



La question du consentement en matière de politique sexuelle

Daniel Borrillo

► To cite this version:

Daniel Borrillo. La question du consentement en matière de politique sexuelle. Avortement, droit de choisir et santé: colloque au Sénat, 5 janvier 2001, Caroline Fourest; Fiammetta Venner, May 2001, Paris, France. hal-01242243

HAL Id: hal-01242243

<https://hal.science/hal-01242243>

Submitted on 11 Dec 2015

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.

- (42) J. Madiran, "Du millénaire capétien à la bataille de France", art. cité, p. 12.
- (43) J. Madiran, "Le discours de Toulouse", art. cité, p. 47 ; cf. J. Arfel, "Réflexion sur la barbarie moderne", art. cité, p. 120.
- (44) Valeurs actuelles, 28 septembre 1981, p. 77.
- (45) J. Madiran, "Le discours de Toulouse", art. cité, p. 46.
- (46) R. Marie, "Pourquoi le Centre Henri et André Charlier", art. cité, p. 5.
- (47) Ibid.
- (48) M. Pierre, art. cité, *Chrétienté-Solidarité*, 52, novembre 1987, p. 36-53.
- (49) Ibid., p. 36.
- (50) Ibid., p. 38-39.
- (51) Ibid., p. 42-43.
- (52) *Chrétienté-Solidarité*, 61, octobre 1988, p. 2.
- (53) Voir l'appel du 20 juin 1940 du maréchal Pétain, dans *Paroles aux Français*, Lyon H. Lardanchet, 1941, p. 44: "L'esprit de jouissance l'a emporté sur l'esprit de sacrifice".
- (54) R. Marie, "Le génocide français", *Chrétienté-Solidarité*, 13, février-mars 1984, citations extraites des p. 29-34. Article repris dans Bernard Antony, *Combats pour mon pays*, Limoges et Paris, éd. de Présent, 1995, p. 17-44.

Daniel Borrillo

La question du consentement en matière de politique sexuelle

Dans le bref délai qui m'a été imparti, je vais essayer d'analyser une question particulièrement complexe : celle de l'avortement. Elle soulève deux types de réflexions plus générales, l'une de nature morale concernant l'acte d'interruption volontaire de la grossesse en tant que tel et l'autre de type légal se référant à la façon par laquelle le droit organise et protège juridiquement les intérêts procréatifs des individus (1). Ces deux questions sont étroitement liées et le régime juridique se trouve, sinon déterminé, tout au moins conditionné par le choix moral. L'ensemble des problèmes renvoi à ce que nous pourrions appeler la "politique de la procréation". En ce sens, l'avortement est indissociable des questions portant sur la liberté sexuelle, la liberté procréatrice et le droit de la filiation.

Dans un premier temps, je vous propose un rappel de la manière dont le droit français a qualifié l'acte d'interruption volontaire de grossesse pour, ensuite, questionner la façon d'aborder la réforme de la loi car elle constitue, selon moi, un nouvel exemple d'un débat politique manqué. Enfin, j'ouvre quelques pistes qui permettent de placer la question de l'avortement dans l'horizon d'une autre politique des sexes et de la procréation.

La tolérance comme fondement moral du régime juridique de la procréation

Le code pénal de 1810 caractérisait différents types d'homicides parmi lesquels se trouvait l'avortement, l'article 317 le définissait comme suit : "*Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni par la réclusion*". La loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relati-

* Daniel Borrillo, juriste, enseigne à Paris X (Nanterre)

ve à l'interruption volontaire de grossesse n'a pas modifié cette incrimination de l'ancien code pénal, elle a simplement laissé en suspens, pendant cinq ans, l'application de la peine. La loi de 1979 ne fait que perpétuer cette logique, en ce sens qu'elle maintient l'infraction d'avortement, prédisant simplement que, sous certaines conditions, celle-ci n'est pas punissable et mettant en place des règles administratives relatives à l'organisation médicale de l'acte.

Signalons que le nouveau code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 fait disparaître de la loi le terme "avortement", dorénavant les articles 223-11 et 223-12 se limitent à définir les situations dans lesquelles l'IVG continue à constituer une infraction.

La loi n'entend pas rendre licite l'avortement mais simplement le dépouiller d'effets pénaux. En effet, elle affirme dès son article premier que *"la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie"*, en précisant de surcroît qu'il *"ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi"*. Il est donc clair que le texte ne crée pas un droit subjectif à l'avortement entendu comme prérogative de la femme à l'IVG, la loi se limite à instituer une absence d'intervention étatique face à un acte qui, bien qu'illicite, est désormais et sous certaines circonstances toléré. C'est en effet autour de la notion de "détresse" de la femme que le régime de la tolérance vis-à-vis de l'avortement est articulé. Bien que la notion de détresse soit pratiquement impossible à définir (la jurisprudence ne la considère ni comme un état de nécessité, ni comme une force majeure et encore moins comme une légitime défense), la détresse demeure néanmoins explicable dans le cadre relationnel de la femme avec le médecin. Ainsi, la rhétorique de la détresse permet de traiter la femme plutôt en tant que patiente, que comme titulaire de droits et fait du médecin l'agent central dans la mise en œuvre de l'acte.

Comme le note Dominique Thouvenin, *"le choix de la médicalisation de l'avortement a contribué à modifier la pratique médicale dans la mesure où les médecins n'interviennent plus seulement pour soigner, mais prennent en charge une détresse, celle de la femme devant une grossesse non désirée, celle du couple à l'idée de mettre au monde un enfant atteint d'une maladie d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic"* (2).

La suppression du délit d'avortement n'a pas pour autant transformé celui-ci en droit subjectif. Et même le transfert des sanctions au code de la santé publique prévu par la réforme actuelle n'a fait que renforcer, par sa facture médicale, l'illusion d'une dépenalisation.

Le registre de la tolérance en France n'est pas caractérisé par un choix de vie individuelle relevant de la "privacy" comme ce fut le cas aux États-

Unis. En effet, dans la célèbre affaire *Roe vs Wade*, la Cour suprême avait reconnu l'entière liberté pour la femme d'avorter dans les trois premiers mois de grossesse. En France il ne s'agit pas tant d'un choix de la femme mais plutôt d'un fait qu'elle subit, à savoir la détresse en tant que situation à laquelle elle voudrait mettre fin. C'est ainsi qu'une sorte de "tolérance médicalisée" détermine l'ensemble des dispositifs français concernant ce supposé droit à la non-procréation. Et même si dans la pratique c'est exclusivement à la femme de décider sur son avortement dans les dix premières semaines (ou les douze proposées dans la réforme), la notion de détresse continue à servir de justificatif moral au dispositif juridique français. En ce sens, il est fort significatif que la réforme n'abroge pas cette notion même dans l'absence d'entretien préalable obligatoire.

Dans un même ordre d'idées, la loi dite bioéthique de 1994, organise l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) également en fonction d'une situation "pathologisée" à savoir la stérilité du couple. En ce sens, aussi bien la loi de 1975 que celle de 1994 se sont construites sur le même fondement moral : la tolérance, laquelle, à son tour, trouve son appui dans une idée justificatrice de type thérapeutique. L'ensemble des règles juridiques est désormais teinté par ce paradoxe consistant à faire de la déjuridisation et de la médicalisation les piliers de la "politique" procréative.

Ce n'est pas l'autonomie de la volonté (droit de la femme à avorter) ou son corrélat logique (droit de l'homme à refuser une paternité, ce qui est juridiquement impossible actuellement). Ce n'est pas non plus un droit à concrétiser un projet parental (AMP pour les femmes célibataires ou les couples de lesbiennes, accès à la maternité de substitution, situations interdites en France). Bref, pour le droit français il ne s'agit pas de protéger un acte que l'on choisit mais de prendre en charge une situation qu'on subit telle la détresse de la femme ou la stérilité du couple hétérosexuel. Et, si depuis la loi du 31 décembre 1982, l'IVG est remboursée par la sécurité sociale, la femme est créancière non pas d'un droit mais d'une prestation médico-sociale dans les conditions établies par la loi et dont l'État est le débiteur.

L'idéologie médicale qui justifie la mise en place des techniques permettant ou empêchant la procréation apparaît ainsi comme une sorte de garantie contre les éventuels excès susceptibles d'être commis par des individus soupçonnés par la loi comme étant des "irresponsables". L'idéal moral véhiculé par la loi, celui incarnant l'attitude "responsable", demeure bien le coit fécond menant à la naissance d'un enfant. Cette suspicion d'irresponsabilité explique le ton paternaliste du système français qui pré-

tend protéger les individus y compris contre leur gré...

Le droit français ne met pas au service des individus et des couples un dispositif technique permettant de concrétiser (ou de ne pas concrétiser) un projet parental. Il s'agit plutôt d'un régime de type tutélaire en fonction duquel l'on autorise une femme à avorter ou un couple hétérosexuel à accéder à l'AMP. L'État se substitue à la volonté de l'individu et ceux qui ne peuvent pas procréer par les moyens naturels, s'ils ne vivent pas dans la norme hétérosexuelle, sont exclus du système. De même, une femme qui souhaiterait faire un transfert d'embryon vers une autre femme et éviter l'avortement se trouve dans l'impossibilité juridique et médicale de le faire.

Sortir du registre de la tolérance pour entrer dans celui de la reconnaissance impliquerait que l'on fasse de la reproduction, et de son corrélat la non-reproduction, un véritable droit subjectif en tant que prérogative attribuée à un individu, en tant que faculté lui permettant de jouir d'un bien ou d'exiger d'autrui une obligation. Dans un régime démocratique, le droit à l'avortement doit se compléter par un droit à disposer de son ventre non seulement pour expulser un embryon dehors le corps mais aussi pour l'y accueillir. Ceci impliquerait de modifier la loi afin d'autoriser une femme majeure et consentante à prêter son ventre et même, sous certaines conditions et en prenant toutes les garanties, à le louer. Cette modification permettrait également, comme l'a bien montré Marcela Iacub de pouvoir ignorer son corps pour procréer. Selon la jurisprudence, au slogan sur le "*droit de disposer de son corps*" en vogue aux années 1970, nous devrions ajouter celui de "*se passer de son corps pour procréer*" (3).

Une controverse manquée

La réforme de la loi sur l'IVG aurait pu constituer un moment privilégié pour ouvrir le débat sur le droit de la procréation et le droit de la filiation. Mais très rapidement la discussion parlementaire s'est orientée vers des questions techniques concernant la fragmentation fœtale, les conséquences de l'anesthésie générale, les entretiens préalables ou le sort des commandos anti-avortement... Situations certes importantes mais moins fondamentales que celles relatives aux fondements de notre système juridique de la reproduction. Cette technique politique qui consiste à traiter parcellairement des thèmes étroitement liés afin de réduire le changement à son expression minimale est déjà un grand classique de la gauche socialiste. Le débat sur le PaCS est encore extrêmement présent dans nos esprits pour nous le rappeler....

Je n'aborderai pas ici la controverse entre pro-vie et pro-choix, non pas

qu'elle soit dépassée (bien au contraire et la "victoire" de Bush ne me démentira pas) mais elle sera abordée par d'autres intervenants d'une façon bien plus compétente que je ne pourrai le faire. Ce qui me semble intéressant de discuter avec vous aujourd'hui c'est surtout l'éventualité d'un droit prospectif de la procréation qui puisse se détacher de la justification médicale, du monopole du biologique et même des compétences physiologiques des individus (4).

Il est évident que du moment où le ventre féminin demeure le seul habitat de l'embryon, il est moralement choquant d'obliger une femme à le porter contre sa volonté. L'exemple du violoniste de Judith Thomson (5) demeure l'explication morale la plus brillante à ce propos. Le voici : vous vous réveillez un matin dans un lit d'hôpital à côté duquel se trouve un célèbre violoniste en état d'inconscience. La Société des amateurs de la musique à procédé à le connecter à vous car votre sang est la seule substance permettant de lui sauver la vie. Le directeur de l'hôpital, apprenant la nouvelle vous dit qu'il est désolé de la manière de procéder des membres de la Société des amateurs de la musique et que s'il l'avait su plus tôt il aurait tout fait pour éviter l'incident mais, malheureusement étant donné que le violoniste se trouve déjà lié à vous, le déconnecter impliquerait de commettre un homicide. Le directeur vous précise toutefois que la situation n'est pas tellement grave, car il s'agit de lui fournir votre sang pendant seulement neuf mois. Même si nous sommes confrontés à une vie humaine, il semble moralement et humainement difficile à comprendre les raisons qui mèneraient une femme à porter un enfant qu'elle ne désire pas.

Prospective

Cette réforme de l'IVG aurait pu nous permettre de réfléchir sur les pré-supposés du droit de la procréation, elle aurait également permis de prendre distance par rapport à un certain nombre d'évidences qu'il semble nécessaire de questionner si l'on prétend instaurer une égalité dans notre système juridique.

Par ailleurs, les 200 000 avortements annuels qui ont lieu encore en France témoignent de l'échec de la contraception, non seulement en ce qui concerne la sensibilisation envers cette pratique, mais par rapport au fait que celle-ci, demeurant une situation encore médicalisée, n'est pas toujours vécue comme un droit. La question de la stérilisation volontaire, introduite par la loi, va se heurter aux résistances des médecins français. Une véritable campagne en faveur de cette forme contraceptive particulièrement efficace (surtout pour les hommes) devrait se mettre en place rapidement (6).

Permettez-moi, pour conclure, d'interroger quatre évidences de notre système juridique :

1ère évidence : la médicalisation.

Pourquoi continuer à accepter la médicalisation comme justificatif aussi bien du droit à ne pas procréer que du droit à procréer par le biais de la technique ? Pourquoi ne pas rendre les individus entièrement responsables de leurs actes les plus fondamentaux tels que leurs projets parentaux ?

2ème évidence : la reproduction juridique d'un supposé idéal naturel de la procréation.

Pourquoi continuer à accepter que le couple hétérosexuel bénéficie du monopole juridique procréatif ? Pourquoi ne pas se débarrasser une bonne fois pour toutes de l'acte sexuel et de l'accouchement comme condition sine qua non de la procréation et mettre la volonté du sujet au centre du système ?

3ème évidence : l'association entre corps féminin et procréation.

Pourquoi continuer à considérer le corps féminin comme le seul espace procréatif ? Pourquoi ne pas envisager notamment la grossesse masculine et l'ectogénèse (7) comme des alternatives légitimes ?

4ème évidence : l'indisponibilité du corps féminin malgré la volonté de la femme.

La loi de 1994, suivant en partie la jurisprudence, a prohibé la procréation pour autrui. Consacrer comme principe d'ordre public une telle prohibition me semble dépourvu de justification juridique.

La possibilité de contractualiser la grossesse en permettant aux femmes qui le souhaitent de prêter ou de louer leurs ventres, en tant que mère de substitution, (8) donnera une plus grande liberté à l'ensemble des individus désirant procréer.

Continuer à considérer comme une évidence qu'uniquement le corps de la femme est apte pour mener à bien le développement d'une vie humaine ou que seul le couple hétérosexuel stérile en âge de procréer puisse avoir accès aux AMP, de même que refuser l'adoption plénière à des unions homosexuelles constituent des discriminations fondées sur le sexe et l'orientation sexuelle et c'est l'ensemble de ce dispositif discriminatoire qui doit être dénoncé comme moralement injustifiable.

Les futures réformes sur le droit de la famille, les lois bioéthiques et l'in-

terruption volontaire de la grossesse répondent à ces questions par la négative. En effet, l'absence de droits dans ces matières ne signifie nullement l'existence d'une aire de liberté individuelle mais un domaine d'indisponibilité personnelle. Ainsi, la vision apocalyptique qui voit en chaque individu, dans le meilleur des cas, un irresponsable et dans le pire un apprenti sorcier créant un outil qui finit par le dominer, semble encore prévaloir au sein de la discussion française sur la bioéthique. S'affranchir de ce fantasme permettra de mieux comprendre les enjeux du débat qui reste à produire.

Notes

(1) Depuis plus de dix ans une partie de mes travaux portent sur l'ensemble de ces questions. Voir entre autres les publications suivantes : "Droit et Société devant la maîtrise de la vie et de la mort". Rapport de recherche présenté à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg, décembre 1990, "De la chair grotesque au corps instrumental. Le corps, la science et le droit", Comités d'éthique à travers le monde, éd. Tierce-Médecine et Inserm, Paris, 1991, pp. 305-319. Bioéthica : lugar de conflicto entre ciencia y derecho, in Reflexiones sobre la protección de la investigación en el umbral del 2000, Jornadas Cefi, CEFI, Barcelona 1994, pp. 136-152. "El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico", Reis, Revista española de investigaciones sociológicas, n° 68, oct. dic. 1994, Madrid, pp. 211-222. "La genética humana en el orden jurídico europeo", Arbor, n° 590, Madrid, fev. 1995, pp. 41-82. Genes en el Estrado: Límites jurídicos e implicaciones sociales del desarrollo de la genética humana. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, coll. "Polyteia", Madrid, décembre 1996. "Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996" (avec Th. Pitou) in Homosexualités et Droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique, Presses Universitaires de France coll. "Les voies du droit", mai 1998. "Procréations, filiations, PaCS : enjeux politiques", Actes du colloque sur les politiques familiales, Ministère de l'Éducation Nationale, SMS d'Ile de France, novembre 2000.

(2) "L'embryon au regard du droit" in L'embryon humain est-il humain ? (collectif), PUF, Paris, 1996.

(3) Pour une analyse approfondie de la question voir l'article de Marcela Iacub, "Reproduction et division juridique des sexes", Les Temps Modernes n° 609, juin-juillet-août 2000.

(4) Pour une analyse plus étendue voir mon entretien "Interdites de maternités" dans lequel j'explique les présupposés du système procréatif des lois bioéthiques. J'ai dit entre autres : "Dans les débats préparatoires aux projets de loi, on est systématiquement parti d'une logique de santé publique, ce qui est loin d'être anodin. La PMA apparaît ainsi légitimée par des raisons médicales. Mais tout d'un coup, on introduit le terme "conjugal" et on parle même de "famille classique". De simple palliatif à la stérilité, la PMA devient garante de l'ordre familial et moral. C'est cela qui me semble incohérent : justifier une technique de reproduction par des impératifs médicaux pour arriver à des conclusions qui ont peu à voir avec la médecine ou la science. Le saut de l'ordre sanitaire à un ordre moral me gêne profondément". Propos recueillis par Nathalie Magnan, Les Lettres Françaises n° 29, février 1993, page 19.

(5) "A Defense of Abortion" in Sex, Morality and the Law, Edited by Lori Gruen and George E. Panichas, Routledge, New York and London, 1997.

(6) Un aspect de cette question me semble critiqueable. La loi française à la différence d'autres empêche la congélation du sperme, ce qui rend particulièrement difficile la sensibilisation à la stérilisation masculine.

(7) Technique permettant le développement de la vie humaine en dehors du ventre d'une femme. Les expéri-

mentations relatives à cette procédure sont interdites en France.

(8) Dans ce cas bien qu'il ne soit pas acceptable d'empêcher l'avortement, il me semble néanmoins nécessaire de trouver un mécanisme de dédommagement civil pour la personne qui a sollicité l'enfant

**Quelles politiques pour l'IVG
et la santé des femmes ?**