

## **LA SEXUALITE EN INSTITUTION**

### ***ENTRE LIBERTE, PROTECTION, RESPONSABILITE***

Alain VERNET<sup>1</sup>,

Cyril BOUTET<sup>2</sup>, Benoist FAUVILLE<sup>3</sup>, Valérie CHAMEROND<sup>4</sup>, Jean-François AUBERT<sup>5</sup>,  
Komi AGBOLI<sup>6</sup>, Guylaine SOMMER<sup>7</sup>, Yannick LE CLEAC'H<sup>8</sup>, Abdennour CHALAL<sup>9</sup>

L'idée même qu'il puisse exister une sexualité, fut-ce comme simple désir, en institution, est de l'ordre du tabou, ce qu'on ne veut voir, et pas même penser. Et pourtant chacun sait bien qu'elle existe, malgré tout, quoi qu'on fasse pour l'ignorer, (adoptant par là-même la posture hypocrite d'un Tartuffe s'écriant « cachez ce sein que je ne saurais voir », alors même qu'il n'a d'autre désir), et même si on cherche à l'empêcher, en la rendant irréalisable, notamment par l'emploi systématique de lits à une place, et même si on la déconseille, voire l'interdit explicitement. Cette interdiction explicite, formelle, qui peut prendre la forme d'un texte écrit, d'un règlement, est une manière de demander au droit de résoudre la question, sur la base d'une fiction contractuelle, chacun étant libre ou non de contracter, donc d'adhérer aux prescriptions d'un règlement, finalement accessoire, partie, d'un autre contrat plus général, qui constate l'accord sur les modalités institutionnelles proposées, et l'engagement réciproque<sup>10</sup> d'accepter l'institution et ses modalités fonctionnelles et organisationnelles, ses règles, en échange de l'hébergement qu'elle propose

---

<sup>1</sup> Psychologue, Assistant de Pôle, (PMPEA - Pôle Médico-Psychologique de l'Enfance et de l'Adolescence), diplômé en droit et philosophie, Centre hospitalier George Sand – 18000 Bourges – Président du Comité Nivernais de Soins Palliatifs – Membre du Conseil d'Orientation de l'Espace de Réflexion éthique de la Région Centre Val de Loire – alain.vernet@ch-george-sand.fr.

<sup>2</sup> Psychologue de la santé – centre hospitalier d'Ardèche nord – 07100 Annonay.

<sup>3</sup> Psychologue, docteur en psychopathologie et psychanalyse, Comité Nivernais de Soins Palliatifs, 58400 La Charité sur Loire.

<sup>4</sup> Psychologue – Comité Nivernais des Soins Palliatifs – 58400 La Charité sur Loire.

<sup>5</sup> Pédopsychiatre, médecin-chef de Pôle (Pôle Médico-Psychologique de l'Enfance et de l'Adolescence) – Centre hospitalier George Sand – 18000 Bourges.

<sup>6</sup> Pédopsychiatre, (Pôle Médico-Psychologique de l'Enfant et de l'Adolescent) – Centre hospitalier George Sand – 18000 Bourges.

<sup>7</sup> Cadre supérieure de santé – (Pôle Médico-Psychologique de l'Enfance et de l'Adolescence)- Centre hospitalier George Sand – 18000 Bourges.

<sup>8</sup> Enseignant spécialisé, directeur pédagogique, (Pôle Médico-Psychologique de l'Enfant et de l'Adolescent) – Centre hospitalier George Sand – 18000 Bourges.

<sup>9</sup> Médecin gériatre, 14 rue Félibre Gaut, 13100 Aix en Provence.

<sup>10</sup> Synallagmatique pour employer un vocabulaire juridique.

et des diverses prestations qui accompagnent celui-ci<sup>11</sup>. Ce recours au droit n'est cependant qu'une des modalités de l'expression du tabou de la sexualité, qui, de plus, n'apporte qu'une fausse sécurité, même s'il doit être un élément d'une réflexion plus globale, qui ne peut qu'être que de l'ordre d'un questionnement, d'un dilemme, d'une controverse éthiques.

Que cette sexualité concerne les personnes âgées, par conséquent lorsqu'elle se manifeste vers la fin de la vie, alors elle relève quasiment du scandale. Comme si finalement cette expression de la vie, (qu'on pourrait assimiler au *conatus* de Spinoza, cet effort pour persévérer dans l'être, en quelque sorte morale de l'action, qui définirait ce qu'est l'action morale), et même ce qui la permet, sans laquelle elle ne saurait exister<sup>12</sup>, n'avait plus à se manifester dès lors que la mort s'annonce<sup>13</sup>, au point d'être considérée comme obscène quand elle se fait affichage, énonciation, affirmation, somme toute protestation d'être et d'existence. Mais dans les institutions pour mineurs elle suscite aussi des interrogations de même nature.

## **I°) LA SEXUALITE : L'OBSCENE ET LE TABOU**

Le mot même : obscène, (ob, devant, scaenus, scène, c'est à dire ce qui n'est pas montré véritablement comme spectacle, et par extension ce qui signifie un mauvais présage) indique une situation ou un événement dont on souhaiterait qu'il demeurât caché, de l'ordre de l'invisible, de l'irreprésentable, et donc de l'impensable et de l'impensé, comme un trou noir, une forclusion de la pensée. L'obscène relève par conséquent du secret, (qui ne se montre ni ne se révèle), voire du sacré, c'est à dire ce qui est séparé de nous par une barrière infranchissable, qui est d'une autre nature et appartient à un autre monde, se situant par conséquent hors des mesures communes, hors normes, définissant une anormalité, au delà d'une frontière, comme un inconnu, un mystère, source dès lors de malaise, de perplexité, de déstabilisation, d'insécurité ; dont on pourra alors se défendre par l'ironie, la moquerie, par une attitude somme toute esthétisante, qui déguise, travestit la représentation, la vidant ainsi de toute sa charge émotionnelle et angoissante.

Le tableau de Courbet<sup>14</sup> intitulé *l'origine du monde*<sup>15</sup> illustre exemplairement cette tentative pour masquer l'expression visible de la sexualité, et pour tenter de la réduire, de l'annuler, par des défenses esthétisantes.

---

<sup>11</sup> A l'évidence il convient cependant de distinguer en fonction des lieux : domicile, ou équivalent de domicile, ou non (la chambre en EPHAD est un domicile) ; car même si la chambre d'hôpital peut être considérée comme ayant un caractère privatif, où l'on peut bénéficier d'un droit à l'intimité, elle n'est pas un lieu où l'on vit, mais où l'on passe (soit pour vivre plus, mieux vivre, reprendre vie ; ou trépasser).

<sup>12</sup> Pour reprendre les conceptions d'Aristote, sans laquelle elle ne saurait être causée, restant alors en puissance ; laquelle cependant serait notre substance, faisant de la sexualité finalement, une qualité, un attribut, une fonction, consubstantielle au vivant ; et pour l'homme, compte tenu qu'elle est désir, différable, anticipable, effet de représentations, d'expressions fantasmatiques, toujours différentes, uniques, personnelles à chaque individu, même si elles peuvent être partagées, un des critères de son appartenance à l'humanité.

<sup>13</sup> Mais comme celle-ci s'annonce dès le début même de la vie humaine, chaque jour qui passe nous rapprochant de l'inéluctable moment de la fin, on doit se poser la question du moment où s'inscrit socialement ce début de la fin. A l'évidence, c'est affaire de représentations sociales et culturelles, de circonstances historiques et géographiques, d'individus ; si bien qu'il ne saurait exister un critère unique, général, impersonnel et universel.

<sup>14</sup> Gustave Courbet (1819-1877).

<sup>15</sup> Aujourd'hui au Musée d'Orsay à Paris ; entré dans les collections en 1995 – huile sur toile 46 cms x 55 cms, par suite d'une dation des héritiers de Jacques Lacan.

Ce tableau avait été commandé au peintre Courbet par un diplomate turc<sup>16</sup> pour sa collection de peintures érotiques, que lui seul pouvait regarder, qui étaient invisibles à toute autre personne<sup>17</sup>. Ce caractère d'invisibilité est resté attaché au tableau, puisque vendu, acheté par un collectionneur hongrois<sup>18</sup>, il fut alors masqué par une autre œuvre de Courbet, *Le château de Blonay*<sup>19</sup>, qui représente un paysage assez désolé, en hiver, vide de toute vie. En 1955 il fut acheté par le psychanalyste Jacques Lacan et sa compagne, l'actrice Sylvia Bataille, pour leur maison de campagne de Guintrincourt<sup>20</sup>. Mais le cache ayant été dissocié de la toile, Lacan demanda à son beau-frère, le peintre André Masson<sup>21</sup>, de faire un autre cache, un tableau parfaitement superposable par ses formes au tableau de Courbet, et intitulé *Terres érotiques* ».

Le titre même de ce dernier cache indique que la sexualité n'est pas niée, qu'elle n'est plus de l'ordre de l'impensable et de l'indicible, même si elle reste encore, pour l'essentiel, irreprésentable. Elle est en quelque sorte mi-dite, suggérée, comme un possible, donc comme un désir, qui toutefois, emprunte des détours pour exister, s'exerçant tout autant, sinon plus, dans l'espace de la représentation, donc dans l'ordre de la pensée, du logos, du langage, que dans l'ordre de l'acte. Et on peut même se demander si cette possibilité du dire, qui permet l'éventualité de l'acte, ne serait pas ce qui serait le plus efficace pour qu'il ne se réalisât pas effectivement, restant comme un possible, un probable, comme une quête, une attente, une espérance, une célébration qui maintient le plaisir en haleine. Mais en même temps placer un cache rend la sexualité inaccessible, impossible, comme interdite ; inter-dite, seulement langage et logos, parlée plus qu'effectuée, énoncée plus qu'exercée.

---

<sup>16</sup> Khalil Bey, (1831-1879), diplomate turco-égyptien, figure flamboyante du Tout-Paris des années 1860, acquis une éphémère mais importante collection d'art, rapidement dispersée du fait de sa ruine.

<sup>17</sup> Cependant l'écrivain et académicien français Maxime Du Camp (1822-1894), ami de Gustave Flaubert, décrit l'œuvre dans *Les convulsions de Paris*, Volume 2 *Episodes de la commune* – Paris, Hachette, 1898 (dans le portrait qu'il trace de Courbet – lequel fut un des élus de la Commune de Paris, accusé d'avoir décidé du renversement de la colonne Vendôme – condamné à la faire replacer à ses frais – il s'était exilé en Suisse, et mourut avant d'avoir commencé à exécuter sa condamnation). Il écrit : « *Dans le cabinet de toilette du personnage étranger, on voyait un petit tableau caché sous un voile vert. Lorsque l'on écartait le voile, on demeurait stupéfait d'apercevoir une femme de grandeur naturelle, vue de face, émue et convulsée, remarquablement peinte, reproduite con amore, ainsi que disent les Italiens, et donnant le dernier mot du réalisme. Mais, par un inconcevable oubli, l'artisan qui avait copié son modèle d'après nature, avait négligé de représenter les pieds, les jambes, les cuisses, le ventre, les hanches, la poitrine, les mains, les bras, les épaules, le cou et la tête.* »

<sup>18</sup> Après diverses autres acheteurs, mais cette période du parcours de l'œuvre reste assez peu documentée.

<sup>19</sup> La commune de Blonay se trouve en Suisse. Le tableau de Courbet se trouve au musée des beaux-arts de Budapest – Hongrie.

<sup>20</sup> Dans le département des Yvelines – 78.

<sup>21</sup> André Masson (1896 – 1987) est un peintre de la mouvance surréaliste, connu pour ses dessins automatiques et ses tableaux de sable, et pour avoir peint le plafond de l'Odéon-Théâtre de France en 1967.

Tableau de Courbet : l'Origine du Monde

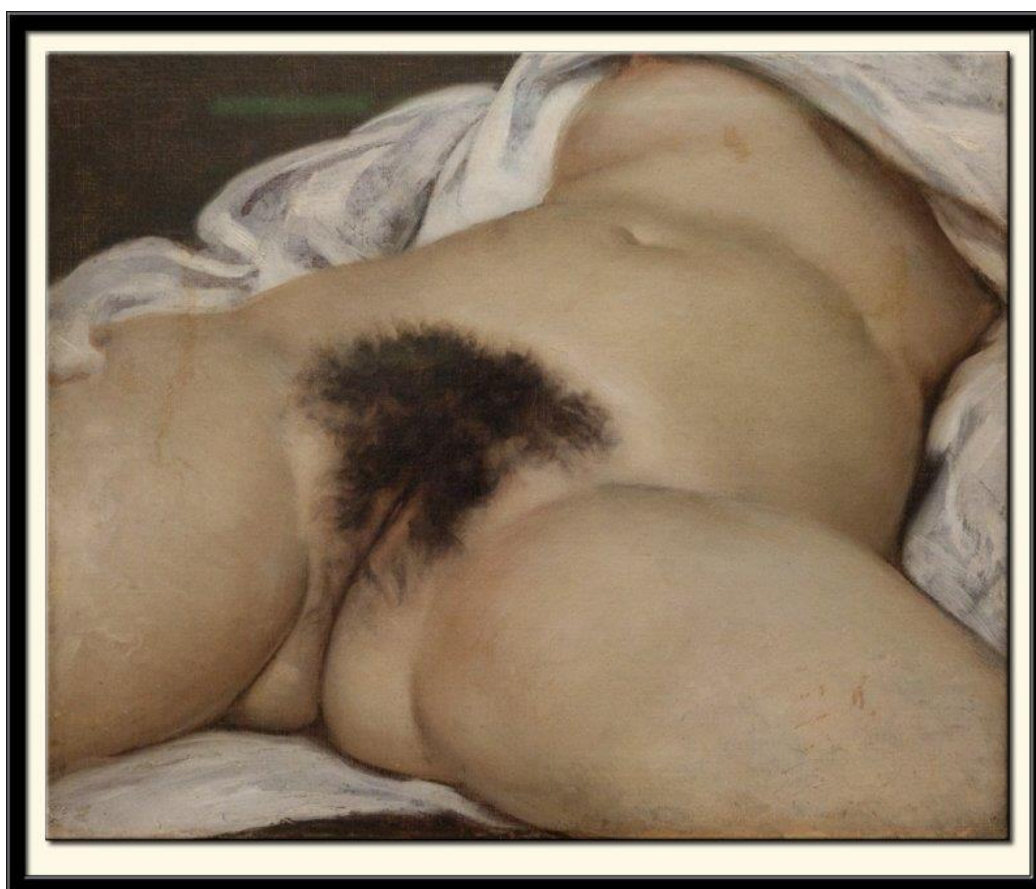
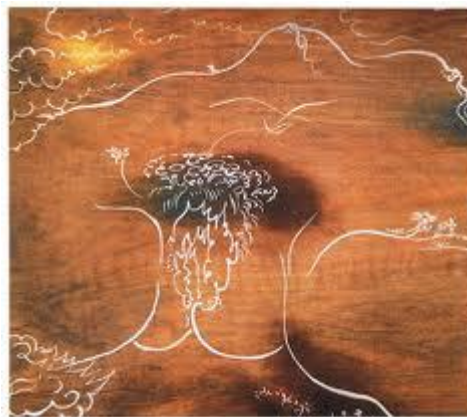


Tableau de Courbet : le château de Blonay



Tableau de Masson : Terres Erotiques



Somme toute cette occultation de la sexualité, qu'on cherche à ignorer, à rendre invisible, à ne pas penser, et qui, lorsqu'elle se révèle malgré tout, est considérée comme hors norme, tellement sidérante qu'on tente de la mettre à distance, comme dénuée de sens, car laissant sans voix, incapable de s'inscrire comme parole, d'être mise en forme par le langage, est bien ce qu'on peut observer le plus souvent au sein des établissements et institutions,

quelles qu'elles soient d'ailleurs, même si c'est avec encore plus d'intensité dès lors qu'il s'agit d'établissements hébergeant des personnes âgées<sup>22</sup>, ou des mineurs<sup>23</sup>.

En quelque sorte, dans ces situations où le langage, le logos, la pensée, le sens, font comme défaut, on demande au droit, à la règle, à la forme juridique, d'être comme un logos de substitution, qui viendrait en quelque sorte faire écran (à la manière des caches sur les tableaux évoquer), et mi-dire l'impossible à dire, en l'inscrivant, non pas comme un événement imprévu, surgi à l'improviste, mais par rapport à un cadre conceptuel, une visée de valeur, un telos<sup>24</sup> et un deon<sup>25</sup>. Le droit sera ici investi d'une dimension éthique, postulant que les règles qu'il énonce (le deon) le seront au nom du bien (le telos), postulant qu'alors il oblige à une responsabilité pour autrui ; donc à décider pour les patients ou résidents des institutions et établissements<sup>26</sup>, patients acquis au mal (malades), et qu'il s'agit de ramener vers le bien, ou auquel faire le bien, pour contrebalancer le mal en eux, qu'ils soient ou non acteurs de celui-ci, mal d'ailleurs qu'ils subissent le plus souvent, avec une abnégation qu'on voudrait toute stoïcienne<sup>27</sup>.

C'est donc au nom de ce bien, pour le bien même du patient ou du résident que la sexualité sera interdite.

On peut considérer que ce logos de substitution, qu'on demande au droit de nous fournir, était jadis apporté par les mythes, et notamment le mythe de Tirésias<sup>28</sup>. Le mythe en effet avait une fonction prescriptive, comme l'est le droit aujourd'hui, associée à une fonction illustrative, explicative, donc informative, qui sont également celles du droit aujourd'hui<sup>29</sup>. Certes le mythe a une fonction métaphorique, illustrative, mais aussi une fonction explicative, allégorique, mais il a aussi une fonction supplémentaire, opératoire, qui est celles d'organiser<sup>30</sup>, de légitimer et de transmettre des représentations actives, qui devront s'inscrire dans la matière des faits ; donc de sélectionner, proposer, déterminer des comportements. Ce faisant il a une visée hétéronomique, suggérant de retrouver une harmonie<sup>31</sup>, un temps troublé par le chaos<sup>32</sup>, dont l'expression en l'homme de ses passions, pulsions, et désirs.

---

<sup>22</sup> Ce qui différencie établissement et institution, c'est qu'un établissement est d'abord un lieu topographique et une organisation, avec ses règles, ses procédures, ses fonctionnements ; tandis qu'une institution peut n'être qu'une représentation mentale, qui ajoute à l'organisation un telos (une fin), une visée éthique, généralement le bien, qui légitime une responsabilité pour autrui, posture parentale, qui est une extension large, et une généralisation du cadre juridique qu'est la tutelle, laquelle, si elle doit conseiller et accompagner, ne saurait infantiliser, d'autant plus que si elle traduit une incapacité d'exercice elle n'est en aucune façon une incapacité de jouissance.

<sup>23</sup> Lesquels, à la différence d'un adulte, fut-il frappé d'incapacité, se trouvent dans une situation d'incapacité d'exercice, mais aussi de jouissance ; même si celle-ci s'acquière par degré, per gradus debitos, progressivement, par l'effet du déroulement chronologique, de l'avancée en âge, les seuils juridiques fixés pour le signifier validant en quelque sorte les effets d'un processus éducatif.

<sup>24</sup> En grec, une fin.

<sup>25</sup> En grec, ce qui est convenable ; donc un devoir ; ce mot formera déontologie (étude de ce qui est convenable, donc des devoirs d'une profession).

<sup>26</sup> Mais dans ce cas plus institution, puisqu'il n'y a pas seulement une organisation fonctionnelle, mais un telos.

<sup>27</sup> Ce qu'indique sans aucune ambiguïté le terme même de patient.

<sup>28</sup> Qu'on trouve chez Homère, dans l'Odyssée, chez Sophocle, dans Œdipe-Roi, et chez Platon, dans Le Menon, mais aussi Ovide.

<sup>29</sup> En vertu de l'adage qui dit que « nul n'est censé ignorer la loi ».

<sup>30</sup> Dans une narration.

<sup>31</sup> Qui est celle du cosmos ; et qui doit être celle de l'homme de raison, citoyen prudent (au sens d'Aristote, avec la phronesis, qui n'est cependant pas un consensus mou mais une décision réfléchie, tout bien pesé et considéré).

<sup>32</sup> Le chaos est décrit par Homère de manière allégorique, dans l'Iliade, où s'expriment toutes les passions humaines, et le retour – difficile, car il faut lutter contre ses passions, désirs et tentations, qu'est l'Odyssée, ou voyage d'Ulysse, le retour à Ithaque signifiant, la remise en ordre du Cosmos, et donc l'homme renouant avec la phronesis.

Qui est donc Tirésias ? C'est toujours un devin extra lucide, qui rend visible l'invisible, révèle le caché, mais suggère le danger que comporte cette visibilité, qu'il faut occulter derrière un discours sibyllin, à décrypter<sup>33</sup>, sorte de mi-dire. On le perçoit bien dans Œdipe-Roi, de Sophocle : c'est lui qu'Œdipe interroge pour connaître le meurtrier de Laios, (en fait son père), son prédécesseur roi de Thèbes assassiné, dont il a épousé la veuve, Jocaste (en fait sa mère), le châtiment de ce meurtrier étant la condition mise par les dieux pour interrompre l'épidémie de peste qui ravage la cité. Cette révélation de Tirésias à Œdipe amènera ce dernier à se crever les yeux, pour ne plus voir ses crimes, c'est à dire occultant en lui toute expression d'un quelconque désir charnel, ce qui construit un tabou, donc une règle, explicative et prescriptive, par conséquent un inter-dit. Le pseudo-Appollodore d'Athènes<sup>34</sup>, quant à lui, nous dit que Tirésias fut rendu aveugle par la déesse Athéna, dont il avait surpris le bain ; et la nudité ! Ou encore le poète latin Ovide<sup>35</sup>, qui dans « Les Métamorphoses<sup>36</sup> » raconte que Tirésias, ayant surpris l'accouplement de deux serpents, fut transformé durant sept ans en femme<sup>37</sup>, avant de reprendre une apparence masculine, d'être convoqué par les Dieux pour arbitrer le différend entre Zeus et Héra, pour savoir qui de l'homme ou de la femme avait plus de plaisir lors du rapport sexuel, et qui, ayant choisi le point de vue de Zeus en considérant que les femmes avaient à cette occasion neuf fois plus de plaisir que les hommes<sup>38</sup>, déclencha de ce fait la colère d'Héra, laquelle se vengea en le rendant aveugle, châtiment que Zeus atténua en lui conférant le don de divinité. Ce qui n'est rien d'autre que capacité à prévoir les comportements, ce que nous demandons aussi au droit, et d'indiquer les comportements convenables. Toute vérité n'est donc pas bonne à dire, et est si aveuglante, qu'il vaut mieux n'en rien voir, la masquer, empêcher sa visibilité. Ainsi de la sexualité, somme toute vérité de l'espèce humaine, mais de tout ce qui est vie, car la permettant, l'originant, qui, à supposer que ceci soit acceptable, accepté, convenable, ne saurait s'accompagner d'un quelconque plaisir<sup>39</sup>, lequel est sans doute spécifique à l'espèce humaine. On peut faire l'hypothèse que c'est ce qui rend inacceptable la sexualité chez les personnes âgées, que le désir subsiste, voire augmente, quand la fonction purement reproductrice de la sexualité est fortement hypothéquée.

---

<sup>33</sup> Comme une vérité à faire sortir de la caverne, mais qui aveugle, et qui ne peut être accessible, pour être comprise, qu'au moyen d'une initiation.

<sup>34</sup> Ecrivain grec, du Ier ou IIème siècle av JC ; auteur de « La Bibliothèque », sorte d'abrégé des mythes grecs ; s'est beaucoup inspiré de Phérécyde d'Athènes, auteur du Vème siècle av JC, collecteur ou auteur de mythes, dont les œuvres ont disparu, et qui n'est connu que par cet intermédiaire.

<sup>35</sup> Auteur latin, né en 43 av JC, mort en 16 ou 17 ap JC, contemporain de l'empereur Auguste, qui l'exila

<sup>36</sup> Long poème en vers, commencé vers l'an 1 ap Jc, qui retrace la naissance et l'histoire du monde gréco-latin jusqu'à l'empereur Auguste.

<sup>37</sup> Ce qui, puisqu'il est à la fois homme et femme, hermaphrodite, éteint en lui tout désir sexuel. Il a donc un caractère commun avec l'escargot et le lombric ; ainsi que certaines grenouilles et tortues d'eau, à qui il peut arriver plusieurs fois de changer de sexe au cours de leur vie.

<sup>38</sup> Point de vue diamétralement opposé à celui de Georges Brassens, qui, dans une chanson, explique que « quatre-vingt quinze fois sur cent/ la femme s'emmerde en baisant/ qu'elle le taise ou le confesse / c'est pas tous les jours qu'on lui déride les fesses ».

<sup>39</sup> C'est le « tu enfanteras dans la douleur » de l'Ancien Testament.

## II°) LE LOGOS JURIDIQUE

Face à la perplexité que suscite l'irruption événementielle de l'expression de la sexualité dans des espaces qui juxtaposent le collectif et le privatif, le droit est donc convoqué pour faire œuvre de clarification, délimiter les espaces, et définir les possibles et donc prévoir leurs éventuelles transgressions et sanctions destinées à les réprimer. Il se doit donc d'avoir un caractère général et impersonnel – sans aller jusqu'à l'universel – pour recomposer un cadre de pensée, qui fixent un système de règles, et les justifications et légitimations de celles-ci, par conséquent le prescriptif et l'explicatif. Ce faisant on attend du droit –ou plutôt de la loi, c'est à dire d'une inscription de la règle dans le marbre, devenue durable et inaltérable, une sécurité, une manière de filtrer les réalités, les événements, pour les inscrire dans une trame de significations – qu'il écarte le hasard, l'incertitude, toute marge d'appréciation ou d'interprétation, qu'il devienne finalement application sans délibération.

Or l'application de la règle de droit est d'abord interprétation, ce qu'on appelle la jurisprudence, c'est à dire l'interprétation de la loi par les Cours et Tribunaux, organes d'application de la loi, de garantie de sa bonne application, de sanction de son inapplication. Si bien que celle-ci est nécessairement toujours insatisfaisante, puisqu'elle est comme un éternel retour du même, de cette incertitude contre laquelle on voulait se prémunir. D'autant plus que, pourrait-on dire presque comme une boutade, les juges n'appliquent pas la loi, mais une loi, l'essentiel étant de motiver leur décision par une règle de droit<sup>40</sup>, qu'on trouvera toujours, compte tenu de l'inflation législative et réglementaire qui sévit en France. Et donc peu importe la base légale d'une décision<sup>41</sup>, pourvu qu'il y en ait une<sup>42</sup> !

Il en est ainsi dans le domaine de la sexualité au sein des établissements de soins<sup>43</sup>, avec une jurisprudence assez récente de la Cour administrative d'appel de Bordeaux (CAA Bordeaux, arrêt 11 BX 01790, 6 novembre 2012, M. Claude X C/ Centre hospitalier Spécialisé de Cadillac.), condamnant un établissement hospitalier psychiatrique pour avoir fait application d'un règlement intérieur interdisant la sexualité<sup>44</sup>. Il résulte de cette décision que la sexualité ne peut jamais faire l'objet d'une interdiction générale, définitive, et absolue,

---

<sup>40</sup> Et plus que les textes eux-mêmes, c'est à l'interprétation qu'en font les juges qu'il convient de s'attacher, en recherchant s'il y a une constance de celle-ci (même si un revirement de jurisprudence est toujours possible), et la qualité de la juridiction dont elle émane (juridiction du premier degré, d'appel (et quelle juridiction d'appel), cassation (en formation simple ou plénière), et s'il s'agit d'un arrêt de rejet ou de cassation (ces derniers pouvant souvent être considérés comme des arrêts de principe ; surtout lorsqu'ils sont confirmés par d'autres décisions). Mais il faut se souvenir que la jurisprudence ne vaut toujours que pour la situation particulière soumise à la juridiction, et que les arrêts de règlements sont prohibés, (Article 5 du Code Civil) – les Révolutionnaires de la 1<sup>ère</sup> République l'ont voulu ainsi, jugeant que l'influence des parlements d'ancien régime avait été pernicieuse pour l'autorité de l'Etat -, et que l'on ne peut que s'en inspirer, y faire référence, mais nullement l'invoquer comme un droit acquis et intangible (Art 1351 du Code Civil).

<sup>41</sup> Qui peut toujours être réformée par voie d'appel.

<sup>42</sup> Le droit résulte donc parfois de ce qu'on appelle une construction prétorienne ; c'est tout particulièrement le cas du droit administratif ; mais en droit civil on pourrait citer la théorie de « l'abus de droit », ainsi que le développement important de la « responsabilité des choses dont on a la garde », art. 1384-1 du Code Civil, mentionnée de manière incidente par les rédacteurs du code, mais appelée à un développement spectaculaire (CE, 18 juin 1896, Téfaïne ; et CE, 18 février 1930, Jandh'heur), puis avec le contentieux des accidents causés par les véhicules terrestres à moteur, et plus récemment les produits défectueux, pour lesquels sera identifiée une responsabilité particulière (Loi du 5 juillet 1985 pour les VETAM ; et art 1386 du C.civ, pour les produits défectueux).

<sup>43</sup> Qui, mutatis mutandis, peut s'appliquer à tous les établissements, et d'abord médico-sociaux, si on raisonne par analogie

<sup>44</sup> Alain Vernet, Cyril Boutet, et all : *les relations sexuelles en service de psychiatrie*, L'information Psychiatrique, N° 2014/7 (vol 40), Juillet 2014, PP 525-530.



et que, dans l'hypothèse où une telle décision serait prise – ce qui reste toujours possible – elle doit s'appliquer in concreto (par rapport à un sujet identifié), être motivée (donc par rapport à des constats et raisons identifiées et justifiées), proportionnée (la décision doit être adaptée aux raisons invoquées) et temporaire (d'une durée limitée, fixée, révisable, avec une périodicité raisonnable et déterminée).

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler qu'il existe en France deux ordres juridictionnels : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, que chacun de ces deux ordres comprennent des juridictions du 1<sup>er</sup> degré, et du 2<sup>ème</sup> degré (juridictions d'appel), juge du fond ou du fait, et une juridiction de cassation. L'ordre administratif comprend les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat, ce dernier ayant à la fois une fonction juridictionnelle (c'est à dire examinant des contentieux) et une fonction de conseil du gouvernement (puisqu'il doit examiner et rendre des avis sur des projets de textes instituant des normes juridiques –en particulier les décrets pris en Conseil d'Etat-). L'ordre judiciaire comprend les juges de proximité, les tribunaux d'instance<sup>45</sup> (dits tribunaux de police en matière pénale), les juges des tutelles<sup>46</sup>, les tribunaux de grande instance<sup>47</sup> (appelés tribunaux correctionnels en matière pénale), ainsi que ces juridictions particulières, juge d'instruction, juge des enfants, tribunal pour enfants, juge des libertés et de la détention, juge de l'application des peines, tribunal des affaires de sécurité sociale, conseil des prud'hommes, tribunal de commerce, juridictions composées pour partie de juge non professionnels, toutes juridictions du 1<sup>er</sup> degré, et les Cours d'appel, juridictions du 2<sup>ème</sup> degré, composées de plusieurs chambres (civile, sociale, des appels correctionnels, de l'instruction, spéciale des mineures), ainsi que la Cour de cassation, composée de 5 chambres (trois chambres civiles, une chambre pénale, une chambre sociale). L'ordre administratif est compétent pour les litiges relevant du droit public (entre les particuliers et une collectivité publique ou un établissement public administratif<sup>48</sup>, et entre un agent public et son administration), tandis que l'ordre judiciaire est compétent pour les litiges entre personnes privées, ou personnes morales (sociétés commerciales par exemple), à la notable exception du droit pénal, qui est un droit public, c'est à dire intervenant pour défendre des intérêts protégés par la société, d'infractions<sup>49</sup>, donc de fautes commises contre ces intérêts, par des personnes privées ou morales. Il peut arriver qu'existent des conflits entre les deux ordres juridictionnels, d'où un arbitrage par le Tribunal des conflits, juridiction paritaire, composée de membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, qui arbitre entre les deux ordres de juridiction, attribuant pour un litige déterminé la compétence à l'un ou à l'autre.<sup>50</sup> Lorsque les voies de droit des juridictions françaises sont épuisées, et si le plaignant estime qu'ont été violées des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>51</sup>, il peut alors saisir la Cour Européenne des Droits de l'Homme.<sup>52</sup>

<sup>45</sup> Qui n'ont qu'une compétence d'attribution, ces à dire qu'ils ne statuent que sur des questions limitativement et préalablement énumérées.

<sup>46</sup> Qu'on peut considérer comme des juridictions à part entière

<sup>47</sup> Qui ont une compétence générale, c'est à dire une plénitude de juridiction, les amenant à pouvoir statuer dans des matières attribuées à d'autres juridictions.

<sup>48</sup> On différencie les services publics administratifs (SPA), essentiellement établissements hospitaliers publics, d'enseignement publics, qui relèvent du droit administratif, et les services publics industriels et commerciaux (SPIC -transports publics, type SNCF, société de distribution d'eau ou d'énergie, ou de communication (EDF, GDF, La Poste-, dans lesquelles l'état a une participation), qui relèvent du droit privé (civil ou commercial), donc d'une compétence judiciaire.

<sup>49</sup> Limitativement énumérées, décrites, classées en catégories d'infractions (contraventions, délits, crimes), donc prévues, comme est prévue la répression y afférente.

<sup>50</sup> Il existe des conflits négatifs, lorsqu'aucun des ordres juridictionnels se déclare compétent ; et des conflits positifs, lorsqu'ils se déclarent tous les deux compétents ; ce dernier cas se produit souvent quand une personne privée saisit l'ordre juridictionnel judiciaire, qui se déclare compétent, alors que l'administration estime que le litige relève d'une compétence administrative ; le préfet doit alors prendre un déclinatoire de compétence, par lequel il demande au tribunal judiciaire saisi de considérer qu'il est incompétent ; si le tribunal judiciaire maintient sa compétence, le préfet doit prendre un arrêté d'élévation du conflit, qui entraîne la saisine du Tribunal des conflits qui arbitre.

<sup>51</sup> Qui a été élaborée par le Conseil de l'Europe siégeant à Strasbourg (instance différente de l'Union Européenne), traité international adopté par la majorité des Etats membres le 4 novembre 1950, et entré en

### La décision ou l'interprétation jurisprudentielle

4. Considérant, d'une part, qu'aux termes des stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...). / Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » ; qu'aux termes de l'article 9 du code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée » ;

5. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 326-3, devenu L. 3211-3 du code de la santé publique : « Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux est hospitalisée sans son consentement (...) les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en œuvre de son traitement. En toutes circonstances, la dignité de la personne hospitalisée doit être respectée et sa réinsertion recherchée (...) / En tout état de cause, elle dispose du droit : 1° De communiquer avec les autorités mentionnées à l'article L. 3222-4 ; / 2° De saisir la commission prévue à l'article L. 3222-5 ; / 3° De prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix ; / 4° D'émettre ou de recevoir des courriers ; / 5° De consulter le règlement intérieur de l'établissement tel que défini à l'article L. 3222-3 et de recevoir les explications qui s'y rapportent ; / 6° D'exercer son droit de vote ; / 7° De se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix » ;

6. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'ingérence dans l'exercice du droit d'une personne atteinte de troubles mentaux, hospitalisée sans son consentement, au respect de sa vie privée qui constitue une liberté individuelle et dont le respect de la vie sexuelle est une composante, par une autorité publique, ne peut être légale que si elle répond à des finalités légitimes et qu'elle est adéquate et proportionnée au regard de ses finalités ;

7. Considérant que le règlement de fonctionnement de l'unité Verneuil du centre hospitalier spécialisé de Cadillac dispose, en ce qui concerne l'utilisation des chambres, que : « L'unité Verneuil est un lieu de soins où l'intimité, la sécurité et la tranquillité du patient hospitalisé doivent être assurées. (...) / Le respect de sa propre intimité et de celle d'autrui est nécessaire. / A ce titre, les relations de nature sexuelle ne sont pas autorisées. Cette interdiction s'impose dans la mesure où les patients d'un établissement psychiatrique sont vulnérables et nécessitent d'être protégés (...) » ; que M. B==, alors qu'il se trouvait hospitalisé dans cette unité, sans son consentement, a demandé au directeur du centre hospitalier d'abroger les dispositions de ce règlement interdisant les relations sexuelles ; que, par une décision du 27 octobre 2008, le directeur du centre hospitalier a rejeté sa demande arguant de ce que le droit de libres relations sexuelles ne figure pas dans la liste des droits énumérés à l'article L. 3211-3 du code de la santé publique, de ce que l'interdiction ne concernait que les pratiques sexuelles entre patients et de ce que les malades d'un hôpital sont vulnérables et doivent être protégés de tous abus ;

---

vigueur le 3 novembre 1953. Elle fait référence à la déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par l'ONU le 10 décembre 1948.

<sup>52</sup> Emanation du Conseil de l'Europe, elle siège à Strasbourg ; et les instances visent l'Etat accusé de violation d'une ou de plusieurs dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ; la condamnation d'un Etat amène les juridictions de cassation à casser le jugement qui viole les dispositions visées, et à rejuger l'affaire.

8. Considérant, toutefois, que l'interdiction en cause, qui s'impose à tous les patients de l'unité, quelle que soit la pathologie dont ils souffrent, son degré de gravité et pendant toute la durée de leur hospitalisation, présente un caractère général et absolu ; que le centre hospitalier n'invoque aucun élément précis relatif à l'état de santé des patients de cette unité et à la mise en œuvre de traitements médicaux qui justifierait une interdiction d'une telle portée ; que, telle que formulée dans le règlement de fonctionnement de l'unité Verneuil, l'interdiction en cause impose à l'ensemble des patients de cette unité une sujétion excessive au regard des stipulations de l'article 8 de la convention européenne des sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des dispositions précitées de l'article L. 3211-3 du code de la santé publique ; que la décision du 27 octobre 2008 par laquelle le directeur du centre hospitalier spécialisé de Cadillac a refusé d'abroger la disposition litigieuse du règlement de fonctionnement de l'unité Verneuil est donc entachée d'illégalité ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. B== et l'UDAF 33 sont fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté la demande de M. B== tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du directeur du centre hospitalier spécialisé de Cadillac du 27 octobre 2008 ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant que l'aide juridictionnelle n'ayant pas été accordée à M. B==, son avocat ne peut se prévaloir des dispositions combinées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge du centre hospitalier spécialisé de Cadillac une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par M. B== et l'UDAF 33 et non compris dans les dépens ;

DECIDE

Article 1 : Le jugement du tribunal administratif de Bordeaux en date du 11 mai 2011 et la décision du directeur du centre hospitalier spécialisé de Cadillac en date du 27 octobre 2008 sont annulés.

Article 2 : Le centre hospitalier spécialisé de Cadillac versera à M. B== et à l'UDAF 33, ensemble, une somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il est intéressant de constater que cette décision fait de la vie sexuelle un droit personnel, subjectif, expression de l'autonomie de la personne humaine, et un droit de la personnalité, qu'on peut dès lors considérer comme hors commerce juridique, le corps humain étant indisponible aussi bien que ses produits et éléments<sup>53</sup>, que la vie sexuelle est un aspect de la vie privée, dont l'atteinte, le non respect, constitue un préjudice ouvrant droit à réparation. Ce droit à la vie privée est un droit à l'intimité, reconnu par l'article 9 du Code Civil, mais auquel le Conseil Constitutionnel avait reconnu une valeur constitutionnelle comme élément de la liberté individuelle<sup>54</sup>. Le respect de la liberté individuelle est un des aspects du respect de la dignité de la personne humaine. Dans ses conclusions, le rapporteur

<sup>53</sup> Ce qui explique que le don d'organes ou de produits du corps humain (sang, gamètes) soit anonyme et gratuit, et que la prostitution, comme la procréation pour autrui soient illicites.

<sup>54</sup> Cons.Const, N° 99-416 DC, 23 juillet 1999, Loi sur la couverture maladie universelle, et N° 94-382 DC, loi de programmation relative à la sécurité.

public, Monsieur Didier Katz, l'avait d'ailleurs souligné : *Les relations sexuelles font partie de ce que l'être humain vit le plus intimement et (...) s'opposer à ce qu'une personne ait des relations de cette nature, c'est précisément s'attaquer à sa dignité.* Il faisait donc de la sexualité une composante ontologique de l'être humain<sup>55</sup>, définissant et fondant celui-ci, alors que la formation de jugement n'en faisait qu'une qualité de la personne, et non pas un constituant de celle-ci, mais qualité substantielle. Le rapporteur public adoptait donc en ce domaine la position de Kant, exprimée dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*, pour qui *les choses qui valent par elles-mêmes, qui ont des fins en soi, comme l'humanité et la moralité, ont une dignité, c'est à dire qu'elles sont au dessus de toute espèce de prix et inaliénables*, alors qu'on pourrait considérer que la formation de jugement faisait plus sienne, avec certes plus de nuances, la position de Sénèque, dans une *Lettre à Lucullus*, 71,30 écrivant : *Les biens du corps sont biens au regard du corps, mais ce ne sont pas des biens absolus.* D'une certaine manière en raisonnant in concreto, la formation de jugement faisait prévaloir une éthique de responsabilité, donc conséquentialiste, prenant en compte les paramètres contextuels d'une situation, sur une éthique de conviction (prenant en considération les seuls principes), faisant sienne la distinction de Max Weber<sup>56</sup>, et adoptant la perspective d'une dignité posturale par opposition à la dignité ontologique, pour reprendre l'analyse d'Eric Fiat<sup>57</sup>.

C'est donc parce qu'elle n'est pas, pour le droit, reconnue comme une composante ontologique de l'être humain, mais simplement –et ce n'est pas rien– comme une qualité substantielle de la personne humaine (ce qui est fait un intérêt juridiquement protégé<sup>58</sup>) qu'il est possible de faire subir à la sexualité certaines restrictions.

Ces restrictions pourront donc restreindre en opportunité ce droit de la personnalité qu'est le droit au respect de la sexualité, ces mesures ne pouvant jamais être générales, impersonnelles, prises in abstracto. Elles devront toujours être prises in concreto, c'est à dire par rapport à un individu particulier, précis, identifié, pour une situation particulière, et décrite. Elles devront être motivées, c'est à dire que soient précisées et écrites les raisons justifiant cette limitation. Elles devront être temporaires, c'est à dire avec une durée limitée, devant être régulièrement révisées, avec une périodicité précisée. Elles devront être proportionnées à la situation. Elles devront être légitimes, c'est à dire par rapport à la situation de la personne, et non justifiées par des causes extérieures, telles des contraintes architecturales ou de personnel. Elles devront prévoir le contrôle d'une autorité judiciaire, et de voies de recours. Tout ceci devra faire par ailleurs l'objet d'une information. Ces restrictions en opportunité, quelle que soit l'objectivité recherchée pour les définir, auront toujours cependant un caractère subjectif, interprétatif, conjoncturel, marqué par l'incertain.

---

<sup>55</sup> Assez proche en cela de ce qu'exprimait le Comité Consultatif National d'Éthique, dans son avis N° 118, du 27 septembre 2012, « *Vie affective et sexuelle des personnes handicapées – Question de l'assistance sexuelle*, qui considérait *les besoins sexuels* comme *inhérents à l'homme*, voire même dans son avis N° 50 comme un élément de la citoyenneté, permettant « *le sentiment d'être dans le monde par son corps et d'y avoir sa place ; de s'inscrire dans une alliance et une filiation* ». ce qui l'amenait à refuser la mise en place d'un droit créance d'aide sexuelle, et donc de services d'assistance sexuelle, relevant d'une logique utilitariste.

<sup>56</sup> Max Weber, *Le savant et le politique*.

<sup>57</sup> Eric Fiat, *Grandeurs et misères des hommes, petit traité de dignité*, Paris, Larousse, 2012.

<sup>58</sup> Par l'article 9 du Code Civil, et dans sa dimension pénale, art 226-1 et suiv. du Code Pénal, la loi du 2 janvier 2002 (art L311-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles – s'applique aux Etablissements Médico-sociaux, et stipule respect de la dignité, de l'intégrité, de la vie privée, de l'intimité, de la sécurité, du droit d'aller et de venir librement -), la loi du 4 mars 2002 (art L110-4, al.1 du Code de la Santé Publique – s'applique aux établissements de soins, et stipule le droit au respect de la vie privée et au secret des informations concernant un patient-), l'article R311-37 du Code de l'Action sociale et des familles (indiquant que les prescriptions de L331-3 du Code de l'action sociale et des familles doivent figurer au règlement intérieur de l'établissement).

Mais l'exercice de ce droit sera aussi contraint, et donc restreint, en légalité, même si, ces contraintes et restrictions légales sont souvent intériorisées en règles morales ou de savoir-vivre, par suite d'un processus d'éducation. Aussi l'exercice de ce droit devra être conforme aux bonnes mœurs et à l'ordre public, c'est à dire avoir un caractère licite, et ne donc pas entraîner une infraction pénale. C'est ainsi que, puisque le corps humain est hors commerce juridique, la relation sexuelle ne devrait pas être tarifée, et ne pas s'accompagner d'une contrepartie financière. Mais encore elle ne devrait pas indisposer autrui, donc demeurer dans un cadre privé, intime, ne pas s'accompagner d'exhibition (art 222-32 du Code Pénal), et ne pas constituer un outrage public à la pudeur<sup>59</sup>. De même qu'elle doit faire l'objet d'un consentement, car sinon elle constituera une agression sexuelle, c'est à dire *une atteinte sexuelle*, de quelque nature qu'elle soit – délictuelle, ou criminelle en cas de viol, c'est à dire introduction dans un orifice sexuel, ou d'une partie sexuelle dans un orifice), *commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* (art 222-22 du Code pénal), *contrainte qui peut être physique ou morale* (art 222-22-1 du Code pénal), ou *résulter de la différence d'âge entre une victime mineure et l'auteur des faits ou de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur une victime* (ce qui est un cas d'aggravation de l'infraction). De plus c'est parce que la sexualité est une qualité substantielle de la personne humaine que le harcèlement sexuel, c'est à dire le *fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante, ou encore même de manière non répétée, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle à son profit ou pour des tiers* (art 222 – 33 du Code Pénal) est prohibé. En la circonstance ce délit sera aggravé s'il est commis *par une personne qui abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions, sur un mineur de 15 ans, sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur, ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résulte de la précarité de sa situation économique ou sociale, apparente ou connue de l'auteur, et par pluralité d'auteurs.*

Ces contraintes et restrictions en légalité postulent l'existence d'un consentement libre et éclairé à l'exercice de la sexualité, qui ne soit pas donné par erreur, dol ou violence, et donc l'autonomie de la volonté, résultant de l'intégrité du discernement et de la capacité du sujet à l'exprimer et le donner, à manifester par conséquent une capacité d'exercice.

Le droit postule en effet l'intégrité du discernement pour reconnaître une entière capacité d'exercice. De même il peut définir des distinctions et degrés pour en établir le périmètre, et en établir des critères univoques d'appréciation. C'est ainsi qu'il distinguera entre capacité de jouissance, qui ne peut être limitée que pour des critères d'âge et capacité d'exercice. Pour ce qui est de la sexualité (comme pour d'autres domaine) le mineur se trouve dans une incapacité de jouissance et d'exercice, mais qui sera progressivement pondérée, en fonction d'une majorité sexuelle<sup>60</sup>, qui se déduit des dispositions du Code Pénal relative à l'atteinte sexuelle sans violence sur mineur de 15 ans (âgé de moins de 15 ans<sup>61</sup>). S'il y a

---

<sup>59</sup> Cette infraction pénale, qui figurait dans l'ancien code pénal, est aujourd'hui contenue dans l'infraction exhibition sexuelle. Elle déplace l'infraction vers l'auteur de l'acte transgressif, dont l'attitude en soi porte préjudice à la morale sociale, et non vers un possible spectateur putatif, éliminant ce faisant l'éventuelle appréciation subjective de l'acte ; qui est ou n'est pas, mais qui n'est plus fonction de.

<sup>60</sup> A laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle – décision N° 2011-222 du 17 février 2012.

<sup>61</sup> Art 227-25 du Code pénal.

*violence, contrainte, surprise, menace*, peu importe l'âge, l'infraction sera constituée. En revanche, s'il ces conditions ne sont pas manifestes, et donc s'il y a consentement, l'infraction ne sera pas constituée dans les cas où la relation sexuelle concernera un majeur et un mineur de plus de 15 ans (mais le sera si le mineur a moins de 15 ans), ou concernera deux mineurs, même si l'un a moins de 15 ans. Reste que l'on perçoit combien ces critères, apparemment objectifs, peuvent également être conjoncturels, car l'âge de cette majorité sexuelle a évolué au cours du temps, passant de 11 ans, dans le Code Pénal de 1832, à 13 ans en 1863, et à 15 ans, en 1945, tandis qu'existait une aggravation si la relation était de nature homosexuelle<sup>62</sup>. La non intégrité du discernement des mineurs de moins de 15 ans est présumée, ce que certains critiquent comme constitutif d'un ghetto sexuel<sup>63</sup>, source de possibles perturbations futures de la vie sexuelle, mais, alors que le droit adopte une position aristotélicienne considérant la sexualité du point de vue de la personne, comme puissance de, lui appartenant de causer et de saisir en tant que sujet autonome, cette position critique<sup>64</sup> considère la sexualité d'une manière hétéronome, comme une chose un peu extérieure à la personne, qu'il s'agit de révéler, faire apparaître, somme toute causer et déterminer de manière externe. Mais cette présomption de l'impossible discernement du mineur a un aspect de quasi-certitude.

En revanche, dans le cas des majeurs, l'incertitude redevient la règle, car peut-il exister une altération complète du discernement, totale et définitive, objectivable et intangible, dont on soit assuré, sauf peut-être les situations de mort clinique et d'électro-encéphalogramme plat. En effet l'impossibilité d'accès à la vie psychique de quelqu'un peut-il être l'indicateur de l'absence de vie psychique de cette personne ? Le supposer serait encore une fois ne considérer l'autre que comme objet, réduit aux regards, considérants, déterminations externes dont on l'affecte, et non comme sujet potentiellement autonome, en tout cas ayant manifesté son autonomie. C'est la raison pour laquelle le droit ne s'est préoccupé, concernant les majeurs, que des incapacités d'exercice, et non plus globalement incapacité générale, absolue et totale, puisque celle-ci ne concerne que les actes de disposition et non les actes de gestion, et plus les biens, ou la personne, à travers ses qualités, ses aspects particuliers, et non des incapacités de jouissance, qui concernent la personne dans sa dimension ontologique, à savoir ses désirs et représentations. Ce faisant, et nonobstant toutes les subtilités que déploie le logos juridique, il ne répond pas à l'interrogation, ne fournissant aucune conduite à tenir permettant de trouver des réponses face à l'imprévu que sont l'émergence de la sexualité, l'affirmation du désir, la légitimité et la licéité de cette jouissance.

---

<sup>62</sup> Disposition introduite en 1942, abrogée le 6 novembre 1981.

<sup>63</sup> Marcella Iacob, *Le crime était presque sexuel ; et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion, 2002.

<sup>64</sup> Qui fut aussi celle d'un Gide, d'un Montherlant, et plus nettement d'un Marcel Jouhandeau ou d'un Gabriel Matzneff.

## CONCLUSION

Depuis toujours la sexualité conjugue nécessité, plaisir et perplexité. Elle est ce qui permet la vie, sa pérennité, et pourrait donc, d'une certaine manière, en être l'épure, la réduction minimale, de sa définition. Elle peut s'apparenter au *conatus* de Spinoza, ou à la *volonté de puissance* de Nietzsche, ou encore à *l'élan vital* de Bergson. Cependant principe de vie elle est aussi, et c'est sans doute une des différences majeures entre l'homme et l'animal, principe de plaisir, *pulsion de vie*, si l'on en croit Freud, c'est à dire qu'elle procure une jouissance, et pas seulement instinctuelle, mécanique, mais aussi dans l'ordre de la représentation, comme possibilité, attente, désir, affectée de degrés différentiels de satisfaction, et l'on pourrait dire, pour reprendre des concepts de Schopenhauer, qu'elle est *comme volonté et représentation*, à la fois expression de la nature et de la culture, manifestation ontologique de l'homme, mais aussi vécue toujours de manière subjective et conjoncturelle. Elle a donc une expression biologique certaine, mais est vécue dans l'incertitude psychologique, et parfois le malaise social, qui l'affecte de critères licites ou illicites. C'est pourquoi ce malaise s'exprime parfois avec force dans des situations collectives, comme par exemple les établissements sanitaires et médico-sociaux, pour mineurs et majeurs, mais plus globalement au sein de toutes collectivités fermées ou encadrées. Son expression et ses manifestations, dans ces contextes et cadres organisationnels, peuvent hypothéquer jusqu'à la possibilité de la penser, comme inhérente aux personnes, comme événement témoignant de leur existence, et de la vie, et finalement confronter à une forme d'aporie tragique, dans laquelle s'expriment des postures contradictoires : nécessité et impossibilité, liberté ou interdiction, sans possibilité d'effectuer un choix, inconfort dont on ne sort que par la création d'un tabou, quand elle est de l'ordre de l'indicible, de l'impensable, de l'irreprésentable, ou d'un logos qui permet de la penser, et de tenter de répondre au malaise qu'elle suscite, en en délimitant le périmètre, en la socialisant en quelque sorte, ramenant un événement, un acte, une posture individuels, vers le collectif, qui va chercher à objectiver, prévoir, définir, et somme toute réduire à du connu, du certain, ce qui est d'abord un acte semblable à une apocalypse, affrontant à l'improbable car à l'imprévu.

Longtemps les mythes ont eu cette fonction, auxquels le droit, de nos jours, a succédé, offrant une apparence d'objectivité et de rationalité, dont on attend souvent un prêt à penser, et des conduites à tenir certaines et indiscutables. L'interdit est souvent alors recherché comme une manière de résoudre l'interdit, c'est à dire les contradictions, les positions controversées qui s'expriment, entre d'une part liberté de la personne humaine, le respect de celle-ci, et de ses déclinaisons, dont la sexualité, étant une composante essentielle de la dignité de la personne humaine, dignité ontologique, et les risques que le caractère absolu de l'expression de celle-ci peut entraîner pour la dignité même de la personne. Finalement la dignité ontologique de la personne est-elle ou non diamétralement opposée à sa dignité posturale, ou bien l'une peut-elle être au service de l'autre, ce qui est une autre manière de poser le débat entre éthique de conviction et éthique de responsabilité.

Mais si le droit cherche à dégager quelques repères objectifs, il ne résout ni toutes les questions, ni ne lèvent toutes les incertitudes. Car il est d'abord interprétation. Et moins que des règles de conduites, intangibles, il pose des principes, et des possibilités d'y déroger en partie. C'est le cas pour la sexualité, qui est inhérente à la personne humaine, dont le respect est un principe absolu, mais qui peut supporter des restrictions et des limitations, en légalité certes, mais plus encore en opportunité, qui, certes, ne peuvent se définir qu'au cas par cas, in concreto et non in abstracto, qui ne peuvent jamais être générales et impersonnelles, ce qui est toujours insatisfaisant, surtout en situation collective, car elles n'éliminent jamais l'incertitude, le questionnement, et donc la responsabilité. C'est pourquoi le raisonnement

juridique et la recherche des règles juridiques applicables, ne dispense pas du raisonnement éthique, qu'il alimente plutôt qu'il ne s'y substitue.