberté humaine* »¹³⁸. La justification cléricale des limites de la propriété privée est très proche de celle de Locke : les besoins personnels nécessaires à l'homme pour assurer sa subsistance et les besoins des autres. Saint Thomas avait déjà établi qu'il était nécessaire d'attribuer aux particuliers et non à la collectivité le droit de cultiver et de faire valoir les biens avec la limite d'user de sa propriété de manière de la rendre utile à tous (*Somme Théologique* IIa IIae question 66 al.2). Aussi, selon l'Eglise, « *quand une entreprise génère du profit, cela signifie que les facteurs productifs ont été dûment utilisés et les besoins humains correspondants convenablement satisfaits* »¹³⁹. La parabole des talents de l'apôtre Matthieu montre bien que Dieu récompense ceux qui font fructifier leurs biens avec un rendement juste (Matthieu XXV, 14-30).

Le prêtre Robert Sirico analyse depuis plusieurs années les rapports entre l'économie du marché et l'anthropologie catholique (*Catholique et libéral. Les raisons morales d'une économie libre*, Ed. Salvator, Paris 2018) et souligne que « *en rendant leur liberté aux plus démunis, c'est à dire en leur donnant les moyens de s'en sortir seuls, on leur rend leur dignité. Aucun autre système économique que le capitalisme n'y a réussi de façon aussi éclatante* ». La réalité lui donne raison puisque la diminution de la pauvreté, tant désirée par l'Eglise, fut possible grâce au libéralisme économique mis en place de manière globale depuis les années 80. En effet, selon la Banque mondiale, le nombre d'êtres humains vivant dans l'extrême pauvreté serait passé de près de 2 milliards en 1990, à 702 millions en 2015, soit de 37 % à 9,6 % de la population mondiale en seulement 25 ans dans une situation d'augmentation démographique exponentielle.

Au-delà de la question économique, le libéralisme se caractérise aussi et surtout par d'autres principes fondateurs tels que l'individualité, la liberté morale, l'universalisme, la tolérance, la sécularisation et les droits de l'homme.

Concernant l'essor de l'individu en Occident, Ernst Troeltsch dans son ouvrage, *Les Doctrines sociales des églises et groupes chrétiens* (1911) montre que « l'homme est un individu-en-relation-à-Dieu ». Le christianisme est une religion de salut et celui-ci est chose individuelle. En effet, « *le Fils de l'homme rendra à chacun selon ses œuvres* », dit Saint Matthieu (XVI, 28). Sous un autre angle, le nominalisme du franciscain Guillaume D'Occam (XIVème siècle) a démontré également que les choses collectives ou générales n'ont d'existence que dans le langage, seules les choses individuelles existent dans la réalité. Et, plus récemment, Ludwig von Mises a raison d'affirmer que : « *une collectivité n'a pas d'existence et de réalité, autres que les actions des individus membres. La vie d'une collectivité est vécue dans les agissements des individus qui constituent son corps. Il n'existe pas de collectif social concevable, qui ne soit opérant à travers les actions de quelque individu. La réalité d'une entité sociale consiste dans*

¹³⁸ Concile Vatican II, *Gaudium et spes* (1965)

¹³⁹ Jean-Paul II, *Centesimus annus* (1991)

le fait qu'elle dirige et autorise des actions déterminées de la part d'individus. Ainsi la route pour connaître les ensembles collectifs passe par l'analyse des actions des individus »¹⁴⁰.

Le libre arbitre est à l'origine de toute la réflexion philosophique sur la liberté et la responsabilité individuelles. La Patristique (Saint Augustin) et la Scholastique (Saint Thomas) ont élaboré, sur la base de la philosophie grecque, le *liberum arbitrium* comme *facultas voluntatis et rationis* (faculté de la volonté et la raison). L'individu est tenu pour moralement responsable de ses actes ce qui serait impossible s'il n'était pas doué de liberté.

Aussi bien le catholicisme que le libéralisme constituent des philosophies universalistes : « *Il n'y a plus ni Juif ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme ; car tous vous êtes un en Jésus Christ* » écrit l'apôtre Paul aux Galates. L'adjectif catholique (du grec *Katholikos*) signifie justement universel. Ayant rompu avec tout ancrage ethnique, le christianisme est, à ne pas en douter, la religion la plus mondialisée.

L'esprit de tolérance me semble également une valeur commune du libéralisme et du catholicisme. Le récit de la femme adultère de l'apôtre Jean met en lumière la primauté du pardon sur le jugement : « *Que celui qui n'a jamais péché jette la première pierre* ». Le cercle proche de Jésus était constitué d'hommes hétéroclites et d'une ancienne prostituée qui avaient en commun l'amitié et la confiance en Christ (Jean XV). Plus récemment, le Concile Vatican II a invité les catholiques à respecter les croyances de ceux qui ne sont pas en communion avec l'Église. D'une manière générale, le pape François invite à la tolérance lorsqu'il affirme « *Nous devons faire passer la miséricorde avant le jugement et, de toute façon, le jugement de Dieu sera toujours fait à la lumière de sa miséricorde* »

Si l'histoire de l'Église contredit trop souvent le principe de séparation du pouvoir religieux et politique, il est toutefois certain que le principe demeure. En effet, lorsque Jésus est interpellé sur la nécessité ou non de payer l'impôt à César, il répond : « *Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu* » : voilà la première formule de séparation des Églises et de l'État. La distinction semble étonnement claire aussi lorsque Jésus refuse toutes les tentations du pouvoir et en particulier celle de satan l'invitant à s'emparer de tous les royaumes de la terre¹⁴¹.

Enfin, si tout au long du XIX^e siècle l'Église était le premier opposant de la philosophie des droits de l'Homme prônant plutôt les droits de Dieu vis-à-vis de l'individu qui n'a que des devoirs, depuis 1963 avec l'encyclique *Pacem in terris* et avec la *Déclaration sur la liberté religieuse* de 1965, le catholicisme ouvre la porte sans ambiguïté aux droits de l'Homme se rapprochant ainsi de la démocratie libérale.

Si c'est au sein des sociétés d'origine chrétienne que le libéralisme a pu trouver le terrain le plus fécond pour son essor, c'est également au sein des démocraties libérales (là où l'Etat est neutre à l'égard du religieux) que le catholicisme a été, et demeure, le mieux protégé¹⁴².

Les rapports conflictuels entre libéralisme et catholicisme ont fini par produire une sorte de domestication réciproque : l'un a obligé l'autre à humaniser l'économie, c'est-à-dire ne pas s'accommoder des inégalités et l'autre à faire comprendre la différence entre les valeurs et la

¹⁴⁰ Ludwig von Mises *L'action humaine : Traité d'économie*. Traduit de l'anglais par R. Audouin, « Libre échange », Paris, PUF, 1985.

¹⁴¹ Mt IV, 1-11 ; Mc I, 12-13 ; Lc IV, 1-13

¹⁴² L'Index Mondial de Persécution des Chrétiens montre que celle-ci s'effectue en premier lieu en Corée du Nord et dans les théocraties islamiques.

loi : les premières doivent demeurer dans le for intérieur car c'est quelque chose qui ne peut pas être commandé mais laissé à la libre initiative de chacun.

Au catholicisme conservateur qui fait de la religion un pur instrument identitaire subordonnée à une rationalité politique¹⁴³, il faudrait rappeler que l'ennemi n'est pas le libéralisme ou la modernité mais cette nouvelle forme de repli sur soi, de nationalisme de l'exclusion fondé sur un christianisme sans Christ.

Les libéraux anticléricaux devraient quant à eux réfléchir à cette analyse de Tocqueville : « *c'est par une espèce d'aberration de l'intelligence, et à l'aide d'une sorte de violence morale exercée sur leur propre nature, que les hommes s'éloignent des croyances religieuses ; une pente invincible les y ramène. L'incrédulité est un accident ; la foi seule est l'état permanent de l'humanité (...) La religion qui, chez les Américains, ne se mêle jamais directement au gouvernement de la société, doit donc être considérée comme la première de leurs institutions politiques ; car, si elle ne leur donne pas le goût de la liberté, elle leur en facilite singulièrement l'usage* »¹⁴⁴

C'est cet équilibre fragile entre « catholicisme de la conscience » et « libéralisme de la Cité » qui me semble demeurer encore le meilleur compromis pour la vie en société.

L'obsession vaticane*

Dans une récente lettre aux évêques, le Vatican a durement condamné la pensée féministe comme étant à l'origine de la guerre des sexes et de l'indifférenciation sexuelle. A vouloir s'éloigner de son destin biologique, la femme trahit, selon l'Eglise, sa nature altruiste, « sa capacité physique à donner la vie » et son « sens et le respect des choses concrètes qui s'opposent aux abstractions ».

A l'origine de cette dénaturation de la femme : le féminisme. D'après le Vatican, cette idéologie cause non seulement un préjudice aux femmes, mais elle a encouragé une « anthropologie qui entendait favoriser des visées égalitaires pour la femme en la libérant de tout déterminisme biologique, a inspiré en réalité des idéologies qui promeuvent par exemple la mise en question de la famille, de par nature biparentale, c'est-à-dire composée d'un père et d'une mère, ainsi que la mise sur le même plan de l'homosexualité et de l'hétérosexualité, un modèle nouveau de sexualité polymorphe ». Nous voici donc, une nouvelle fois, face à la question qui obsède l'Eglise catholique depuis les épîtres de l'apôtre Paul jusqu'aux lettres du cardinal Ratzinger, en passant par les enseignements théologiques de Jean Chrysostome, Augustin, Pierre Damien et Thomas d'Aquin, parmi tant d'autres.

En janvier 2003, le Vatican avait déjà publié une « Note doctrinale » sur certaines questions concernant la participation des catholiques dans la vie politique, dans laquelle il appelle à voter contre les lois relatives à l'avortement, au divorce, à la reconnaissance des unions de même sexe... Mais, en ce qui concerne ces dernières, l'exhortation ecclésiastique semble à l'évidence insuffisante : un énième document, Considérations à propos des projets de reconnaissance juridique des unions entre personnes homosexuelles, paru un an avant la condamnation du

¹⁴³ En 1926 le Pape condamna l'Action française de Charles Maurras, jugeant que l'instrumentalisation de la foi à des fins politiques devenait intolérable et compromettait l'universalisme du catholicisme.

¹⁴⁴ Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. I, 2ème partie, ch. 9.

* *Le Monde* 06/09/2004

féminisme, rappelle à nouveau la position traditionnelle de l'Eglise catholique. Position étonnante pour cette « experte en humanité », comme elle s'auto-qualifie, qui ne s'est jamais souciée de la violence domestique contre les femmes ou des crimes homophobes.

Bien qu'elle ait fait preuve d'un certain courage en demandant publiquement pardon à quelques-unes de ses victimes historiques, notamment Galilée, la communauté juive ou les anciens esclaves, l'Eglise ne s'est jamais repentie des atrocités commises contre les « sorcières » ou les « sodomites »; bien au contraire, elle persiste à justifier les discriminations dont ils sont encore victimes. Dans ce document de la *Congrégation pour la doctrine de la foi*, le Vatican souligne que les condamnations bibliques demeurent d'actualité. Rappelons-nous l'extrême violence des textes en question : « L'homme qui couche avec un homme comme on couche avec une femme, c'est une abomination qu'ils ont tous deux commise, ils devront mourir, leur sang tombera sur eux » (Lévitique, XX, 13); « Des hommes de même, rejetant l'alliance des deux sexes, qui est selon la nature, ont été embrasés d'un désir brutal les uns envers les autres, l'homme commettant avec l'homme une infamie détestable, et recevant ainsi en eux-mêmes la juste peine qui était due à leur aveuglement » (Epître de Paul aux Romains, I, 27).

La dernière version du Catéchisme renforce la position officielle : « ... la Tradition a toujours déclaré que les actes d'homosexualité sont intrinsèquement désordonnés, ils sont contraires à la loi naturelle. Ils ferment l'acte sexuel au don de la vie. Ils ne procèdent pas d'une complémentarité affective et sexuelle véritable. Ils ne sauraient recevoir l'approbation en aucun cas. »

Lors du débat sur le pacs, les évêques de France ont qualifié la proposition de loi d'« inutile et dangereuse » en considérant que « seule la relation entre un homme et une femme peut être qualifiée de couple, car elle implique la différence sexuelle, la dimension conjugale, la capacité à exercer la paternité et la maternité. L'homosexualité ne peut pas, à l'évidence, représenter cet ensemble symbolique ».

Alors que la majorité des pays de l'Union européenne dispose déjà de lois reconnaissant d'une manière plus ou moins étendue la vie affective des homosexuels, ceux qui sont sous l'influence du christianisme catholique ou orthodoxe peinent à faire évoluer leur législation dans ce sens. Aujourd'hui, ce n'est pas seulement du côté du législateur que l'égalité des couples commence à gagner du terrain, mais grâce aussi à l'action de la Cour européenne des droits de l'homme. Au moment même où le Vatican publiait ses exhortations anti-homosexuelles, les juges de Strasbourg sanctionnaient l'Autriche en donnant raison à un homosexuel viennois qui n'a pas pu bénéficier du transfert du bail de l'appartement qu'il partageait avec son compagnon décédé du sida.

Force est de constater qu'un lobbying conservateur intense et permanent s'exerce dans toutes les instances du pouvoir politique. L'idéologie familialiste, cheval de Troie de l'Eglise catholique, a retrouvé de vieux ennemis : les gays, les lesbiennes et les féministes. Ennemis plus imaginaires que réels, car les dernières données statistiques montrent bien que le pacs n'a pas affaibli la famille hétérosexuelle. Bien au contraire, le nombre des mariages et le taux de natalité ne cessent d'augmenter en France. De même, les pays du nord de l'Europe ainsi que le Canada ont adopté des lois élargissant le droit au mariage ou à l'adoption d'enfants par des couples homosexuels sans pour autant négliger les politiques de soutien aux familles traditionnelles.

Face au dogme, il est vain d'argumenter. L'Eglise est « naturellement » homophobe et antiféministe. Cela n'a rien de nouveau. La nouveauté de l'offensive cléricale ne se trouve pas dans la violente condamnation de l'amour « contre nature », mais dans la manière dont l'Eglise exhorte les parlementaires et autres autorités politiques à intervenir contre les législations qui reconnaissent les unions homosexuelles, soit en exprimant leur désaccord s'il s'agit d'un projet de loi, soit en faisant en sorte que l'on abroge la loi ou que l'on limite ses effets, s'il s'agit d'un texte en vigueur.

Cette injonction à « s'opposer de manière claire et incisive » aux dispositions juridiques établissant une égalité entre les « familles normales » et les couples de même sexe constitue une ingérence grave du religieux dans le politique. Outre son caractère ouvertement antidémocratique, cette incitation à la discrimination des citoyens du seul fait de leur sexe et de leur orientation sexuelle mine le socle sur lequel repose le principe de laïcité : l'Etat n'exerce aucun pouvoir spirituel et les Eglises aucun pouvoir politique.

La séparation des Eglises et de l'Etat est aujourd'hui un impératif plus que jamais nécessaire dans une Europe menacée par les intégrismes religieux, dont l'intégrisme le plus « familial », le plus « naturel » et le plus « traditionnel », celui qu'incarne l'autorité catholique.

François est-il aussi ouvert aux mœurs qu'aux pauvres ?*

Daniel Borrillo, juriste, et Thibaud Collin, professeur de philosophie au Collège Stanislas, à Paris, répondent à la question.

Dimanche 4 octobre, le Pape François a célébré la messe d'ouverture du synode de deux ans sur la Famille. Trois cent soixante évêques prendront part à cette assemblée et débattront de cette question jusqu'au 25 octobre. Au cours de cette cérémonie, le souverain pontife a tenu à rappeler le caractère indissoluble du mariage qui ne peut réunir qu'un homme et une femme, selon le dogme catholique. Il a cependant aussi demandé à ce que l'Eglise ne se détourne pas de « quiconque demande aide et soutien », visant ainsi, sans les nommer, les personnes divorcées, en union libre ou homosexuelles. Mais quel sens donner à la charité à l'intérieur d'une Eglise rénovée, s'interrogent **Daniel Borrillo**, juriste, et **Thibaud Colin**, philosophe.

Daniel Borrillo :

*« Deux courants idéologiques s'opposent au sein du synode de la famille à Rome. L'un incarné par Benoît XVI, fait de la famille un modèle immuable, l'autre représenté par François tente d'insérer les familles dans une autre tradition, celle relative à la question sociale, si chère à Jean XXIII. Deux méthodes se confrontent dans ce débat, l'une considère que la norme doit s'appliquer coûte que coûte (*dura lex sed lex*), l'autre, propre à la casuistique des jésuites, entend appliquer le modèle aux cas concrets avec une certaine souplesse. Si la famille est une question morale, ceux et celles qui ne se conforment pas au modèle doivent être exclus ou tout au moins ne peuvent pas participer de la communion de la même manière que ceux et celles qui s'y accommodent. Pas de salut donc pour les mères célibataires, les familles recomposées, les divorcés, les couples de même sexe et les familles homoparentales. En revanche, si la famille peut être regardée sous le prisme de la question sociale et si l'Eglise est un « hôpital de*

* *Le Monde* 09/10/2015

campagne », comme le souhaite François, alors la porte s'ouvrira pour accueillir toutes les familles. »

Thibaud Collin :

« François n'est pas un homme politique en charge d'un programme ayant des options personnelles telles que " gauche du travail " et « droite des valeurs ». François est pape et à ce titre il ne se perçoit pas comme mesure de l'Évangile qu'il a charge d'annoncer à tous ses contemporains. Dès lors, comme pasteur il veut rejoindre chacun là où il est, quelle que soit sa situation de vie conjugale et l'épaisseur de son portefeuille. Pour lui dire quoi ? Que le Christ l'aime de manière inconditionnelle et l'appeler à se mettre à sa suite dans le concret de sa vie quotidienne. Le pape ne s'inscrit ni donc dans une logique d'assistanat ni dans une logique de condamnation de tel type sociologique. Il exhorte chacun à la justice et la charité dans ses relations à autrui, avec une attention particulière à tous les "blessés de la vie ". L'Église est selon ses mots "un hôpital de campagne" mais un hôpital dont le but n'est pas d'abord la guérison physique ou sociale mais le salut éternel. »

« Pape François, les gays et les lesbiennes catholiques attendent beaucoup de vous !

Le spectaculaire *coming out* d'un prêtre polonais et les sévères sanctions dont il a fait l'objet relancent la question de l'homosexualité en plein synode sur la famille à Rome. En dissociant l'homosexualité des homosexuels, l'Église catholique avait trouvé le moyen de sortir du registre de la sanction des personnes pour mettre l'accent sur l'immoralité de l'acte réprouvé. En un mot, il s'agit de condamner le péché plutôt que le pécheur. Les paroles du pape François dans l'avion qui le ramenait du Brésil en 2013 : *« Si une personne est homosexuelle et cherche vraiment le Seigneur, qui suis-je pour la juger ? »*, s'inscrivent aisément dans cette logique.

Considérée comme un *« phénomène moral et social inquiétant »*, l'homosexualité est qualifiée de *« péché gravement contraire à la chasteté. Pour l'Église, les actes homosexuels « ferment l'acte sexuel au don de la vie. Ils ne procèdent pas d'une complémentarité affective et sexuelle véritable. Ils ne sauraient recevoir d'approbation en aucun cas. »* En revanche, les homosexuels, hommes et femmes, doivent être accueillis avec amour et commisération.

Cette tolérance compassionnelle à l'égard des individus accompagnée d'une condamnation ferme de toute politique de banalisation de l'homosexualité articule le magistère. *« Un certain nombre, non négligeable, d'hommes et de femmes présentent des tendances homosexuelles foncières »*, constate le catéchisme ; *« ils ne choisissent pas leur condition homosexuelle ; elle constitue pour la plupart d'entre eux une épreuve. »* L'idée que l'orientation sexuelle soit exclusivement innée est nouvelle. La tradition théologique avait plutôt tendance soit à considérer qu'il existait deux types d'homosexualité (innée et acquise), soit à penser plutôt qu'en tant que péché elle ne pouvait être que le fruit d'un choix délibéré.

« Un mal moral »

Si les homosexuels peuvent être tolérés, c'est à condition que leur orientation sexuelle soit vécue dans l'abstinence et le silence. Autrement dit, elle ne doit nullement perturber l'ordre hétérosexuel en tant qu'ordre naturel instauré par Dieu. Seule l'hétérosexualité correspond à l'exigence de différenciation car, pour l'enseignement de l'Église, c'est uniquement le désir

sexuel pour des personnes du sexe opposé qui est à l'origine de la reconnaissance de l'altérité, aussi bien d'un point de vue affectif que moral et spirituel.

Dans la « Lettre aux évêques de l'Eglise catholique sur la collaboration de l'homme et de la femme dans l'Eglise et dans le monde », la congrégation pour la doctrine de la foi condamne la pensée féministe et la théorie du genre comme étant une idéologie qui tend à « *gommer la différence des sexes*. Cette différence, inscrite dans la biologie, doit également se manifester dans la vie culturelle. Le féminisme et le mouvement homosexuel sont accusés d'occulter cette différence.

Après avoir qualifié l'homosexualité comme un « *mal moral* » et comme un « *désordre objectif, contraire à la sagesse créatrice de Dieu* », Benoît XVI, alors cardinal Ratzinger, va jusqu'à légitimer le développement de l'homophobie de la manière suivante : « *Cependant, la saine réaction contre les injustices commises envers les personnes homosexuelles ne peut en aucune manière conduire à affirmer que la condition homosexuelle n'est pas désordonnée. Quand on accueille de telles affirmations et dès lors admet comme bonne l'activité homosexuelle, ou quand on introduit une législation civile pour protéger un comportement auquel nul ne peut revendiquer un droit quelconque, ni l'Eglise ni la société dans son ensemble ne devraient s'étonner que d'autres opinions et pratiques déviantes gagnent également du terrain et que croissent les réactions irrationnelles et violentes.* »

Si l'Eglise a renoncé à la terminologie ancienne, n'utilisant jamais le mot « *sodomie* » ou l'expression « *contre-nature* », il n'en demeure pas moins que la représentation qu'elle véhicule de l'homosexualité demeure pratiquement la même depuis l'élaboration des premiers traités de morale sexuelle au début de l'ère chrétienne. Dire que l'homosexualité favoriserait la création d'un espace d'indifférenciation sexuelle n'a rien d'original, Jean Chrysostome dénonçait déjà ces effets au IV^e siècle. Tout désir est désir pour la différence, si l'homosexuel désire le même, ce n'est que parce qu'il est envahi par le démon, notait Pierre Damien au XI^e siècle. Thomas d'Aquin, au XIII^e siècle, comparait l'homosexualité au meurtre, puisqu'elle empêche l'engendrement de la vie. L'encouragement des amitiés homosexuelles, tout en interdisant le passage à l'acte, ne constitue pas non plus une nouveauté. Augustin estimait déjà que, si les amitiés masculines peuvent être considérées comme la source de l'amour le plus parfait, c'est à condition qu'elles soient complètement dépourvues de concupiscence et de plaisir charnel.

Farouchement opposée à la dépénalisation de l'homosexualité dans les pays de l'Europe de l'Est pendant les années 1990, l'Eglise catholique livre aujourd'hui ses nouveaux combats contre le mariage gay et la filiation homoparentale. Pour ce faire, elle a actualisé sa rhétorique. Les prescriptions bibliques trouveraient, d'après le Vatican, un sens qui peut être donné non pas tant par la théologie classique, mais plutôt par l'usage que l'Eglise entend faire de l'anthropologie et même de la psychanalyse.

Les gays et les lesbiennes catholiques attendent beaucoup du pape François : l'actuel synode sera le théâtre qui permettra de constater le changement ou la continuité de l'Eglise en la matière.

2. Neutralité éthique de l'Etat

L'idéal d'un Etat qui s'interdit de promouvoir une conception particulière du bien me semble le soubassement de la démocratie libérale. Comme le soulignait Benjamin Constant, « Prions l'autorité de rester dans ses limites ; qu'elle se borne à être juste. Nous nous chargerons d'être heureux »

Mariage pour tous et liberté de conscience*

Le 20 novembre 2012, devant l'Association des maires de France, le président François Hollande avait reconnu la liberté de conscience aux maires qui refuseraient de célébrer des mariages entre personnes du même sexe. Les déclarations du chef de l'Etat doivent être placées dans le contexte particulièrement tendu, suite à une pétition menée par le *Collectif des maires pour l'enfance* et *La ligue du sud* du maire d'Orange Jacques Bompard (ex-FN) contre le projet de loi « visant à ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe ». Jacques Pélissard (UMP), maire de Lons-le-Saunier, affirme dans une interview au *Point.fr* : « Je comprends que les maires puissent avoir des cas de conscience sur ce sujet, et la loi doit en tenir compte. Après tout, les médecins ont le droit de refuser de pratiquer une IVG. Pourquoi un maire ne pourrait-il pas bénéficier d'un droit de retrait s'il ne souhaite pas célébrer des unions entre deux personnes de même sexe ? Il y a un *modus vivendi* à trouver entre le respect de la loi et le respect des consciences ». Toutefois, plusieurs élus de droite, sans proclamer un enthousiasme excessif, ont fait savoir qu'ils appliqueraient la loi ou, au pire, délégueraient à un adjoint, comme l'a affirmé l'ancien ministre Laurent Wauquiez.

Le débat soulevé par le chef de l'Etat, même s'il est revenu rapidement sur ces propos en affirmant que la loi « va s'appliquer partout, dans toutes les communes », mérite que l'on s'arrête un moment car les propos sont particulièrement graves.

La responsabilité des maires en tant qu'officiers de l'état civil

Le maire est seul chargé de l'administration de la commune, mais il peut déléguer une partie de ses fonctions dans les conditions prévues par l'article L.2122-18 et suivants du code général des collectivités territoriales. Le Conseil d'Etat rappelle qu'une délégation, pour être régulière, doit porter sur des attributions effectives, identifiées de façon suffisamment précise pour permettre d'en apprécier la consistance¹⁴⁵. Dans le respect de ces conditions, un maire peut déléguer la célébration du mariage tout en s'assurant qu'il aura un de ses adjoints qui le fera sous peine d'engager sa responsabilité pénale. Ainsi, dans une décision du 1^{er} septembre 2011, la Cour d'appel de Papeete a affirmé qu'un maire refusant de célébrer le mariage d'une transsexuelle « a commis en connaissance de cause, un acte positif entrant dans les prévisions de l'article 432-1 du code pénal, dans la mesure où ce refus faisait échec à l'application de la loi sur le mariage ».

La responsabilité administrative du maire peut également être engagée. En effet, l'article L2122-16 du Code général des collectivités territoriales statue : « Le maire et les adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée qui n'excède pas un mois. Ils ne peuvent être révoqués que par décret motivé pris en conseil des ministres. Le recours contentieux exercé contre l'arrêté de suspension ou le décret de révocation est dispensé du ministère d'avocat. La révocation emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions

* *Médiapart*, 10/12/2012

¹⁴⁵ C. E., 21 juillet 2006, commune de Boulogne-sur-Mer, 279504, ment. Rec. Leb.

de maire et à celles d'adjoint pendant une durée d'un an à compter du décret de révocation à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux ».

Liberté de conscience, clause de conscience et objection de conscience

La liberté de conscience apparaît comme la notion la plus générale permettant d'englober deux autres concepts spécifiques : la clause de conscience et l'objection de conscience. La première est un droit dévolu en France aux journalistes qui leur permet, en cas de changement de la situation juridique de l'employeur, de cessation de la publication ou de modification de la ligne éditoriale de l'organe de presse, de démissionner tout en entraînant l'application du régime juridique du licenciement. L'objection de conscience, créée par la loi du 21 décembre 1963, permettait aux jeunes gens, qui se déclarent « en raison de leurs convictions religieuses ou philosophiques, opposés en toutes circonstances à l'usage personnel des armes », de satisfaire à leurs obligations, « soit dans une formation militaire non armée, soit dans une formation civile assurant un travail d'intérêt général ». Afin d'ordonner le débat, il semble utile d'écarter ces deux notions pour conserver celle de liberté de conscience. D'origine religieuse, la liberté de conscience permet d'opposer une conviction personnelle profonde à une prescription établie par la loi. Selon Jean Rivero, la liberté de conscience est une déclinaison de la liberté d'opinion qui consisterait dans la liberté de choisir sa vérité dans quelque domaine que ce soit, et elle prendrait le nom de liberté de conscience lorsqu'elle a pour objet l'attitude de l'homme à l'égard de la morale et de la religion¹⁴⁶. Dans le cas qui retient notre attention, certains maires qui considéreraient l'homosexualité moralement condamnable ou socialement nuisible, invoqueraient leur for intérieur pour conformer leur attitude à cette conviction personnelle. Pour faire valoir la liberté de conscience, il est nécessaire que celle-ci ne soit pas fondée sur une simple opinion mais sur une véritable conviction se traduisant par « *des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* »¹⁴⁷.

Dans les démocraties modernes, l'homosexualité a cessé d'être considérée comme une infraction ou comme une maladie. Le 22 octobre 1981, dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume Unie*, la CEDH a statué que la loi pénale de l'Irlande du Nord condamnant les relations entre personnes de même sexe, constituait une violation au droit de la vie privée (article 8 de la Convention) et le maintien d'un âge différent pour le consentement aux relations homosexuelles n'est plus justifié par aucun motif "objectif et raisonnable", selon les juges de Strasbourg¹⁴⁸. En 1991, l'Organisation Mondiale de la Santé retire l'homosexualité de la liste des maladies mentales et un an plus tard l'homosexualité est enfin déclassifiée par tous les états signataires de la charte de l'OMS.

La controverse morale sur l'homosexualité n'a pas droit de cité dans l'espace argumentative démocratique, elle demeure donc confinée à la sphère religieuse. Ainsi, le Catéchisme de l'Eglise Catholique affirme que les actes homosexuels sont « intrinsèquement désordonnés, contraires à la loi naturelle » (CEC 2357). Dans les Ecritures, l'homosexualité est considérée comme une « dépravation grave » (Gn 19, 1-29 ; Lv 20, 13 ; Rm 1, 24-27 ; 1 Co 6, 10 ; 1 Tm 1, 10). La charia condamne fortement l'homosexualité dans toutes les écoles juridiques et, dans certains cas, prescrit la peine de mort comme sanction en cas de pratique. Cette conception de l'homosexualité ne peut nullement être acceptée comme fondement d'une quelconque liberté de conscience.

¹⁴⁶ Rivero, J., *Les libertés publiques*, T. II, PUF, coll. Thémis, 4^e éd. 1989, p. 173.

¹⁴⁷ CEDH, *Campbell et Cosans c./ Royaume Uni*, 25/02/1982.

¹⁴⁸ CEDH, *L et V c. Autriche et S.L c. Autriche*, 09/01/2003.

Pour illustrer notre analyse, imaginons un maire chrétien, catholique ou juif qui s'abriterait derrière la clause de conscience pour ne pas marier un couple de même sexe. Pour ce faire, il devrait justifier son geste par une contradiction insupportable entre la norme morale religieuse et la norme juridique. Imaginons que cette contradiction soit acceptée, il faut encore que sa liberté de conscience s'accommode de certains principes d'ordre public comme l'exige l'article 9-2 de la Convention européenne : « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* »

La jurisprudence nationale et européenne relative à l'objection de conscience et ses implications sont en effet bien loin d'être pleinement stabilisées et précisées. Néanmoins, il est incontestable que la liberté de conscience est protégée en tant que prérogative individuelle permettant d'échapper à une obligation juridique. Il s'agit, par exemple du soldat témoin de Jéhovah qui souhaite échapper aux obligations militaires non pas par intérêt ou par convenance personnelle mais en raison de convictions religieuses sincères¹⁴⁹ ou du médecin catholique qui ne souhaite pas réaliser une IVG. Ainsi, le principe de liberté de conscience a été accordé aux médecins par les lois du 17 janvier 1975 et du 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse, qui, en modifiant le Code de santé publique, leur permettent de refuser de pratiquer l'IVG (ou une stérilisation à visée contraceptive) en cas de désaccord moral. Le médecin a toutefois l'obligation de préciser son refus à la femme enceinte dès le premier rendez-vous. Il est également obligé d'informer la femme enceinte et de la rediriger vers d'autres professionnels de la santé. Cette disposition s'applique également aux sages-femmes, infirmiers et auxiliaires médicaux, ainsi qu'aux établissements hospitaliers (article 162.8).

La liberté de conscience pour un maire pose un sérieux problème non seulement sur « l'objet » de la clause de conscience : l'homosexualité, mais aussi sur le sujet qui la réclame : un représentant de l'Etat. Elle ne vise nullement un représentant de l'Etat qui, dans l'exercice de ses fonctions et indépendamment de ses convictions est obligé de respecter la loi sous peine de graves sanctions, comme nous l'avons signalé plus haut. Ni par rapport à l'objet (l'homosexualité), ni par rapport au sujet (l'Officier de l'état civil), la liberté de conscience ne peut être invoquée. Il est bien dommage pour la démocratie que le Président de la République ait pu l'évoquer....

¹⁴⁹ CEDH, Grande Chambre, 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*

VI. La liberté animale

*La question n'est pas : peuvent-ils raisonner ? ni : peuvent-ils parler ? mais : peuvent-ils souffrir ? Au XVIIIe siècle Bentham avait posé clairement les termes du débat. Deux siècles plus tard, le mouvement de libération animale verra le jour avec la publication du livre de Peter Singer, *Animal Liberation*, (1975) pour « mettre fin au parti-pris spéciste actuel qui empêche que soient pris en compte sérieusement les intérêts des animaux non humains. »*

1. L'esclavage animal

Le nouveau zoo de Vincennes et les vieux démons du colonialisme animal*

A écouter les autorités du nouveau parc zoologique de Paris, les bêtes sauvages ne demanderaient qu'une chose, c'est de venir s'enfermer à Vincennes : « *reconstitution des milieux naturels* », « *acclimatation des espèces* », « *possibilité de laisser les animaux s'exprimer comme dans la nature* », « *protection des espèces menacées* » ... « *L'animal est au cœur du dispositif auquel doivent s'adapter les visiteurs* »

Voici les principaux arguments accompagnant l'ouverture de cette entreprise juteuse.

Toutes les études scientifiques montrent que rien ne nous différencie substantiellement des animaux sauf notre capacité à les dominer et à faire d'eux une chose à notre service.

Certes, il vaut mieux un parc zoologique qu'un cirque mais, au fond, il n'existe pas de différence entre ces deux situations. Dans les deux cas de figure, nous nous servons des animaux pour notre plaisir et notre loisir. Certes, il vaut mieux le nouveau zoo que les anciennes cages où l'on enfermait les bêtes, mais de quel droit (si ce n'est celui du plus fort) continuons-nous à les exposer ainsi ?

Outre sa finalité économique, le zoo remplit un rôle symbolique, celui de réactualiser la frontière entre nous (être rationnels et civilisés) et eux (bêtes inférieures). Or, beaucoup de ces animaux que l'on enferme vivent dans des sociétés complexes comme les grands singes et autres mammifères tels les dauphins, les éléphants et les baleines qui présentent une gamme de comportements très proche de l'espèce *Homo sapiens*, tels l'attachement entre individus, l'aide aux blessés, les punitions, la consolation, les négociations et l'affection à l'égard des petits.

Ces animaux apparaissent ainsi comme nos précurseurs en matière de moralité - « *protomoralité* » comme disent les primatologues - mais contrairement à eux, nous nous comportons à leur égard d'une manière parfaitement immorale.

Qu'est-ce qu'un parc zoologique sinon la forme la plus sophistiquée de la domination animale comparable à d'autres types de domination comme l'esclavagisme. Rappelons-nous que ce fut la vague de colonisations du XIXe siècle qui fera des animaux sauvages et exotiques, présentés aux côtés des indigènes, des objets de divertissement et de curiosités.

Le parc zoologique, malgré son visage « *sympathique* », participe, néanmoins, de cette forme de dénégation de la dignité animale. Il réactualise la frontière infranchissable entre l'homme et

* *Libération* 15/04/2014

la bête, principale entreprise philosophique de l'Occident qui, du récit de la Genèse - où, contrairement aux animaux, l'homme est créé à l'image de Dieu - à la philosophie officielle de Kant, Lévinas, Heidegger et Lacan, ne fait que prolonger - d'une manière à peu près identique - la doxa populaire (devenue chez Descartes une théorie) : l'animal, privé de cogito n'est autre chose qu'une machine. Et malgré les avancées dans la matière, si nous continuons à enfermer les animaux sauvages dans les parcs zoologiques, c'est bien parce qu'ils sont considérés et traités par le droit comme des choses.

Selon Derrida, *«la question-de-l'animalité n'est pas une question parmi d'autres [...], elle représente aussi toutes les autres grandes questions, et tous les concepts destinés à cerner le propre de l'homme...»*¹⁵⁰. Suivant le philosophe, nous pouvons nous demander, au moment de l'ouverture du zoo de Paris, qu'est-ce le propre de notre civilisation qui continue à traiter les animaux comme des objets exotiques emprisonnés à vie dans nos jardins zoologiques ?

2. La libération animale

Les libertaires se sont depuis longtemps interrogés sur la condition animale et la continuité entre le monde humain et le monde animal, Elie Reclus va jusqu'à parler en 1905 de «frères aînés, vertébrés et invertébrés». L'antispécisme est le mouvement politique qui promeut l'égalité entre l'animal humain et l'animal non-humain.

« Les droits de l'Homme pour les grands singes non-humains »

S'ils partagent près de 99% de notre patrimoine génétique, les grands singes ne devraient-ils pas être eux aussi protégés légalement contre la mort, la torture et l'enfermement ? Bafouée depuis des décennies par les défenseurs des animaux pour ses barbares corridas de taureaux, l'Espagne a adopté en 2017 le Projet Grand Singe, en anglais Great Ape Project (GAP). Fondée en 1994, le GAP est une organisation internationale de primatologues, de philosophes et d'autres experts qui préconisent une « déclaration des droits des grands singes non-humains » afin que soient conférés des droits fondamentaux aux chimpanzés, aux bonobos, aux gorilles et aux orang-outan. Sans entrer sur la question de la condition animale et d'une possible reconnaissance de la personnalité juridique aux animaux, je vais simplement présenter les droits proposés par le GAP. Libre au lecteur de tirer ses propres conclusions. La thèse des droits de l'homme pour les grands singes non-humain développée par Paola Cavalieri et Peter Singer, entend dénoncer l'approche traditionnelle de la philosophie morale qui limite aux seuls humains la protection conférée par les droits de l'homme. Rappelons-nous qu'en France jusqu'en 2015, le code civil considérait l'animal comme une chose meuble. Désormais, il est reconnu comme un « être vivant doué de sensibilité » (art. 515-14 du code civil) mais il continue à être soumis « au régime des biens ». Si la Déclaration venait à être adoptée par la France, les grands singes échapperaient au régime des biens de l'article cité *ut supra*.

La Déclaration sur les grands singes est composée de trois articles : Le droit à la vie, à la liberté individuelle et à la protection contre la torture. Le droit à la vie est consacré à l'article 1^{er} : *« la vie des membres de la communauté des égaux doit être protégée. Les membres de la communauté des égaux ne peuvent être tués, sauf dans des circonstances très strictement définies comme par exemple en cas de légitime défense »*. L'article 2 appelle quant à lui à

¹⁵⁰ *L'Animal que donc je suis*, Paris, Galilée, 2006.

davantage de réflexions. Il énonce que : « *Les membres de la communauté des égaux ne doivent pas être arbitrairement privés de leur liberté ; s'ils viennent à être emprisonnés sans que soient mises en œuvre les procédures légales appropriées, ils ont le droit d'être immédiatement relâchés. La détention de quiconque n'a pas été reconnu coupable d'un acte délictueux, ou de quiconque n'est pas pénalement responsable, ne doit être permise que dans les cas où il peut être montré qu'elle est dans l'intérêt du détenu, ou qu'elle est nécessaire pour protéger le public contre un membre de la communauté qui, s'il était laissé en liberté, constituerait clairement un danger pour d'autres. Dans les cas de cette sorte, les membres de la communauté des égaux doivent avoir le droit de faire appel, soit directement, soit, s'ils ne possèdent pas les capacités nécessaires, à travers un représentant, à un tribunal juridique* ».

Inspiré des Conventions internationales relatives aux droits de l'homme incitant les Etats à ne pas commettre de détention arbitraire, cet article vise les cas où les grands singes sont enfermés dans les cages des parcs zoologiques. Aussi, cet article reconnaît le droit aux singes d'être présent au procès pénal pour faire valoir leurs droits fondamentaux et d'ester en justice *via* leurs représentants (par exemple les associations agréées : art. 2-13 du code de procédure pénale). Enfin, l'article 3 pose le principe selon lequel « *toute souffrance importante infligée délibérément à un membre de la communauté des égaux, que ce soit de façon arbitraire ou au nom d'un bienfait escompté pour d'autres, est tenue pour une torture, et constitue une offense contre laquelle il doit être protégé* ». Ce sont non seulement les violences gratuites mais aussi les expérimentations scientifiques qui sont visées par cet article. En effet, les grands singes, humains et non humains, étant considérés comme égaux entre eux, il apparaîtrait illégitime que des expérimentations soient effectuées sur les non humains quand bien même ces opérations permettraient d'améliorer le sort des humains. Au-delà des libertés négatives de la Déclaration, d'autres auteurs vont plus loin en proposant le statut de citoyens pour les animaux. En effet, les philosophes Will kymlicka et Sue Donaldson (*Zoopolis : Une théorie politique des droits des animaux*, 2011) développent un certain nombre de droits comme celui relatif à la socialisation de base (processus qui vise à faire des individus des membres d'une communauté), la liberté de mouvement, les devoirs de protection (qui impliquent la criminalisation de l'abattage par exemple), l'interdiction de l'utilisation des produits animaux, l'interdiction du travail animal, l'obligation de soins vétérinaires mais aussi *la représentation politique* qui implique une refonte des instances législatives afin de pouvoir représenter l'intérêt des animaux.

Ici encore la distinction entre la morale et le droit peut nous servir pour apaiser le débat. Si l'octroi de la qualité de sujet de droit à certains animaux permet de mieux les protéger, cette qualification n'implique nullement une confusion entre les espèces mais uniquement un instrument politique garant de leur bien-être.

Table de tribunes

Introduction

I.- LA LIBERTÉ CORPORELLE

1. La liberté de faire vivre

Pilule, IVG, pacs, mariage pour tous : les opposants sont toujours les mêmes

Quelles limites à l'aide médicale ?

Quelle filiation pour la PMA ?

L'accès aux origines, ruse de la raison conservatrice

La GPA, une liberté fondamentale

GPA : l'idéologie prohibitionniste mise à mal

Osons penser la GPA

2. La liberté de mourir

Euthanasie : droit de mourir ou paternalisme médical ?

3. La liberté sexuelle

Homosexualité : le libéralisme a mis fin à des siècles de stigmatisation »

La liberté de se prostituer »

Prostitution : Etat de droit ou Etat moral ?

L'appréhension du phénomène prostitutionnel par l'Etat appelle une régulation et non une pénalisation

Pour l'assistance sexuelle des handicapés

En couple, célibataire, en prison : avons-nous un droit à la sexualité ?

II.- LA LIBERTÉ INTELLECTUELLE

1. La liberté d'expression

Le blasphème : un droit sacré

Le droit au blasphème

Contre le paternalisme, la liberté d'offenser et le droit de choquer

Des valeurs différentes pour le X

Larry Flynt : l'antidote contre la sexophobie

2. La liberté de la vie privée

Le concubinage, le PaCS et, oui, le mariage aussi

Le mariage pour tous et ses ennemis

Fais-moi l'amour, sinon je divorce !

La liberté de changer de sexe

3. La liberté de la vie familiale

Homoparentalité, droit et politique

Filiation et parentalité : l'ordre familial contesté

Être père ou mère, à chacun de choisir

Trouble dans la parenté : Accouchement sans maternité et maternités masculines

Requiem pour une PMA déjà moribonde

III.- LA LIBERTÉ CIVIQUE

1. La liberté de se posséder

Qui peut décider de mon sexe, de ma dignité, de ma mort ?

Le néo-féminisme, une idéologie totale

Euthanasie, PMA, GPA... avec la bioéthique, l'Etat a pris le relais de l'Eglise

Mettons fin à la catégorie sexe

Pour un sexe neutre à l'état civil

2. La liberté de posséder

L'héritage Hallyday : et l'égalité des chances alors ?

La réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à l'égalité et à l'esprit entrepreneurial

3. La liberté de circulation

Le fichier ELOI, le fichier de trop

Cinquante personnalités pour le droit de vote des étrangers

Droit d'asile des minorités sexuelles : gare à l'ethnocentrisme

Lutter contre l'homophobie en accordant l'asile

IV.- LA LIBERTE SANITAIRE

1. Le dispositif bioéthique

Bioéthique : dernière révision « timide » de la loi

2. La liberté et la pandémie à VIH

Le sida contre les droits de l'homme : réflexion juridique sur l'infection à VIH »

Sida : le déni, notre ennemi »

La pénalisation de la transmission du VIH constitue-t-elle la fin de la démocratie épidémiologique ?

3. La liberté et la pandémie Covid-19

L'observatoire des libertés confinés en période de COVID-19

V.- LIBERTE ET RELIGION

1. Libéralisme et catholicisme

Le libéralisme est-il incompatible avec le catholicisme ?

L'obsession vaticane

François est-il aussi ouvert aux mœurs qu'aux pauvres ?

Pape François, les gays et lesbiennes catholiques attendent beaucoup de vous

2. Neutralité éthique de l'Etat

Mariage pour tous et liberté de conscience

VI- LA LIBERTE ANIMALE

1. L'esclavage animal

Le nouveau zoo de Vincennes et les vieux démons du colonialisme animal

2. La libération animale

Les droits de l'Homme pour les grands singes non-humains

Quatrième de couverture

Entre 1991 et 2021, Daniel Borrillo prend régulièrement la plume pour accompagner les grands débats de société : la lutte contre le sida, la reconnaissance des couples de même sexe (Pacs et mariage pour tous), le droit de vote aux étrangers, la liberté d'expression (blasphème, pornographie...), le droit à l'euthanasie et le suicide assisté, l'accès à la gestation pour autrui, l'asile pour les minorités sexuelles, la liberté religieuse et la laïcité, la légalisation de la prostitution, la reconnaissance du statut d'assistant sexuel pour les personnes en situation de handicap, la PMA pour toutes, la libération animale....

Cet essai reprend les tribunes publiées dans les principaux journaux et magazines nationaux en les contextualisant en fonction de l'évolution politique de chaque controverse. Cette histoire du présent, pour reprendre la formule de Michel Foucault, cette « archive de l'actualité » permet de mettre en perspective les acquis sociaux et sociétaux et démontre à quel point ils demeurent fragiles.