

**Recueil Dalloz 2005 p.2973****Le sadisme n'est pas un droit de l'homme****(CEDH, 1re sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique 📄(1))****Muriel Fabre-Magnan, Professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)****L'essentiel**

Les droits de l'homme ne peuvent que se pervertir s'ils sont utilisés, non plus pour faire sanctionner leur violation, mais au contraire pour la justifier. C'est pourtant sur cette pente que se laisse entraîner la Cour européenne des droits de l'homme à travers la notion d'autonomie personnelle qu'elle a déduite du droit au respect de la vie privée. La dérive apparaît clairement dans une affaire de sadomasochisme dans laquelle la victime subissait de véritables actes de torture et d'humiliation, même si, finalement, la Cour juge que les condamnations pénales intervenues ne constituent pas une violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le sadomasochisme est sans doute vieux comme le monde 📄(2). Mais la façon dont il est parfois appréhendé aujourd'hui montre, à côté d'autres signes, le désarroi de nos sociétés occidentales, et les impasses auxquelles peuvent mener certaines interprétations des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme en donne un inquiétant exemple en esquissant, sans sembler en prendre pleine conscience, un véritable retournement de la philosophie des droits de l'homme.

Un magistrat et un médecin se livraient avec plusieurs autres personnes à des activités de sadomasochisme, pratiquées notamment sur l'épouse du premier. Leurs pratiques avaient atteint un tel niveau de violence et de barbarie qu'elles étaient interdites par les clubs spécialisés et ils durent alors louer des locaux spécialement aménagés pour continuer leurs activités. Les propriétaires du club qu'ils avaient un moment fréquenté firent l'objet d'une enquête judiciaire qui leur fut étendue ; à l'occasion de l'instruction, des cassettes vidéos furent saisies qui contenaient le film de ce qui s'était déroulé dans les locaux loués.

Selon les constatations de la Cour, on y voyait les requérants « utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids ». Ainsi, toujours selon les faits rapportés, « certaines scènes enregistrées en vidéo montrent-elles la victime hurlant de douleur pendant que les prévenus continuaient de la hisser par les seins au moyen d'une poulie, la fouettent puis lui attachent encore des poids aux seins. Lors d'une autre scène, la victime se voit hisser par une corde et les prévenus lui attachent des pinces aux mamelons et aux lèvres vulvaires, pour ensuite lui administrer pendant plusieurs secondes des chocs électriques, suite à quoi la victime perd conscience et s'effondre. Une autre fois, la victime subit des marquages au fer rouge ». Il est encore rapporté que « la victime, suspendue, se voyait planter des aiguilles dans les seins (au moins sept aiguilles dans chaque sein), les mamelons, le ventre et le vagin, elle se voyait ensuite introduire une bougie dans le vagin, puis fouetter les mamelons. Quand elle hurlait de douleur et criait « pitié ! » en pleurant, les prévenus continuaient de lui planter d'autres aiguilles dans les seins et dans les cuisses, au point qu'un des seins se mit à saigner. Peu après, la victime, qui était alors suspendue par les pieds, se voyait administrer cinquante coups de fouet, pendant qu'on lui faisait couler de la cire brûlante sur la vulve puis qu'on lui introduisait des aiguilles dans les seins et les lèvres vulvaires ».

Le 30 septembre 1997, la Cour d'appel d'Anvers les reconnut, avec trois autres personnes, coupables de coups et blessures volontaires et, pour le magistrat ayant fait participer son épouse, d'incitation à la débauche ou à la prostitution. Ce dernier fut condamné à un an d'emprisonnement et 100 000 francs belges (2 478 euros) avec sursis, assorti de l'interdiction d'exercer pendant cinq ans toute fonction, emploi ou office public, et le médecin à un mois d'emprisonnement et 7 500 francs belges (185 euros), toujours avec sursis. Leur pourvoi ayant été rejeté par la Cour de

cassation belge, ils saisirent tous deux la Cour européenne des droits de l'homme.

Plusieurs arguments furent soulevés par eux devant la haute Cour européenne. Fut d'abord alléguée mais rejetée une violation de l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable), car la Cour releva que les droits de la défense avaient été respectés et les deux parties traitées à égalité. Une première violation de l'article 8 fut également invoquée, requalifiée par la Cour en violation de l'article 7 (principe de légalité des délits et des peines), dans la mesure où le grief des requérants portait sur le fait que la condamnation de leurs pratiques n'aurait pas été explicitement prévue par la loi, ni consacrée par la jurisprudence. La Cour leur rétorqua que les pratiques étaient en l'espèce tellement violentes que les requérants ne pouvaient ignorer le risque de poursuites pour coups et blessures auxquelles ils s'exposaient, en particulier compte tenu de leurs professions respectives.

Le point qui nous retiendra est celui de la seconde violation alléguée de l'article 8 (droit au respect de la vie privée), les requérants soutenant que les faits sanctionnés relevaient de leur vie privée et, spécialement, sexuelle, dans laquelle l'Etat ne pouvait en l'espèce s'ingérer.

### La vie privée

La Cour constate d'abord que les parties s'entendent à considérer qu'il y a eu ingérence dans l'exercice de la vie privée. La vie privée au sens de l'article 8 est en effet large, et comprend notamment des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle.

Certes, la qualification de vie privée aurait pu être contestée au regard du nombre de personnes impliquées dans les pratiques, ou en raison du fait que celles-ci avaient fait l'objet d'un film vidéo, mais, alors que, dans une précédente affaire de sadomasochisme (*Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, du 19 février 1997), la Cour s'était posée la question (3), elle reste ici muette. On aurait pu ajouter, utilisant la distinction forgée par la Chambre sociale de la Cour de cassation entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié (4), que lorsque le magistrat touchait des rémunérations en échange de la soumission de son épouse à certaines pratiques, fait qui était avéré, il ne pouvait plus y avoir vie personnelle et donc vie privée. Mais, là encore, rien n'est dit sur ce point, il est vrai non soulevé par les parties.

La Cour s'attelle en revanche à vérifier, conformément aux indications de l'article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (5), si l'ingérence ainsi reconnue dans l'exercice d'un droit garanti par l'article 8 était « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes énoncés dans ce paragraphe et « nécessaire, dans une société démocratique », à la poursuite de ce ou ces buts.

L'ingérence était tout d'abord bien prévue par la loi puisque la Cour avait déjà retenu, sur le fondement de l'article 7, que, même s'il n'y avait pas d'arrêt précis concernant des faits semblables, les requérants pouvaient s'attendre à ce que l'extrême violence de leurs pratiques fassent tomber celles-ci sous la qualification pénale de « coups et blessures volontaires ».

En outre, l'ingérence critiquée poursuivait bien un ou des buts légitimes dans la mesure où, comme l'énonce la Cour, les condamnations prononcées par les juridictions nationales visaient la protection des droits et libertés d'autrui, la protection de la santé, ou encore la défense de l'ordre.

Restait alors à vérifier que la condamnation des requérants était « nécessaire dans une société démocratique ». Comme le rappelle la Cour en renvoyant à sa jurisprudence (*McLeod c/ Royaume-Uni*, 23 sept. 1998), cela n'est le cas que si la mesure en cause se fonde sur un besoin social impérieux, ce qui impose, notamment, qu'elle demeure proportionnée au but légitime recherché.

C'est là que la Cour recourt à un nouveau droit, récemment forgé et hautement significatif : l'autonomie personnelle.

### L'autonomie personnelle

Depuis son arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2002  auquel elle se réfère expressément, la Cour européenne des droits de l'homme a déduit de l'article 8 un droit à l'« autonomie personnelle ». Elle retenait dans cette affaire que « bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (§ 61). Il s'agissait alors d'une femme paralysée et souffrant d'une maladie dégénérative incurable qui demandait à ce que son mari puisse l'assister à

se suicider, requête que la Cour avait cependant finalement rejetée.

L'autonomie personnelle serait, selon la Cour, un droit de décider pour soi-même, un droit de faire ses propres choix, en d'autres termes ce qu'elle appelle un « droit à l'autodétermination ».

On aurait pu songer à rattacher l'autonomie personnelle à la liberté plutôt qu'au droit au respect de la vie privée, mais l'article 5 de la Convention (« droit à la liberté et à la sûreté ») n'assure que la protection contre les détentions physiques, c'est-à-dire les « privations de liberté » au sens corporel du terme.

La qualification de liberté eût pourtant été plus adaptée que celle de « droit » à l'autodétermination. Pouvoir décider pour soi-même de mener sa vie privée comme on l'entend est, au sens juridique précis, une liberté, c'est-à-dire une faculté d'agir (ou de ne pas agir), de décider (ou de ne pas décider), de choisir (ou de ne pas choisir) (6). Il n'y a pas de « droit » à l'autodétermination, car on ne pourrait par hypothèse poursuivre aucune personne devant les tribunaux afin de revendiquer qu'elle nous « autodétermine » (comme on pourrait par exemple forcer quelqu'un à « respecter » notre vie privée, ce qui constitue bien un « droit » au respect de la vie privée). C'est une dérive de la Cour européenne que de tout qualifier de « droits », et même de « droits de l'homme », car seule cette qualification justifie en principe son intervention. Ce forçage de la notion la conduit à élargir ses compétences au-delà des seuls droits fondamentaux, et par là même à empiéter sur des choix qui relèvent de la souveraineté des Etats (7).

La notion d'autonomie personnelle est de plus en plus utilisée par la juridiction européenne qui s'engouffre dans les interprétations proposées par les requérants (pour lesquels elle est évidemment une mine), sans prendre conscience que la notion permet un véritable retournement dans la protection assurée par les droits de l'homme : elle est invoquée en effet non plus pour *sanctionner*, mais au contraire pour *justifier* des atteintes aux droits de l'homme. A terme et si la Cour n'y prend garde, c'est toute la protection mise en place par la Convention européenne des droits de l'homme qui s'en trouvera déconstruite.

En l'espèce, la Cour déduit de l'autonomie personnelle le « droit d'entretenir des relations sexuelles ».

### La liberté sexuelle

Selon l'arrêt, « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle ». La Cour ajoute que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps ». Elle en déduit « que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus ».

Le présent arrêt est ainsi un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Laskey* précité du 19 février 1997, où la Cour admettait encore que l'Etat avait pour rôle d'intervenir dès lors qu'il y avait dommages corporels. Les requérants avaient alors soutenu, de la même façon, que leurs pratiques sadomasochistes relevaient de leur comportement sexuel privé qui échappe à l'intervention de l'Etat. Pour se dire « non convaincue par cette thèse », la Cour jugeait à l'époque « que l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien » (8).

Dans l'arrêt examiné, la Cour ne se réfère pas à ce précédent (contrairement à la Cour d'appel d'Anvers qui l'avait cité), et énonce au contraire qu'il résulte désormais de la notion d'autonomie personnelle « que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité ».

La liberté sexuelle devient ainsi un fait justificatif, au sens précis qu'a ce terme en droit pénal : des pratiques qui tomberaient en principe sous le coup de la loi pénale, et notamment comme en l'espèce des coups et blessures, se trouvent justifiées, c'est-à-dire qu'il y a disparition de l'infraction, dès lors qu'elles ont été faites au nom de la liberté sexuelle. Comme la médecine, la sexualité permettrait de justifier des atteintes à l'intégrité physique d'autrui. En l'espèce, le

médecin, qui n'attendait sans doute pas une telle indulgence et un tel parallèle offert par la Cour européenne, avait préféré soutenir directement que certaines des pratiques auxquelles il s'était livré (par exemple coudre les lèvres du sexe de la victime) étaient « des actes médicaux favorisant le bien-être physique et social de la femme ».

La Cour ne semble pas mesurer les conséquences de sa nouvelle jurisprudence.

Au nom de quoi la sexualité justifierait-elle *par principe* des coups et blessures et donc une violation du droit pénal ? Car c'est bien à l'inversion du principe et de l'exception que procède la Cour européenne, qui fait ainsi passer la liberté sexuelle avant la protection de l'intégrité de la personne <sup>(9)</sup>, et plus largement avant le droit pénal. Certes, les pratiques sexuelles privées peuvent conduire à tolérer, par exception, certaines atteintes mineures à l'intégrité physique d'autrui. Il est en revanche difficile d'admettre que, désormais, par principe, des coups et blessures seraient admis au nom de la liberté sexuelle, les « raisons particulièrement graves » justifiant une intervention des pouvoirs publics devenant l'exception <sup>(10)</sup>.

Au nom du droit au respect de la vie privée, ce qu'a finalement entériné la Cour, c'est un droit de frapper et blesser autrui dans un but de jouissance sexuelle, donc ce qu'on pourrait appeler un « droit au sadisme », qui deviendrait même un droit de l'homme puisque la Cour le déduit de l'article 8 de la Convention <sup>(11)</sup>.

Cela est d'autant plus inadmissible qu'il y avait en l'espèce non seulement atteinte à l'intégrité physique et morale de la personne, mais également de toute évidence traitement inhumain et dégradant, et même en réalité actes de torture. En effet, si certaines conventions internationales, et notamment la Convention des Nations unies contre la torture du 10 décembre 1984, sont relativement restrictives en ce qu'elles incluent dans la définition de la torture un nombre limitatif de mobiles <sup>(12)</sup>, la restriction est levée par d'autres textes internationaux <sup>(13)</sup>, et aussi par le droit français <sup>(14)</sup>. On ne peut nier qu'il y avait en l'espèce une « souffrance physique ou morale extrême » <sup>(15)</sup> de l'épouse, qui subissait un véritable supplice <sup>(16)</sup>. Et toutes ces violations des droits de l'homme seraient pour la Cour justifiées par l'exercice de la liberté sexuelle ? La liberté sexuelle primerait donc désormais tous les autres droits de l'homme ? Elle serait le premier des droits de l'homme ? Les tortures et barbaries commises lors de pratiques sexuelles seraient un droit de l'homme protégé par la Cour européenne ?

Les requérants vont certainement s'empressement de tirer profit de cette jurisprudence et la Cour ne devra pas s'étonner de les voir désormais soutenir, pour excuser les actes et tortures les plus divers, et même pourquoi pas le meurtre (puisque Sade a bien expliqué que c'est l'acte qui procure la plus grande jouissance sexuelle <sup>(17)</sup>), que ceux-ci étaient faits dans le but de leur procurer un plaisir sexuel.

Ceux qui, au lendemain des horreurs nazies, ont oeuvré pour le développement des droits de l'homme, seraient sans aucun doute consternés devant le retournement ainsi cautionné par la Cour européenne, et devant un tel détournement des droits de l'homme. On ne peut évidemment que se réjouir des progrès de la liberté, mais il est moins réjouissant de voir cette liberté invoquée aujourd'hui pour justifier des atteintes aux droits de l'homme. Bernard Edelman a fortement qualifié cette dérive de « liberté pour la mort » <sup>(18)</sup>. Il y a en effet dans ces revendications « modernes » au nom de l'autonomie personnelle un aspect mortifère que le droit n'a pas pour rôle de cautionner. Sade était d'ailleurs en réalité très moderne, et ce qu'on a qualifié parfois chez lui de « déraison, on peut aussi bien l'appeler tentative de libération absolue, à quelque prix que ce soit » <sup>(19)</sup>. Il en percevait clairement les conséquences : dans ses livres les plus extrêmes comme *Les Cent-vingt journées de Sodome*, la mort est le seul aboutissement possible. Il était en ce sens « absolu », « parce qu'il ne s'arrête jamais devant les conséquences, les plus extrêmes soient-elles, où le mène sa négation » <sup>(20)</sup>. La Cour européenne ne semble pas effrayée devant de telles extrémités puisqu'elle énonce froidement, dans l'affaire *Pretty* précitée du 29 avril 2002, que « même lorsque le comportement en cause représente un risque pour la santé ou lorsque l'on peut raisonnablement estimer qu'il revêt une nature potentiellement mortelle, la jurisprudence des organes de la Convention considère l'imposition par l'Etat de mesures contraignantes ou à caractère pénal comme attentatoire à la vie privée, au sens de l'article 8 § 1, et comme nécessitant une justification conforme au second paragraphe dudit article ».

Quand est-on en outre dans l'exercice d'une liberté « sexuelle » ? La Cour semble retenir une acception très extensive de ce qualificatif. Certes, il n'est pas nécessaire que soit en jeu un organe sexuel et, si on se réfère là encore aux ouvrages de Sade (puisque c'est bien de sadomasochisme dont on parle), on y trouve les actes les plus divers mettant en oeuvre toutes les parties du corps

et aussi des instruments variés. Pourrait alors être qualifiée de sexuelle toute pratique visant à une excitation ou à un plaisir sexuel chez son auteur. On voit déjà toutes les difficultés casuistiques d'application de la notion ainsi proposée par la Cour européenne, qui oblige non seulement à définir la jouissance, mais encore à déterminer à partir de quand celle-ci devient sexuelle.

### **Le consentement de la victime**

L'autonomie personnelle et le droit qui en découle « d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible » expressément reconnu par la Cour trouvent cependant une limite : « celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti ». Qu'il y ait une « victime » dans l'affaire ne semble pas un problème (la Cour y met tout de même des guillemets...), dès lors que c'est une victime consentante.

Or, en l'espèce, l'épouse avait certes accepté de se soumettre aux pratiques érotiques de ses partenaires (ce n'est pas elle qui a porté plainte et elle ne s'est pas davantage constituée partie civile), mais sa volonté de cesser l'expérience à un moment donné ne fut pas respectée. En effet, les différents participants étaient convenus que, dès lors que la victime crierait « pitié », ils devraient immédiatement tout arrêter, mais les cassettes vidéos saisies montraient que, à plusieurs reprises, l'épouse avait crié « pitié » en hurlant de douleur et en pleurant, sans que les prévenus cessassent pour autant de la martyriser.

La Cour, ayant ainsi constaté que la victime avait cessé de consentir, admit finalement que la condamnation des deux requérants se trouvait justifiée et que l'article 8 n'avait donc pas été violé : « à la lumière notamment des éléments retenus par la cour d'appel, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés » (21). La Cour semble soulagée d'avoir pu constater l'absence de consentement de la victime car, s'étant elle-même minutieusement privée de tout autre argument de nature à justifier, en l'espèce, la condamnation des requérants, elle se trouvait à ce stade du raisonnement fort démunie.

Dès lors que la victime n'avait pas consenti, la Cour aurait pu, sur ce seul motif, rejeter comme elle l'a fait la requête présentée devant elle. Il n'était ainsi pas nécessaire de procéder, au préalable, à un revirement de jurisprudence sur l'effet justificatif de la liberté sexuelle. Surtout, ce n'est pas parce que l'absence de consentement de la victime suffit à justifier la condamnation des auteurs de coups et blessures que, à l'inverse, le consentement de la victime permettrait de les excuser (22).

Les droits de l'homme seraient vidés de toute portée si le consentement de la victime suffisait à se dispenser de les respecter. Si la seule chose qui compte est l'autonomie personnelle, une personne pourrait accepter d'être soumise à des pratiques sadomasochistes, mais aussi d'être torturée, traitée en esclave (23), ou même tuée. Catherine Labrusse-Riou avait déjà lumineusement perçu, il y a près de vingt ans, que « la tradition des droits de l'homme [...] instrument de protection du sujet contre des pouvoirs aliénants, ne peut que se pervertir et se détruire en se transformant en un droit à l'autodétermination à une libre disposition du corps, au nom d'un hypothétique et illusoire droit au bonheur » (24).

Est-ce uniquement en matière sexuelle que le consentement justifierait de telles atteintes à l'intégrité corporelle ? Mais pourquoi alors interdit-on l'excision des jeunes filles consentantes puisque, pour reprendre la formule utilisée par la Cour européenne, « la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps », choix qui peuvent aller jusqu'à « s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne ». La Cour doit également s'attendre à voir invoquer l'argument en matière de prostitution, et l'on soutiendra pareillement que, au nom de l'autonomie personnelle, l'Etat ne serait pas autorisé à interdire ces activités dès lors qu'elles se déroulent dans des lieux privés avec des personnes consentantes (25). Au nom de quoi encore la polygamie pourrait-elle désormais être interdite si les épouses consentent à leur sort ? Toutes ces pratiques seraient-elles désormais des droits de l'homme ?

Le droit ne peut évidemment tout abandonner aux consentements individuels, et on assiste aujourd'hui à un bien inquiétant retour en arrière. On oublie que des matières comme le droit du travail se sont précisément forgées sur la conscience que tout ne devait pas céder en cas de consentement du salarié : il est indifférent que celui-ci accepte de travailler en infraction aux règles de sécurité, ou encore dans des conditions dangereuses pour sa santé, non seulement parce que le consentement d'une personne en état de dépendance est fragile, mais aussi parce que le droit a

pour objet d'instituer un environnement qui permette la protection de la sécurité physique des personnes. Le droit du travail perdrait tout son sens si les employeurs pouvaient s'en dispenser en obtenant le consentement de leurs salariés, et c'est d'ailleurs une tendance qui commence à s'y manifester (26). Dans le domaine sexuel et privé comme dans le domaine économique et social, le libéralisme est de la même façon destructeur lorsqu'il est sans limite (27), et conduit tout aussi sûrement à assurer la domination des forts sur les plus faibles qui sont toujours ceux qui consentent (28) ; on a pu ainsi justement soutenir qu'il y avait toujours de l'aliénation dans le consentement (29). La Cour cède finalement à une définition utilitariste du droit (30).

Le consentement est aujourd'hui considéré de façon générale en maints domaines comme un sésame (notamment en matière médicale), et la définition qu'on en retient renvoie à une vision bien éthérée de l'être humain, considéré comme omniscient et surtout transparent à lui-même, c'est-à-dire bien sûr sans inconscient (31). C'est ignorer toute la complexité et la fragilité d'un consentement. Il était ainsi en l'espèce avéré que l'épouse avait bu de grandes quantités d'alcool pendant les « séances », ce qui pouvait faire pour le moins douter de la lucidité de son consentement, sans parler même de son possible état de dépendance ou de crainte vis-à-vis de ses partenaires. La Cour, se bornant à considérer les paroles prononcées par la victime, tient cependant ce consentement pour acquis sans s'interroger sur sa réalité ou sa lucidité, et ce n'est que lorsque la femme crie sa douleur et sa volonté d'arrêter qu'elle retient l'absence de consentement.

En déduisant du consentement et du « droit d'opérer des choix concernant son propre corps », le fait que le droit pénal doit s'abstenir d'intervenir, la Cour procède en outre à un glissement sur le sens de la liberté de disposer de son propre corps.

### La libre disposition de son corps

Le Code civil reposait à l'origine sur un principe d'indisponibilité de la personne, qui devient aujourd'hui, notamment sous la plume de la Cour européenne des droits de l'homme, un « droit de disposer de son corps », qui est « partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle » (§ 83) (32).

Certes, on peut toujours, pour soi-même, décider de se maltraiter (il y a eu dans toutes les cultures des pratiques d'auto-flagellation, de jeûne, et autres rites similaires), et on a même la possibilité de se suicider.

Il s'agit cependant là encore d'une liberté et non pas d'un droit ; en d'autres termes, le droit n'a pas à (et d'ailleurs ne peut pas) empêcher ces actes, mais on ne peut en déduire pour autant qu'il devrait y apporter son aide ou sa caution. La Cour n'évite pas la confusion contemporaine entre désir, liberté, et droit : tout désir ne doit pas nécessairement être consacré par une liberté, et toute liberté, c'est-à-dire toute faculté d'agir (ou de ne pas agir), même si elle est protégée par le droit, n'est pas nécessairement pour autant un droit. La faculté de se maltraiter ou de se suicider n'est pas un « droit » de se maltraiter ou de se suicider : elle relève du rapport de soi à soi et non pas du droit (33).

En revanche, dès lors que c'est par un autre qu'on est maltraité ou tué, le droit, et surtout le droit pénal, ne doit pas s'arrêter au fait que la victime aurait donné son consentement, et il peut par principe au contraire légitimement intervenir. La faculté de disposer librement de son corps n'est pas un droit d'accepter qu'autrui y porte atteinte, et encore moins un droit pour autrui d'y porter atteinte dès lors qu'il s'est assuré du consentement de sa victime. Ces glissements successifs ne sont évidemment pas sans conséquences.

Si toute personne a désormais le droit de « s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne », au nom de quoi devrait-on lui interdire de consentir à se prêter à ces mêmes activités pour de l'argent ? Est-ce au nom du principe d'indisponibilité du corps humain, lequel est juridiquement hors commerce ? Mais la Cour serait bien embarrassée, après avoir consacré le « droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle », d'invoquer, pour limiter ce droit, le principe d'indisponibilité du corps humain. Elle reste d'ailleurs muette sur les faits relevés en l'espèce par la Cour d'appel d'Anvers, à savoir que le magistrat avait proposé à des clubs sadomasochistes que son épouse s'y livrât à des pratiques très violentes moyennant une rémunération, avait implicitement consenti à l'insertion de petites annonces dans ce but, et enfin avait pendant plusieurs mois conduit cette dernière dans ces clubs, en allant à chaque fois la rechercher afin de percevoir lui-même l'argent.

Les droits les plus fondamentaux doivent être protégés et sauvegardés indépendamment du consentement de la victime : il en va ainsi en tout premier lieu de la dignité de la personne humaine.

### La dignité humaine

La Cour d'appel d'Anvers avait estimé que les pratiques litigieuses, « même à une époque caractérisée par l'hyper-individualisme et une tolérance morale accrue, y compris dans le domaine sexuel », étaient « tellement graves, choquantes, violentes et cruelles qu'elles portaient atteinte à la dignité humaine ». Pour débouter les requérants, la Cour européenne des droits de l'homme n'utilise pas ce concept de dignité qui, il est vrai, n'est pas directement protégé par la Convention même si la Cour a eu l'occasion d'admettre que la dignité, comme la liberté, est « l'essence même de la convention » (34).

La dignité de la personne humaine était concernée par les pratiques sadomasochistes de l'espèce, car elle est en jeu toutes les fois qu'est portée atteinte à l'humanité de l'homme. Elle connaît des applications diverses, en droit social (droit à un travail et à un logement décent) ou encore en droit biomédical. La dignité doit cependant rester un principe subsidiaire, à n'utiliser que lorsque aucune autre règle juridique n'est mobilisable, sous peine de la galvauder et d'en diluer le sens déjà suffisamment délicat à formuler. C'est pourquoi, en l'espèce, la Cour qui relevait l'absence de consentement de la victime pouvait s'arrêter là, et justifier ainsi la condamnation des requérants sans avoir à introduire le principe de dignité de la personne humaine. Mais même si la victime avait consenti à son supplice, ce qui pourrait être le cas dans d'autres affaires, le principe de dignité pourrait être utilement invoqué pour condamner malgré tout les auteurs de ces actes.

Le concept de dignité de la personne humaine est apparu parce que les droits de l'homme traditionnels, centrés sur l'individu, sa liberté, sa vie privée, et son autonomie, ne suffisaient précisément plus (35). Il est même aujourd'hui devenu indispensable, malheureusement pourrait-on ajouter, car il aurait été à maints égards préférable de pouvoir s'en dispenser, plus exactement de ne pas en faire un concept juridique opératoire (36). Dès lors cependant qu'il acquiert une valeur positive (37), il est le premier principe qui fonde tous les autres (38). Les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée solennellement à Nice le 7 décembre 2000 ne s'y sont pas trompés en l'inscrivant à l'article 1er du chapitre 1er de la Charte, avant même la liberté (chap. II), l'égalité (chap. III) ou la solidarité (chap. IV). Certes, il faut demeurer vigilant contre les possibles atteintes étatiques à la vie privée (39), mais c'est aujourd'hui plus souvent la barbarie qu'il faut combattre, et le principe de dignité est alors une réponse particulièrement adaptée (40).

La définition de la dignité est délicate, et son contenu relève d'une interprétation casuistique et évolutive. L'idée essentielle est que tous les êtres humains sans exception (même les malades et les mourants, et même les meurtriers et les terroristes) doivent être traités dignement. Dignement pour un être humain signifie « humainement », comme un être humain (et non pas comme une chose ou un animal) (41). A défaut d'avoir à esquisser une définition juridique de l'être humain, qui serait bien hasardeuse (42), le concept de dignité de la personne humaine permet de traduire juridiquement comment il faut le traiter ou comment il ne faut pas le traiter. La particularité de l'homme, notamment par rapport aux choses mais aussi par rapport aux animaux, est en effet que son humanité suppose aussi qu'il soit traité humainement.

Le principe de dignité marque l'unité du genre humain (43). A travers chaque personne, c'est l'humanité qui peut être atteinte et donc tous les autres. L'émergence du principe de dignité est ainsi le signe qu'il y a quelque chose qui dépasse (qui transcende (44)) les volontés individuelles. Plus encore que le collectif, c'est le genre humain en général auquel le principe de dignité marque l'appartenance. L'apparition de ce concept est ainsi allée de pair avec l'émergence de la reconnaissance juridique de l'humanité ou de l'espèce humaine (45), que l'on a vu apparaître dans le code civil (46), et également dans le code pénal (47).

Aucun des droits de l'homme ne peut alors être utilisé pour porter atteinte au principe de dignité humaine et aux droits fondamentaux qui en découlent. C'est en ce sens que l'explication de l'article 1er annexée à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (48) indiquait fort justement que « La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux. [...] Il en résulte, notamment, qu'aucun des droits inscrits dans cette Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits dans cette Charte ». Ainsi, les requérants ne devaient pas en l'espèce être admis à utiliser le droit au respect de la vie privée pour se justifier des atteintes portées à la dignité de la personne humaine.

La solution contraire conduirait en effet à nier la protection assurée par les droits de l'homme : comme le remarquait pertinemment le gouvernement anglais dans l'affaire *Pretty* à propos de la revendication du droit de mourir, « le droit à la vie privée ne saurait englober un droit au décès assisté, qui emporterait négation de la protection que la Convention vise à offrir » (§ 62).

Plus généralement, comme l'énonce clairement la Convention européenne des droits de l'homme dans son article 17, « aucune des dispositions de la présente convention ne peut être interprétée comme impliquant... un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente convention ». Il faut souligner que l'application de ce simple principe, également admis par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, permettrait de rejeter la demande des requérants sans même avoir à invoquer la dignité humaine.

Nul ne peut renoncer au principe de dignité humaine, ni pour autrui bien sûr, mais ni même pour lui-même : nul ne peut donc valablement consentir à ce que lui soient portées des atteintes contraires à cette dignité (49). Il y a ainsi un aspect du rapport de soi à soi qui n'est pas de la seule sphère du privé mais qui a à voir avec la sphère publique. On rejoint le premier sens du mot « dignité » (50) : « L'humanité de l'homme est assimilable à une charge confiée » (51), mais une charge dont on ne pourrait ni être dispensé ni se dispenser (52), une dignité qui, comme en son sens premier, ne meurt jamais (53).

Les règles les plus établies du droit pénal vont dans le même sens, puisque de nombreuses infractions sont caractérisées malgré le consentement de la victime (54). La Cour, non sans une certaine contradiction, le rappelle à propos de l'examen de la violation de l'article 7 (55), mais semble l'oublier lorsqu'il est question de l'article 8. Certes, le droit pénal, comme l'ordre public d'ailleurs, est rattaché à un Etat particulier, alors que ces exigences apparaissent universelles. En outre, la formulation en termes de dignité permet de faire le pendant des droits fondamentaux invoqués (liberté, autonomie personnelle, respect de la vie privée), car il faut aujourd'hui sortir la « grosse artillerie » devant les principes qui sont brandis de liberté sans limite. Les couches juridiques successives (ordre public, bonnes moeurs (56), etc.) ont enfin été tellement déconstruites qu'il n'est pas étonnant qu'on en arrive désormais aux fondements, en particulier au principe de dignité, dont il eût mieux valu qu'il reste dans le domaine de l'indicible, car il est au fond au coeur du droit et de la dogmatique (57).

### L'institution de l'humanité

S'il faut mettre quelques limites à l'« autonomie personnelle », ce n'est pas au nom de la morale. Chacun peut décider de mener sa vie comme il l'entend en assumant les conséquences (58). Le fait que le droit intervienne moins qu'à d'autres époques sur des choix purement individuels et sur la vie privée en général (y compris sexuelle) est satisfaisant. Mais s'il est acquis qu'on a le droit de faire en privé des choses qui seraient interdites en public, ce n'est pas dire pour autant qu'on aurait le droit, dans les lieux privés, de pratiquer toutes les barbaries sur autrui. La Cour va-t-elle désormais retenir, sur le même modèle, que l'Etat n'a pas à interférer lorsque des femmes sont battues au domicile privé (on sait bien que, dans ces cas, les femmes refusent le plus souvent de porter plainte et sont apparemment « consentantes »), et qu'interdire ces pratiques serait contraire aux droits de l'homme ? Le rôle de la Cour européenne est, pour reprendre sa juste formule, de vérifier que les ingérences étatiques demeurent proportionnées au but légitime recherché ; or, si l'ingérence doit évidemment être davantage limitée dans un lieu privé (59), elle est sans hésitation justifiée en présence de coups et blessures et d'actes de torture. Il y a au demeurant un paradoxe patent à revendiquer que les pratiques sexuelles soient du domaine de la morale privée dans laquelle l'Etat ne doit pas intervenir et, dans le même temps, à exiger que le droit les reconnaisse, les cautionne et les valide. Il était ainsi en l'espèce demandé à la Cour européenne de consacrer un « droit » à ces pratiques sadomasochistes barbares mettant en péril l'intégrité physique d'une personne, et même en réalité de juger qu'elles relevaient d'un droit de l'homme.

Ce n'est pas davantage au nom d'un retour au jusnaturalisme, étiquette aujourd'hui immédiatement accolée à quiconque propose de poser une limite, et même à tout juriste qui s'aviserait de choisir et de défendre une interprétation, c'est-à-dire de faire du droit (60). Etre jusnaturaliste suppose d'admettre qu'un autre ordre (divin, naturel, etc.) s'imposerait au droit. Mais la question ici évoquée est beaucoup plus pragmatique : elle est de prendre en considération les effets anthropologiques de la règle de droit, sur l'homme et la société dans laquelle il vit. Ces effets peuvent se discuter, et peuvent d'ailleurs évoluer dans le temps, mais les juristes ne peuvent s'en désintéresser.

S'il faut parfois accepter de limiter l'autonomie personnelle, c'est parce que le droit n'est pas neutre

: il n'est pas une pure fiction pouvant contenir n'importe quelle règle sans que cela n'ait de conséquence. Il participe au contraire, dans nos sociétés occidentales, de l'institution de l'humanité de l'homme, de sa raison, toujours fragile et prête à basculer. Le droit doit donc s'ancrer dans la personne : dans son corps (61) et dans son psychisme. L'homme vit en effet entre deux mondes, le monde du réel et le monde de la représentation, c'est-à-dire le monde des sens et le monde du sens (62). Or, la représentation de sa propre humanité est liée à l'humanité de tous les autres, et c'est bien pour cela que nul ne peut y renoncer.

La dignité rend compte de ce que l'humanité de l'homme n'est pas seulement un donné inscrit dans le biologique, mais qu'elle doit aussi se construire. L'homme a un psychisme, et il y a des conditions symboliques d'institution de son humanité. Lorsqu'en droit social on a oublié de se préoccuper du corps, les dégâts ont été immédiatement visibles sur les travailleurs (63) ; c'est encore le droit du travail qui, plus récemment, a pris conscience de la nécessité de protéger non plus seulement la sécurité physique, mais encore la sécurité mentale des travailleurs (64). Il est en revanche plus difficile de mettre des mots sur les conséquences à long terme de la négation du principe de dignité de la personne humaine, mais elles n'en seront pas moins réelles. Le désarroi de nos sociétés est encore visible dans le paradoxe qu'il y a à mener de front une pénalisation croissante de la vie quotidienne (65), virant parfois à un hygiénisme strict (en matière de tabac par exemple) ou à un encadrement démesuré des comportements (notamment en matière de harcèlement sexuel) et, dans le même temps, à se désengager vis-à-vis d'actes et de pratiques pourtant bien plus graves comme la torture (66).

La Cour européenne des droits de l'homme est un rouage essentiel de la protection des droits de l'homme en Europe. On espère cependant que la motivation esquissée dans l'affaire *K.A. et A.D. c/ Belgique* n'annonce pas un retournement dans la fonction des droits de l'homme : les interprétations proposées à la Cour, et qu'elle a pour partie cautionnées, relèvent de ce que l'on a pu appeler un « fondamentalisme occidental » (67), et d'un bien mauvais usage des droits de l'homme (68). Poursuivre dans ce sens sera la façon la plus sûre d'ôter toute envie aux autres grandes cultures de ce monde d'emprunter la voie des droits de l'homme.

La Cour n'aurait pas dû hésiter à affirmer clairement que torturer et humilier une femme n'est pas un droit de l'homme.

#### Mots clés :

**DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX** \* Vie privée \* Intimité \* Sexualité \* Sadomasochisme \* Autonomie personnelle

(1) L'arrêt est devenu définitif depuis le 6 juill. 2005, date du rejet de la demande de renvoi devant la Grande chambre.

(2) Même si le terme est plus récent (1935), composé du mot « sadisme » formé en 1834 sur le nom du marquis de Sade [1740-1814] (Robert, dictionnaire historique de la langue française, sous la dir. A. Rey).

(3) La Cour avait en effet fait observer (§ 36), « que toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 ». Elle soulignait alors que dans cette affaire « un nombre considérable de personnes ont pris part à ces actes, qui comportaient notamment le recrutement de nouveaux « membres », la mise à disposition de plusieurs « chambres » équipées spécialement et l'enregistrement de nombreuses vidéocassettes distribuées parmi les « membres » en question [...]. Il est donc permis de se demander, vu les circonstances particulières de l'espèce, si les pratiques sexuelles des requérants relèvent entièrement de la notion de « vie privée » ». Elle ajoutait cependant qu'aucun des requérants n'ayant soulevé ce point, elle ne voyait pas de raison de l'examiner de sa propre initiative (D. 1998, Jur. p. 97 (69), note J.-M. Larralde).

(4) V. P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Ed. Liaisons, 2003, not. le titre II de la 2e partie : « La protection de la vie personnelle du salarié ».

(5) Aux termes de cet art. 8, « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans

l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

(6) Bien qu'un non-choix soit en réalité toujours un choix.

(7) Elle sait parfois sagement reconnaître la limite de ses pouvoirs et refuse d'imposer une interprétation en raison de ce que le choix à faire est politique, ce qui est révélé notamment par l'absence de consensus entre les Etats.

(8) V. encore l'affaire *Pretty* : « La Cour considère néanmoins, avec la Chambre des Lords et la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rodriguez*, que les Etats ont le droit de contrôler, au travers de l'application du droit pénal général, les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui (V. également l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* précité, p. 132-133, § 43). Plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids dont pèseront dans la balance les considérations de santé et de sécurité publiques face au principe concurrent de l'autonomie personnelle ».

(9) Intégrité qui est pourtant qualifiée, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de droit fondamental. Cf. art. 3 : « Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale ».

(10) Dans l'arrêt *Laskey* précité, la Cour justifiait l'intervention étatique dans la mesure où il ressortait « à l'évidence des faits établis par les juridictions internes que les pratiques sadomasochistes des requérants ont entraîné des lésions ou blessures d'une gravité certaine et non pas seulement légères ou passagères ». Dans la présente affaire, la Cour européenne ne cherche pas à qualifier les graves préjudices corporels et moraux de la victime.

(11) En 1892, Krafft-Ebing introduisit en psychiatrie le terme de sadisme pour désigner la perversion sexuelle dans laquelle la satisfaction est liée à la souffrance ou à l'humiliation infligée à autrui, sens élargi plus tard par Freud à toute violence exercée sur autrui en dehors même de la sexualité. V. not. Robert, dictionnaire historique de la langue française, préc.

(12) Notamment obtenir des renseignements ou des aveux, punir d'un acte, intimider ou faire pression, etc. La Convention laisse cependant ouverte la possibilité de retenir une définition plus large : « cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large » (al. 2).

(13) V. par ex. le Statut de la Cour pénale internationale entré en vigueur le 1er juill. 2002 qui énonce, dans son art. 7 (2.e), que, « par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ».

(14) Le nouveau code pénal fait de la torture une infraction spécifique (art. 222-1), alors qu'elle ne constituait dans l'ancien code qu'une circonstance aggravante. Il ne définit pas cette infraction mais, selon la circulaire relative au nouveau code pénal, « L'expression tortures et actes de barbarie conserve le sens qui lui est actuellement donné par la jurisprudence lorsque ces actes sont visés à titre de circonstance aggravante. De manière générale, peut être qualifié de tortures, conformément à l'art. 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée à New York le 10 déc. 1984, « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne ». Il convient toutefois de souligner que les dispositions du nouveau code pénal ont une portée beaucoup plus large que celles de cette convention qui ne vise que les actes perpétrés par un agent public pour certains mobiles ».

(15) Définition de la torture dans le Grand usuel Larousse.

(16) Le Dictionnaire Littré définit ainsi la torture : « tourment, supplice ».

(17) Cf. Les Cent-vingt journées de Sodome : « Le secret n'est malheureusement que trop sûr, et il n'y a pas de libertin un peu ancré dans le vice qui ne sache combien le meurtre a d'empire sur les sens et combien il détermine voluptueusement une décharge », in Oeuvres complètes du marquis de Sade, t. XIII-XIV, Editions tête de feuilles, 1973, p. 14.

(18) L'arrêt *Perruche* : une liberté pour la mort ?, D. 2002, Chron. p. 2349 , spéc. p. 2350 : « Il me semble [...] qu'on est en présence d'une conception des droits de l'homme qui soutient une liberté pour la mort. Dans cette mesure, paradoxalement, les attaques contre la dignité la construisent en concept salvateur, en concept pour la vie ».

(19) Cette thèse est soutenue par J.-J. Brochier, *Le marquis de Sade et la conquête de l'unique*, Le terrain vague, 1966, not. p. 262-264.

(20) J.-J. Brochier, *op. et loc. cit.* Brochier montre bien que la pensée de Sade est tout entière fondée sur certaines catégories, « négativité, totalité, universalité et, inséparable d'elles, l'individualité », qui sont aussi « les catégories fondamentales de la pensée moderne, celle d'Hegel et de ses continuateurs ». Il résume ainsi de façon lumineuse dans sa conclusion la pensée de Sade : « La compréhension de cette contradiction qu'est l'homme, la lente montée vers une totale libération, l'affrontement sans merci de la négation et l'acceptation de ses résultats, voilà quelques-unes de ses trouvailles ».

(21) La Cour énonce aussi, mais à propos de l'examen de l'art. 7, que « les règles reconnues pour ce genre de pratiques n'ont pas été respectées par les requérants » dans la mesure notamment où « de grandes quantités d'alcool ont été consommées lors de ces séances, ce qui leur a fait perdre tout contrôle de la situation ». La rédaction est maladroite : est-ce à dire que si les requérants avaient « respecté les règles du jeu » et n'avaient pas bu, ils auraient été davantage excusables ? La Cour suppose plutôt sans doute qu'ils n'en seraient pas arrivés à de telles extrémités.

(22) V. cependant D. Roman, *Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, D. 2005, Chron. p. 1508 , qui déclare, en l'approuvant, que « dès lors que les deux conditions du consentement et de l'intimité sont remplies, le principe retenu par les droits occidentaux est celui de non-ingérence » (p. 1511).

(23) Dans la présente affaire, les requérants faisaient d'ailleurs valoir que « l'épouse du premier requérant était non seulement consentante, mais demandait à pouvoir évoluer comme « esclave » dans des clubs », le terme « esclave » étant expressément utilisé.

(24) *L'homme, la nature et le droit*, sous la dir. B. Edelman et M.-A. Hermitte, Bourgeois Ed., 1988, p. 340.

(25) Prostitué(e)s qui sont au demeurant souvent ceux (celles) qui sont amené(e)s à « consentir », pour gagner leur vie, à des pratiques sadomasochistes.

(26) V., parmi de nombreux exemples, l'art. 95 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME qui élargit la possibilité de recourir à des conventions de forfait en jours aux salariés non cadres « à condition qu'ils aient individuellement donné leur accord par écrit » (art. L. 212-15-3 c. trav.).

(27) Cf. J.-L. Renchon, *Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille*, in *Entre ius commune et droit privé européen*, sous la dir. A. Wijffels,

Bruylant, 2005, p. 291, qui unit dans un même mouvement le libéralisme de la science et des techniques, le libéralisme des marchés, et le « libéralisme de la philosophie des droits de l'homme ».

(28) A. Supiot, *Homo Juridicus*, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Seuil, 2005, p. 79.

(29) M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ. 1995, p. 573 .

(30) Là encore, tout est déjà chez Sade : « Il est permis, dans l'ordre naturel, à chacun de faire tout ce que bon lui semble contre qui que ce soit ; et chacun peut posséder, se servir et jouir indistinctement de tout ce qu'il trouve bon ; l'utilité est la règle du droit » (La nouvelle Justine, J.-J. Pauvert, vol. 3, p. 128-129).

(31) V. l'affaire *Pretty*, où la requérante se décrivait comme une « adulte saine d'esprit, qui sait ce qu'elle veut, qui n'est soumise à aucune pression, qui a pris sa décision de façon délibérée et en parfaite connaissance de cause, et qui ne peut donc être considérée comme vulnérable et comme nécessitant une protection » (§ 72).

(32) Sur ce glissement, V. les analyses approfondies de J.-L. Renchon, *op. cit.*, p. 269 s., qui montre bien le renversement complet d'orientation depuis le Code civil, l'autonomie de la personne par rapport à elle-même étant aujourd'hui l'idée la plus valorisée.

(33) Elle est sans doute une liberté, mais le droit n'accepterait pas de la protéger dans tous les cas : il est douteux par exemple qu'une personne qui empêcherait quelqu'un de se suicider puisse être condamné civilement (à réparation) ou pénalement.

(34) V. *C. R. c/ Royaume-Uni* et *S. W. c/ Royaume-Uni*, 22 nov. 1995 : « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines ». V. égal. *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avr. 2002 : « La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention » (§ 65). La même formule se retrouve dans deux affaires de transsexualisme jugées le 11 juill. 2002 : *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 90, et *I. c/ Royaume-Uni*, § 70 (D. 2003, Jur. p. 2032 , note A.-S. Chavent-Leclère, et Somm. p. 525, obs. C. Birsan).

(35) Les droits de l'homme « étaient en parfaite harmonie avec les aspirations d'une époque délibérément prise au mirage de libertés sans limites » (C. Atias, Philosophie du droit, PUF, Thémis, 2004, p. 246).

(36) La dignité est apparue récemment en tant que droit fondamental directement protégé. Le terme « ne figurait pas dans les déclarations adoptées par les Etats-Unis et la France à la fin du XVIIIe siècle et pas davantage dans les textes postérieurs durant près de deux siècles. Traditionnellement, les chartes et déclarations de droits se fondaient plus sur les notions de liberté et d'égalité que sur celle de dignité » (G. Braibant, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignage et commentaires de Guy Braibant, Ed. du Seuil, Points, Essais, 2001, p. 88). Il imprégnait cependant depuis toujours les droits occidentaux, même si on en a surtout pris conscience au lendemain des atrocités de la Seconde Guerre mondiale.

(37) Il est en France inscrit à l'art. 16 c. civ. (« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ») et le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 94-343/344 DC du 27 juill. 1994 (D. 1995, Jur. p. 237 , note B. Mathieu), rendue à propos des premières lois de bioéthique lui a reconnu une valeur constitutionnelle (« la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »).

(38) Cf. ainsi la loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 où il est inscrit, dès le premier alinéa de l'art. 1er : « (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ».

(39) A cet égard par exemple les projets de documents d'identité (ou autres) biométrique sont effrayants et ne soulèvent pourtant pas de protestations à la mesure de la gravité de l'atteinte portée à l'intimité de la vie privée.

(40) V. B. Edelman, L'ennemi dans les déclarations sur les droits de l'homme, Droits, n° 16, 1992, p. 119, qui relève que dans les déclarations occidentales l'ennemi c'est l'Etat, car le principal risque était alors de perdre la liberté ; « l'expérience nazie a dévoilé un autre ennemi : la barbarie étatique. Ainsi, l'Etat démoniaque a-t-il pris la place du despote, vieux concept qui date de l'Ancien Régime. La résistance change donc de visage : il ne s'agira plus d'opposer la liberté au despotisme mais la dignité à la barbarie » (p. 125).

(41) Un animal ne doit pas être traité de façon indigne, mais il ne doit pas non plus être traité comme un être humain.

(42) V. en ce sens C. Atias, Philosophie du droit, préc., p. 242 : « Le droit a pu se passer d'une définition de l'être humain. Le peut-il encore ? Le veut-il encore ? Le doit-il ? Le droit se préoccupe évidemment de l'humain, de la volonté, des intérêts, des besoins, des sentiments, des souffrances des hommes. Ce n'est peut-être pas une raison suffisante pour lui demander de se doter d'une définition de l'être humain ».

(43) La dignité est ainsi la dignité de la personne humaine en général, et non pas la dignité des nains, des mourants, ou des schizophrènes, comme le retiennent parfois à tort les juges. V. l'affaire du singe en peluche vendu sous le nom de « Nazo le Skizo » (D. 2005, IR p. 388 , et aussi, pour les mêmes raisons, de J. Hauser, RTD civ. 2005, p. 364 . Adde, C. Atias, Philosophie du droit, préc., p. 249, à propos de l'affaire du *lancer de nains* .

(44) Dans un sens qui n'exige aucune présence divine, mais qui indique que l'homme ne peut saisir tout ce qu'il est, et qu'une partie le dépasse. Cf. Grand Usuel Larousse, v° *Transcender* : « 1. Dépasser le domaine de la connaissance rationnelle » ; v° *Transcendance* : « 1. Existence des fins du sujet en dehors du sujet lui-même ; caractère d'une cause qui agit sur quelque chose qui est différent d'elle, qui lui est supérieur ».

(45) Qui ne doit pas aller jusqu'à en faire des sujets de droit.

(46) Art. 16-4, al. 1er (loi 94-653 du 29 juill. 1994) : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine ».

(47) Ainsi, le livre II (« Des crimes et délits contre les personnes ») comprend désormais un titre premier intitulé « des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine ».

(48) Explication reprise dans l'acte final du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe.

(49) V. en ce sens les conclusions du commissaire du gouvernement M. Frydman dans l'affaire du lancer de nains : « Le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne

saurait en effet s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet. De même, par exemple, que la soumission délibérée d'une victime à des actes de violence n'a nullement pour effet, selon la jurisprudence judiciaire, de retirer à ceux-ci leur caractère pénalement répréhensible, le consentement du nain au traitement dégradant qu'il subit nous paraît donc ici juridiquement indifférent » (RFDA 1995, p. 1204 )

(50) Cf. le premier sens de la dignité donné par le dictionnaire Littré : « 1° Fonction éminente dans l'Etat ou l'Eglise ». *Adde*, Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française, préc. : « Dignité (v. 1155) est emprunté au dérivé latin *dignitas*, et « désigne aussi la charge qui donne à quelqu'un un rang éminent ».

(51) P. Ricoeur, *Ethique et philosophie de la biologie chez Hans Jonas*, in *Lectures 2, La contrée des philosophes*, Seuil, 1999, p. 314.

(52) Cf. G. Pico della Mirandola [1463-1494], *De la dignité de l'homme (de hominis dignitate)*, trad. du latin et présenté par Y. Hersant, éditions de l'éclat, coll. philosophie imaginaire, 1993, p. 14 : « Mais à quoi tend tout cela ? A nous faire comprendre qu'il nous appartient, puisque notre condition native nous permet d'être ce que nous voulons, de veiller par-dessus tout à ce qu'on ne nous accuse pas d'avoir ignoré notre haute charge, pour devenir semblables aux bêtes de somme et aux animaux privés de raison ».

(53) Selon la formule décisive classique, issue de la glose d'un canoniste, Damase (vers 1215), sur la décrétale du pape Alexandre III : *Dignitas nunquam perit*, la Dignité ne périt jamais. Sur l'histoire et l'analyse de cette formule, V. E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi (titre original The King's two Bodies, a Study in Mediaeval Political Theology)*, Princeton Univ. Press, 1957), spéc. chap. VII : « Le roi ne meurt jamais », in *Oeuvres*, Quarto Gallimard, 2000, p. 912 s.

(54) V. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, bibl. sc. crim., 2002, préf. P. Maistre du Chambon.

(55) Dans le § 55, elle énonce ainsi que « les requérants ne pouvaient pas non plus penser que le consentement de la victime pouvait constituer une cause de justification susceptible de « neutraliser » l'élément légal de celle-ci et, partant, affecter son existence, puisque le consentement de la victime de l'infraction ne constitue pas une cause de justification proprement dite. Le premier requérant, magistrat, ne pouvait ignorer ce principe bien établi que la Cour d'appel d'Anvers a réaffirmé dans son arrêt du 30 sept. 1997 et auquel la Cour de cassation s'est référée, dans son arrêt du 6 janv. 1998, en décidant que « le consentement de la victime n'annule ni le caractère illégal de ces faits, ni la culpabilité de l'auteur et, dès lors, ne constitue pas une cause de justification ». ».

(56) V. sur ce point la remarquable thèse de B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes moeurs ?*, PUF, 2005.

(57) Au sens développé par les travaux de Pierre Legendre (V., notamment, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999, ou encore *De la société comme texte, Linéaments pour une anthropologie dogmatique*, Fayard, 2001), et que l'on trouve déjà chez des auteurs comme Auguste Comte et Alexis de Tocqueville (A. Supiot, *Homo Juridicus, op. cit.*, p. 21).

(58) « Le choix libre que l'homme fait de lui-même s'identifie absolument avec ce qu'on appelle sa destinée » (Sartre, in Baudelaire).

(59) Il faut noter que, en l'espèce, ces pratiques avaient été rendues publiques par la volonté même des protagonistes qui avaient décidé de filmer leurs activités.

(60) V. ainsi, de façon caricaturale, le par ailleurs stimulant rapport de recherche Voyage au bout de la dignité (Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine), sous la dir. de S. Hennette-Vauchez, avril 2004. Le rapport explique le décalage entre discours juridictionnel et discours doctrinal sur le principe de dignité par « l'existence d'usages doctrinaux militants du principe » (p. 88). Pour préciser la critique, cette doctrine militante « se reconnaît la posture et la légitimité nécessaires pour distinguer entre « bons » et « mauvais » usages du principe juridique de dignité » (p. 94). Le jugement tombe alors : « Point par point, cette attitude doctrinale s'oppose à celle assignée par la théorie positiviste à la science du droit ; elle correspond même à une perspective jusnaturaliste. En effet, une doctrine dont l'activité est de proposer non pas une description de l'enchaînement des arguments qu'utilise un juge, mais de lui indiquer ce qu'il aurait dû juger - et, au besoin, de l'interpeller effectivement -, est une doctrine qui prescrit » (p. 94). Comble du reproche : « Une doctrine qui prescrit est une doctrine qui fait des choix » (p. 94). Le tableau est clair, et dessine en creux la vision idéale d'un juriste objectif et scientifique, qui doit se borner à décrire l'enchaînement des arguments qu'utilise un juge, ne doit rien proposer, ne rien critiquer et, surtout, ne faire aucun choix. Mais tout le droit repose sur des interprétations, et donc des choix.

(61) V. en ce sens B. Edelman, *in* « L'arrêt *Perruche* : une liberté pour la mort ?, D. 2002, Chron. p. 2352  : « le droit a fait un immense progrès en enracinant la personne dans son corps, et c'est même un apport essentiel des lois sur la bioéthique du 29 juill. 1994 d'avoir introduit dans le code civil un chapitre intitulé « Du respect du corps humain » [...] en droit positif, la personne humaine n'est plus une « fiction », un *artefact*, un « construit de la volonté », mais possède une réalité corporelle. Son existence physiologique est désormais prise en compte et est aussi « respectable » que son activité intellectuelle ».

(62) V. sur cette idée fondamentale A. Supiot, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, dès la première page de l'ouvrage.

(63) Il est d'ailleurs intéressant de noter que, historiquement, les premières applications positives du principe de dignité concernaient les droits sociaux. Un des premiers textes à utiliser le concept est ainsi la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944 adoptée par la Conférence internationale du travail. *Adde*, la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 217 A (III) du 10 déc. 1948 : à part le Préambule et l'art. 1er qui demeurent très généraux, les deux articles qui utilisent le concept de dignité concernent les droits économiques et sociaux : l'art. 22 (droit à la sécurité sociale ; droits économiques, sociaux et culturels indispensables à la dignité de la personne) et l'art. 23 (droit à une rémunération assurant une existence conforme à la dignité humaine).

(64) Cf. la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui fait peser sur l'employeur vis-à-vis de ses salariés une obligation de sécurité non plus seulement physique mais également mentale (art. L. 230-2 c. trav.), la santé du salarié au travail comprenant ainsi désormais ces deux aspects indissociablement (N. Maggi-Germain, *Travail et santé : le point de vue d'une juriste*, Dr. soc. 2002, p. 485).

(65) V. B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes moeurs ?*, préc., chap. IV : « La pénalisation de la vie quotidienne », p. 209-235.

(66) V. le Rapport 2005 d'Amnesty International sur les violations des droits humains dans le monde, rendu public le 25 mai dernier, et dans lequel Mme Irène Khan, secrétaire générale de l'organisation, dénonce les tentatives des Etats-Unis de banaliser la torture. Elle met en garde contre la volonté des Américains de retirer son caractère absolu à l'interdiction de la torture : « la torture gagne du terrain », dit-elle, « dès que sa condamnation officielle n'est plus absolue ». V. ainsi R. Posner, pionnier du mouvement *Law and Economics*, qui écrit : « *If the stakes are high enough, torture is permissible* » (si les enjeux sont suffisamment élevés, la torture est acceptable) (*in The New Republic*, 2 sept. 2002, cité par A. Supiot, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 297).

(67) A. Supiot, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 285.

(68) V. A. Supiot, *op. cit.*, qui nous propose au contraire un mode d'emploi pour un « bon usage des droits de l'homme » qui consisterait à les considérer comme une ressource commune de l'humanité et à en ouvrir donc l'interprétation : « Lier l'humanité : du bon usage des droits de l'homme », chap. 6, p. 275 s. Cela « suppose que les pays du Nord renoncent à imposer toujours et partout leurs propres conceptions, et se mettent à l'école des autres dans un travail commun d'interrogation de l'Homme sur lui-même » (p. 317).

Copyright 2015 - Dalloz – Tous droits réservés