

Le droit de disposer de son corps dans la Convention européenne des droits de l'homme

Mémoire réalisé par
Dounia Smeyers

Promoteur
Olivier De Schutter

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Avant d'entrer en la matière, je profite de ces quelques lignes pour témoigner ma reconnaissance aux différentes personnes qui ont contribué à la réalisation de ce mémoire.

Tout d'abord, je souhaite adresser ma gratitude au Professeur Olivier DE SCHUTTER, promoteur de ce mémoire, pour ses précieux conseils, sa disponibilité et son soutien tout au long du processus d'élaboration du mémoire, depuis le séminaire d'accompagnement du mémoire, jusqu'à la remise de la version définitive.

Je tiens ensuite à remercier ma très chère amie Pauline, qui a si gentiment accepté de prendre sur son temps afin de m'aider dans la relecture de mon texte.

Enfin, je tiens à remercier tout mon entourage, dont le soutien a été indéfectible. J'ai pu trouver une réelle aide auprès de chacun, et les discussions que nous avons eues au sujet de ma problématique ont été enrichissantes à chaque fois. Plus particulièrement, je désire vivement remercier mon père pour toute l'aide qu'il m'a apportée dans la rédaction et la finition de ce mémoire, et plus largement tout au long de mes cinq années d'étude.

Table des matières

Remerciements.....	3
Table des matières	5
Introduction	9
Chapitre 1.....	11
Le droit de disposer librement de son corps	11
Section 1 : Le droit à l'intégrité physique et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme	11
1) La renonciation à un droit consacré par la Convention européenne des droits de l'homme	13
a. La renonciation comme aspect négatif d'un droit ou d'une liberté	14
b. La renonciation comme refus d'exercer un droit ou une liberté.....	16
2) Le droit à la libre disposition par la personne de son corps	19
Section 2 : Le principe de l'autonomie personnelle et son implication sur le corps humain.....	20
1) Un concept emprunté au droit nord-américain	20
2) La consécration du principe par la Cour européenne des droits de l'homme comme norme d'interprétation de l'article 8 de la CEDH.....	23
Chapitre 2.....	25
Les limites qui s'imposent à la libre disposition de son corps.....	25
Section 1 : L'exercice du droit de disposer librement de son corps	25
1) L'euthanasie et l'aide au suicide.....	25
a. Considérations générales sur les circonstances entourant la fin de vie	26
b. L'euthanasie passive.....	28
c. L'euthanasie active	29
d. L'aide au suicide.....	32
2) Les pratiques sadomasochistes.....	34
a. L'univers BDSM	34
b. La position de la Cour européenne des droits de l'homme.....	36
c. Le droit de martyriser son corps soumis à la seule condition du consentement : une consécration loin de faire l'unanimité	39

Section 2 : La souveraineté des États et le droit pénal : la régulation des comportements dangereux sur le plan corporel	43
1) Le consentement comme fait justificatif d'une infraction en vertu de l'autonomie personnelle et la protection pénale de l'intérêt général	44
2) Les circonstances entourant l'expression du consentement.....	47
3) L'indisponibilité du corps humain	49
Section 3 : La dignité humaine et la disposition du corps	49
Section 4 : La nécessité de préserver la cohérence et l'effectivité du système de la CEDH	54
1) Le droit de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin face au droit à la vie garanti par l'article 2 de la CEDH.....	55
2) Le droit de s'adonner à des pratiques sexuelles de nature violente face à l'interdiction absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants garantie par l'article 3 de la CEDH).....	58
3) Le danger d'une déresponsabilisation des États.....	61
Chapitre 3.....	63
<i>Les questions soulevées par l'établissement d'un cadre juridique</i>	63
Section 1 : La question du rôle de l'État	63
1) La légalisation de l'euthanasie et l'aide au suicide	64
2) Une dépénalisation partielle des coups et blessures volontaires dans le cadre particulier des pratiques sadomasochistes	66
Section 2 : La question du consentement	68
Conclusion	73
Bibliographie	76
Législation	76
Jurisprudence	77
Doctrines	79
Sites internet consultés.....	82

« Le corps est l'une des données constitutives et évidentes de l'existence humaine : c'est dans et avec son corps que chacun de nous naît, vit, meurt ; c'est dans et par son corps que l'on s'inscrit dans le monde et que l'on rencontre autrui (...). Le corps est notre destinée »¹.

¹ M. MARZANO, *La philosophie du corps*, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2010, pp. 3 et 122.

Introduction

Récemment consacré et reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme², le droit de disposer de son corps au nom de son autonomie personnelle pose aujourd'hui de nombreuses questions. Fondé sur le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH), le droit à la libre disposition de son corps a une portée bien plus large que la traditionnelle protection de l'intégrité physique. Si cette dernière est toujours garantie sur base de l'article 8 de la Convention, la dimension corporelle de la vie privée semble aujourd'hui devoir également se comprendre comme conférant aux personnes le droit de poser des choix concernant leur propre corps. Ils ont d'ailleurs été nombreux à s'en prévaloir devant la Cour de Strasbourg. À la lecture de plusieurs de ses arrêts, nous pouvons ainsi constater que depuis déjà plusieurs années les citoyens européens considèrent pouvoir faire ce qu'ils veulent de leur corps au nom de leur autonomie personnelle, même si cela implique de le mutiler ou de lui faire rendre son dernier souffle, et requièrent à ce titre des autorités publiques qu'elles rendent effectivement possible une telle disposition³.

Face à une conception aussi libérale de la disposition du corps humain, la question se pose alors de « *savoir si un individu peut agir contre lui-même et, en particulier, porter atteinte à son intégrité physique, alors même que cette action [requiert] la coopération d'un tiers* »⁴. Faut-il considérer que la liberté de faire ce que l'on veut de sa propre vie et de son propre corps est un droit fondamental et intrinsèque à l'existence de chacun qui doit prioritairement être respecté, même lorsqu'il implique autrui, ou faut-il limiter une telle autonomie corporelle en vue de protéger non seulement l'individu contre lui-même, mais aussi certaines valeurs considérées comme supérieures ? C'est à l'analyse de cette problématique que nous nous consacrerons dans le cadre de cette étude.

² Cour eur. D.H., arrêt *Pretty* c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, §§ 61-62 et 66, <http://echr.coe.int> (7 mai 2014).

³ Cour eur. D.H., arrêt *Laskey* et autres c. Royaume-Uni du 19 février 1997, <http://www.echr.coe.int> (7 mai 2014) ; Cour eur. D.H., arrêt *Pretty* c. Royaume-Uni, o.c. ; Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, <http://www.echr.coe.int> (7 mai 2014) ; Cour eur. D.H., arrêt *Haas* c. Suisse du 20 janvier 2001, <http://www.echr.coe.int> (7 mai 2014).

⁴ R. DESGORCES, « Agir contre soi », *RRF Droit prospectif*, 2003, p. 37, cité par Jean Mouly dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 1, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°48, Paris, P.U.F., 2009, p. 4 (souligné par nous dans le texte).

Ainsi, nous réserverons notre premier chapitre à la consécration et au contenu du droit de disposer de son corps. Nous présenterons d'abord la nouvelle conception de l'intégrité physique et les moyens pouvant être tirés de la CEDH pour justifier qu'un individu consente à ce qu'on lui porte physiquement atteinte (Section 1). Dans un second temps, nous nous intéresserons plus spécifiquement à l'autonomie personnelle dès lors que c'est au nom du respect de ce principe qui fait partie intégrante du droit au respect de la vie privée qu'un individu doit pouvoir librement disposer de son corps (Section 2).

Nous entrerons ensuite dans le vif du sujet en nous attardant davantage sur les différents facteurs pouvant justifier une limitation de la liberté individuelle lorsque le corps humain est en jeu. Cette question fera l'objet d'un second chapitre. Ainsi, nous commencerons par expliciter et situer dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg les deux hypothèses particulières que nous avons décidé de retenir et d'analyser dans notre étude de la disposition corporelle, à savoir l'euthanasie et l'aide au suicide d'une part et les pratiques sadomasochistes d'autre part (Section 1). Après avoir précisé les cas particuliers qui serviront de support à notre réflexion, nous nous attèlerons à présenter et critiquer les limites pouvant justifier une mise à l'écart de tels comportements. À cette fin, nous nous intéresserons à la souveraineté de l'État qui lui permet de réprimer les activités objectivement dangereuses pour les individus (Section 2), au principe fondamental de la dignité humaine en vertu duquel certains comportements doivent être prohibés parce qu'ils portent atteinte à l'humanité (Section 3), et enfin aux problèmes que le droit de disposer de son corps pourrait poser au regard de la cohérence du système de la CEDH lorsque son exercice implique des sévices corporels ou encore un acte fatal (Section 4).

Enfin, nous nous pencherons le temps d'un troisième et dernier chapitre sur les différents éléments qui devront être pris en compte par les États membres du Conseil de l'Europe s'ils décident un jour d'aménager leurs législations nationales pour rendre l'exercice du droit de disposer de son corps possible et licite dans les deux hypothèses spécifiques que nous avons étudiées. Un tel aménagement nécessitera ainsi d'opérer une dépénalisation partielle de ces comportements tout en les encadrant strictement afin d'écarter au maximum le risque d'abus (Section 1). Dans cette optique, le consentement libre et éclairé de la personne concernée devra constituer une condition fondamentale et incontournable sans laquelle les comportements en cause continueront d'être pénalement condamnables (Section 2).

Chapitre 1

Le droit de disposer librement de son corps

Le droit d'opérer des choix sur son propre corps est aujourd'hui reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme comme membre à part entière de la grande famille des garanties que renferme le droit au respect de la vie privée⁵. Ainsi, il convient de présenter et d'expliciter les notions étroitement liées d'intégrité physique, de disposition du corps et d'autonomie personnelle au regard de l'article 8 de la CEDH avant d'entrer dans le cœur de la problématique et de ses enjeux. À cet effet, nous analyserons dans un premier temps les prérogatives corporelles auxquelles chaque individu peut prétendre et qui ne peuvent ultimement être justifiées que par l'exercice du droit au respect de la vie privée (Section 1). Nous nous intéresserons ensuite à l'autonomie personnelle, principe qui « *sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 de la CEDH* »⁶ et dont il peut être déduit pour chaque individu le droit de faire ce qu'il veut de son propre corps⁷ (Section2).

Section 1 : Le droit à l'intégrité physique et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

Est-il nécessaire de le rappeler, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a pour objet de protéger la vie privée et intime des individus, disposant en son premier paragraphe que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

Ainsi, à l'origine, le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH doit s'entendre comme un « droit d'être laissé tranquille » visant particulièrement à protéger les personnes contre toutes immixtions arbitraires des pouvoirs publics⁸. Il faut préserver « *l'intimité des lieux où s'exerce la vie privée, ce qui passe avant tout par le respect du*

⁵ Art. 8, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., §61.

⁷ D. TISSIER, *La protection du corps humain*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 294 ; I. ROAGNA, *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, série des Précis des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 19.

⁸ E. LAGARDE, *Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition corporelle en droit européen* (multig.), Thèse, Pau, 2012, p. 43 ; O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. D.H.*, n°40, 1999, p. 828.

domicile, lieux privilégié de cette dernière »⁹. Par la suite, l'interprétation évolutive et dynamique de cette disposition opérée par la Cour de Strasbourg a permis de déduire de nombreux droits subjectifs de la notion de vie privée¹⁰, et notamment le droit à l'intégrité physique¹¹. Cette garantie, particulièrement présente dans le monde médical au travers des droits du patient¹², s'entend traditionnellement dans sa dimension négative : on ne peut pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui¹³ (sans son consentement)¹⁴. La dimension corporelle du droit à la vie privée s'est toutefois transformée ces dernières années pour laisser apparaître une conception plus étendue et plus libérale de l'intégrité physique. Certains ont ainsi avancé que l'atteinte à leur intégrité physique devait être autorisée dès lors qu'ils étaient libres de disposer de leur corps, même si cela avait pour conséquence la mutilation de celui-ci¹⁵, voire la mort de l'intéressé¹⁶. Or, lorsqu'une telle liberté corporelle est exercée par un individu dans son rapport avec autrui, elle s'accompagne généralement du risque d'une condamnation pénale dans le chef de ce dernier dès lors que de telles activités mettent en danger la sécurité des personnes. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'elles sont en principe interdites par la CEDH elle-même qui, consacrant le droit à la vie, dispose en son article 2 que « *personne ne peut donner la mort intentionnellement* »¹⁷. L'atteinte à l'intégrité physique est quant à elle toujours prohibée sur base de l'article 8. Par conséquent, pour pouvoir justifier de tels comportements auprès de l'État, et ainsi requérir de sa part qu'il ne poursuive pas les infractions commises à l'égard de l'intégrité physique de celui qui a consenti à ce qu'il lui soit porté atteinte, ce dernier doit démontrer que poser de tels choix au regard de son corps relève d'un droit qu'il peut tirer de la Convention. En effet, si tel est le cas, l'État aura l'obligation d'agir en conformité avec le droit exercé par l'individu.

⁹ E. LAGARDE, o.c., p. 44.

¹⁰ *Ibidem*, p. 45 ; O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », o.c., pp. 828-829.

¹¹ I. ROAGNA, o.c., pp. 14 et 27.

¹² *Ibidem*, p. 27 ; U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, série des Précis des droits de l'homme, Strasbourg, n°1, Conseil de l'Europe, 2003, p. 44.

¹³ Cour eur. D.H., arrêt X. et Y. c. Pays-Bas du 26 mars 1985, §§ 25-27, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt Stubbings et autres c. Royaume-Uni du 22 octobre 1996, §§ 62-64, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015).

¹⁴ En effet, même si la règle est l'interdiction de poser des actes portant atteinte à l'intégrité d'autrui, ceux-ci peuvent en pratique être justifiés et admis dans certaines hypothèses, lorsque la personne concernée y a consenti. Tel est le cas lorsqu'une personne consent à une intervention chirurgicale, ou encore à se faire tatouer (X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 83).

¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt Laskey et autres c. Royaume-Uni, o.c. ; Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, o.c..

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni, o.c. ; Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, o.c..

¹⁷ Art. 2, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

Ainsi, celui qui revendique une telle disposition corporelle peut défendre sa position de deux façons distinctes : soit en arguant qu'il a renoncé au droit prohibant l'atteinte qui lui a été portée (1), soit en invoquant l'exercice du droit de faire ce qu'il veut de son propre corps (2).

1) La renonciation à un droit consacré par la Convention européenne des droits de l'homme

Dans la société toujours plus libérale et individualiste qu'est la nôtre, la question s'est posée de savoir si le principe général de liberté qui permet à chacun d'agir comme il le souhaite (pour autant qu'il ne porte pas atteinte à la liberté d'autrui) peut impliquer le droit pour chaque individu de disposer librement de ses droits fondamentaux, et à ce titre décider de renoncer à de tels droits¹⁸. Autrement dit, est-ce que les bénéficiaires de la CEDH peuvent refuser de se voir appliquer la protection de la Convention contre leur gré¹⁹ ?

Une telle problématique est juridiquement très complexe en raison notamment de la polysémie de la notion de renonciation²⁰, de la nature et de la substance de la garantie en cause, mais aussi des différents acteurs pouvant s'en prévaloir. En effet, si ce sont bien les titulaires de droits qui peuvent souhaiter ne pas se voir imposer une protection dont ils ne veulent pas, la renonciation peut également être invoquée par l'État garant de leur respect²¹. Les autorités nationales pourraient ainsi entendre justifier leurs manquements dans la protection effective des droits fondamentaux en affirmant que la violation est survenue parce que la personne placée sous leur juridiction a exercé sa faculté de renoncer à une telle protection²². Cependant, nous ne nous intéresserons dans le cadre de cette analyse qu'à la seule hypothèse où l'individu est celui qui se prévaut de la renonciation à son droit pour justifier son comportement ou sa requête. Notons tout de même qu'un tel argument, lorsqu'il est invoqué par l'État, est généralement considéré comme suspect²³ et ne sera en tout cas

¹⁸ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights », *Northen Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, n° 3, 2000, pp. 481 et 495.

¹⁹ *Ibidem*, p. 495.

²⁰ *Idem* ; O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 445 ; P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 10 et s..

²¹ O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press., 2010, p. 433.

²² *Ibidem*, p. 434.

²³ *Ibidem*, p. 435.

jamais retenu au motif qu'il aurait suffi que la personne agisse autrement pour ne pas être victime d'une violation de ses droits²⁴.

Ainsi, la question de la renonciation par un individu à un droit conféré par la CEDH peut s'appréhender de différentes manières selon la signification que l'on donne à ce terme. Nous nous bornerons ici à ne retenir que deux terminologies particulières dès lors qu'elles sont les plus appropriées à notre problématique. La première revient à assimiler la renonciation à l'aspect négatif d'un droit ou d'une liberté fondamentale (a). La seconde consiste quant à elle à appréhender cette notion comme le refus d'exercer la prérogative en cause (b).

a. La renonciation comme aspect négatif d'un droit ou d'une liberté

Identifier la notion de renonciation à l'aspect négatif d'une garantie consacrée par la CEDH implique de comprendre chacune des dispositions de la Convention comme pouvant renfermer deux droits distincts. Le premier est alors celui qui se retrouve en tant que tel dans le texte européen tandis que le second doit s'entendre comme le droit de ne pas se prévaloir du premier²⁵. Une telle conception suppose donc l'existence dans le chef de l'intéressé d'un « droit de renoncer » qu'il faut déduire de chacun de ses droits fondamentaux. Cependant, une telle interprétation de la Convention n'a pas été consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme²⁶. En effet, si cette dernière a reconnu un « droit négatif » à l'égard de certaines dispositions, elle s'est toutefois bien gardée d'en faire un principe général. Ainsi, la Cour de Strasbourg a progressivement reconnu que l'article 11 de la Convention²⁷ garantit à la fois le droit positif d'exercer sa liberté d'association et le droit négatif de renoncer à une telle liberté, et donc de ne pas l'exercer²⁸. Le même constat a été opéré par la Cour au regard de la liberté de penser, de conscience et de religion²⁹ garantie par l'article 9³⁰, ainsi que par la Commission

²⁴ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights », *o.c.*, p. 485.

²⁵ *Ibidem*, p. 495.

²⁶ *Ibidem*, p. 508.

²⁷ Art. 11, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

²⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, §52, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt *Sibson c. Royaume-Uni* du 20 avril 1993, §29, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, § 35, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, §103, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).

²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Buscarini et autres c. Saint-Marin* du 18 février 1999, § 34, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).

européenne des droits de l'homme concernant le droit à la liberté d'expression³¹ consacré par l'article 10³². Par contre, tel n'a pas été le cas concernant le droit à la vie puisque dans l'affaire Pretty, la Cour a expressément rappelé qu'un droit de mourir ne pouvait certainement pas être déduit de l'article 2 de la Convention³³.

Cependant, une telle acception de la renonciation ne fait pas l'unanimité. En effet, Mr. Philippe Frumer considère pour sa part qu'assimiler l'existence d'un aspect négatif au sein de certains droits fondamentaux à la question de la renonciation relève d'une confusion qu'il faut à tout prix éviter³⁴. Cette position, que nous partageons, nécessite que l'on retourne sur la jurisprudence de la Cour afin d'en comprendre toute la portée. En effet, ainsi que nous l'avons souligné ci-avant, les juges de Strasbourg et la Commission européenne des droits de l'homme n'ont reconnu l'existence d'un aspect négatif que dans les seuls articles 9, 10 et 11 de la Convention. Or, ces derniers présentent tous les trois la particularité de consacrer le droit à une liberté. Ainsi, il est effectivement incorrect d'identifier l'exercice du « droit négatif » déduit d'une disposition de la Convention à une renonciation dès lors qu'il s'agit en réalité du simple exercice d'une liberté, « *une certaine liberté de choix quant à l'exercice d'une liberté [étant] inhérente à la notion de celle-ci* »³⁵. Se voir reconnaître une liberté d'action implique donc nécessairement de se voir garantir le choix d'agir ou de ne pas agir. L'exemple du droit à la liberté d'expression est particulièrement convaincant. En effet, être libre d'avoir des opinions et de les exprimer implique *de facto* la liberté de ne pas en avoir ou de n'avoir rien à dire. Nous comprendrions difficilement que la liberté d'expression et d'opinion puisse signifier que la liberté se situe uniquement dans l'opinion et son expression, sans qu'elle ne puisse porter sur le fait même de s'exprimer et d'avoir un avis. Par conséquent, dans les différents arrêts que la Cour a rendus sur la question, celle-ci n'a en réalité fait que mettre en lumière l'existence d'une modalité, fût-elle négative, que toute liberté porte en elle³⁶. Ainsi, les arrêts *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, *Sibson c. Royaume-Uni* et *Buscarini et autres c. Saint-Marin* se bornent uniquement à mettre en lumière l'existence de cette facette

³⁰ Art. 9, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

³¹ Comm. eur. D.H., rapport du 13 octobre 1992 concernant l'affaire K. c. Autriche, § 45, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).

³² Art. 10, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

³³ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., §39.

³⁴ P. FRUMER, o.c., p. 17.

³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, o.c., §52.

³⁶ P. FRUMER, o.c., p. 17.

inhérente à l'exercice de toute liberté³⁷, alors que les arrêts *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande* et *Chassagnou c. France* portent quant à eux, non pas sur l'exercice d'une quelconque renonciation par les requérants, mais plutôt, en réalité, sur l'ingérence opérée par l'État dans l'exercice de leur liberté de ne pas s'associer, et qui se matérialise par l'obligation contraignante pour les intéressés de devoir s'affilier³⁸. Quant aux articles 2 et 8 de la Convention, dès lors qu'ils ne consacrent pas le droit d'exercer une liberté mais bien le droit d'être protégé, l'objet de cette protection étant alors la vie d'une part et l'intégrité physique en ce qu'elle est comprise dans la notion de vie privée d'autre part, ces deux dispositions ne peuvent par nature pas renfermer un « droit négatif » puisque l'existence de ce dernier ne s'explique en réalité que par la nature même d'une liberté.

Enfin, notons qu'une telle disqualification semble d'autant plus justifiée qu'il est en fait possible de renoncer tant au versant positif qu'au versant négatif d'une même liberté. En effet, pour reprendre l'exemple de l'article 11, une personne peut aussi bien renoncer à s'affilier à une association que renoncer à ne pas s'affilier³⁹. Par conséquent, une telle hypothèse doit plutôt s'appréhender comme illustrant le refus dans le chef d'un individu d'exercer sa liberté à laquelle, donc, il renonce.

b. La renonciation comme refus d'exercer un droit ou une liberté

La renonciation peut être définie comme un « acte unilatéral ou conventionnel par lequel un sujet de Droit international manifeste expressément ou tacitement sa volonté d'abandonner un droit ou une prétention »⁴⁰. Si nous adhérons à cette définition, nous considérons toutefois qu'un tel abandon ne peut pas avoir un caractère définitif et s'apparenter à une extinction du droit fondamental en cause. Nous estimons en effet que la renonciation doit plutôt s'exercer au cas par cas, de sorte qu'un individu puisse renoncer à l'un de ses droits dans une situation donnée tout en gardant toujours la possibilité de l'exercer dans d'autres situations. C'est pourquoi nous préférons associer la renonciation à la notion de refus plutôt qu'à celle d'abandon.

³⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, o.c., §52 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sibson c. Royaume-Uni*, o.c., §29 ; Cour eur. D.H., arrêt *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, o.c., § 34.

³⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande*, o.c., §37 ; Cour eur. D.H., arrêt *Chassagnou et autres c. France*, o.c., §103.

³⁹ P. FRUMER, o.c., p. 17, note 74.

⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2009, p. 800.

Ainsi, il convient de noter que la renonciation au sens de refus s'accompagnera en principe de circonstances et de considérations différentes selon qu'elle porte sur l'exercice d'une liberté ou d'un droit. En effet, si un individu renonce à exercer une liberté qui lui est pourtant reconnue, cela signifie nécessairement qu'il se plie à la volonté d'autrui, volonté qu'il ne partage pas *a priori* mais à laquelle il décide *in fine* d'adhérer, le plus souvent pour obtenir une contrepartie. Dans ce sens, nous pouvons imaginer le cas d'une personne renonçant à sa liberté de ne pas se syndiquer, alors qu'au départ tel était son choix, et donc de se plier à la contrainte de s'affilier lorsqu'il s'agit d'une condition d'embauche⁴¹. Une autre hypothèse est celle d'une jeune femme qui, alors qu'elle porte habituellement le voile, décide de renoncer à sa liberté de religion pour pouvoir être admise au programme d'une école qui refuse le port de tout accessoire à caractère religieux⁴². Une telle renonciation est-elle valable au regard du système de la Convention dès lors qu'elle s'associe automatiquement à une restriction imposée par autrui et qu'elle sera le plus souvent exercée par des personnes dans le besoin ? C'est une question fondamentale à laquelle nous ne répondrons toutefois pas dès lors qu'elle nous ferait entrer dans des considérations qui nous éloigneraient sensiblement de l'objet de notre étude. Il est en tout cas certain que l'analyse de cette problématique devra se faire avec la plus grande prudence, en considération du rôle même des droits fondamentaux dont le respect présente une importance toute particulière lorsque les intéressés se trouvent dans des situations de besoin ou de détresse⁴³.

Par contre, lorsqu'un individu refuse la protection que certains de ses droits offrent à sa personne, les considérations sont toutes autres. En effet, dans un tel cas, l'individu s'oppose à la protection que la Convention entend lui imposer alors même qu'il considère ne pas en avoir besoin⁴⁴. Plus encore, dès lors que de tels droits protègent la personne du titulaire, autrement dit son corps, la renonciation peut s'expliquer par la volonté dans le chef de l'intéressé de disposer de son corps comme il l'entend, même si cela lui est dommageable, sans devoir subir la protection des autorités publiques qui chercheraient alors à le protéger contre lui-même. Dans ce cas de figure, ce sont donc précisément les articles 2 et 8 de la CEDH qui sont en cause dès lors qu'ils consacrent respectivement les droits à la protection de

⁴¹ P. FRUMER, *o.c.*, p. 403.

⁴² O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *o.c.*, pp. 469 et s..

⁴³ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights », *o.c.*, p. 508 ; O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *o.c.*, pp. 456 et s..

⁴⁴ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights », *o.c.*, p. 495.

sa vie et de son intégrité physique. Parce qu'une telle renonciation s'explique par le principe général de liberté et d'autonomie reconnu à chacun⁴⁵, nous pouvons considérer qu'elle doit en principe pouvoir être exercée par qui le souhaite⁴⁶. Il ne s'agit toutefois que d'une simple « faculté » et non d'un « droit »⁴⁷, ce qui signifie que si l'intéressé peut *a priori* toujours renoncer à la protection qu'un État paternaliste souhaite lui imposer, il ne peut en revanche pas exiger des autorités publiques qu'elles prennent des mesures afin de soutenir et de faciliter cette renonciation. L'absence d'un droit de renoncer implique en effet l'absence dans le chef des États d'une quelconque obligation positive⁴⁸. Concrètement, cela signifie que si un individu peut se suicider ou même se mutiler⁴⁹, ce qui peut se traduire comme une renonciation à ses droits à la vie ou à l'intégrité physique, il ne peut en revanche pas, par exemple, exiger des autorités étatiques qu'elles lui permettent sans aucune condition de se fournir une substance létale afin de mettre un terme à ses jours⁵⁰. De même, lorsqu'un individu souhaite renoncer à l'un de ses droits avec l'aide d'un tiers, il ne peut pas exiger de l'État que ce dernier dépénalise le comportement en cause, que ce soit l'euthanasie ou encore les violences consenties, dès lors qu'il ne dispose pas d'un droit de renoncer qu'il pourrait opposer aux autorités nationales.

Au regard des développements proposés ci-dessus, il nous apparaît donc que si la renonciation semble être (en principe) légitime et possible lorsque l'individu agit dans un rapport de *soi à soi*, il apparaît en revanche qu'elle ne soit pas efficace lorsque celui qui renonce le fait dans le cadre particulier de son rapport avec autrui. Par conséquent, l'individu qui souhaite juridiquement justifier l'atteinte portée à son intégrité physique par un autre devra nécessairement fonder son comportement sur l'exercice d'un droit subjectif à part entière.

⁴⁵ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *o.c.*, p. 460.

⁴⁶ Notons toutefois que dans l'affaire *Renolde c. France*, dans laquelle la requérante affirme qu'il y a eu violation du droit à la vie de son fils qui s'est suicidé alors qu'il en était détention, la Cour a finalement retenu la responsabilité de l'État en considérant que ce dernier n'avait pas pris les mesures nécessaires pour protéger l'individu contre lui-même. La responsabilité de l'État peut donc se trouver engagée quand bien même l'individu aurait renoncé de son plein gré à son droit à la vie (Cour eur. D.H., arrêt *Renolde c. France* du 16 octobre 2008, <http://www.echr.coe.int> (3 juillet 2015)).

⁴⁷ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *o.c.*, p. 449.

⁴⁸ Voy en ce sens la distinction entre droit et liberté (faculté) proposée par O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *o.c.*, pp. 840-841.

⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, n° 43, 2005, p. 2978.

⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse*, *o.c.*.

2) Le droit à la libre disposition par la personne de son corps

Comme nous l'avons indiqué ci-avant, les prérogatives corporelles qui s'attachent au droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 ont évolué au fil des années. D'une conception strictement passive qui consistait à reconnaître à l'individu la protection de son intégrité physique contre toute atteinte portée par autrui, la Cour de Strasbourg a finalement interprété la notion de vie privée comme consacrant plus largement le droit pour chacun de disposer de son corps comme il l'entend⁵¹.

La question qui se pose est alors de savoir s'il est possible de donner à une telle disposition une finalité qui nécessiterait qu'on porte atteinte à son intégrité physique. Il ne s'agirait donc pas dans ce cas d'une renonciation au droit à la protection de son intégrité physique, ou à un autre droit prohibant une telle atteinte, mais bien de l'exercice d'un droit subjectif à part entière qui permettrait à son titulaire de faire ce qu'il veut de son corps, même si cela implique de le martyriser. L'enjeu est en effet de taille puisque dans ce cas, l'État a l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exercice effectif du droit au respect de sa vie privée par une personne placée sous sa juridiction⁵², sous réserve toutefois du second paragraphe de l'article 8 qui prévoit la possibilité pour l'État de restreindre l'exercice de ce droit moyennant la rencontre de plusieurs conditions. Nous reviendrons ultérieurement sur ce pouvoir d'ingérence reconnu aux autorités publiques nationales lorsque nous analyserons les limites qui s'imposent au droit de disposer de son corps.

Une telle portée a pourtant été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme⁵³, dès lors que « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »⁵⁴. Ainsi, le droit d'opérer des choix sur son propre corps doit bel et bien être consacré et respecté parce qu'il « *fait partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »⁵⁵, principe qui se trouve aujourd'hui au cœur de l'interprétation de l'article 8⁵⁶.

⁵¹ Cour eur. D. H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., §66 ; Cour eur. D. H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., §83.

⁵² B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, coll. Partage du savoir, Paris, P.U.F., 2005, p. 75.

⁵³ Cour eur. D. H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., §66.

⁵⁴ *Ibidem*, §62.

⁵⁵ Cour eur. D. H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., §83.

⁵⁶ D. ROMAN, « A corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, p. 1285.

Section 2 : Le principe de l'autonomie personnelle et son implication sur le corps humain

Bien que la notion d'autonomie personnelle puisse revêtir plusieurs significations, ce principe peut très certainement se définir comme la faculté qui doit être reconnue à chacun de mener sa vie comme il l'entend au regard de ses croyances et de ses valeurs, pour autant qu'il ne porte pas atteinte à autrui⁵⁷.

Si ce concept n'a que récemment pénétré la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2), il existe et est consacré depuis déjà plusieurs décennies en droit nord-américain⁵⁸(1). Ainsi, le principe d'autonomie personnelle n'est en réalité que la transposition en droit européen de la jurisprudence des Cours suprêmes du Canada et des États-Unis⁵⁹.

1) Un concept emprunté au droit nord-américain

Le principe d'autonomie personnelle se présente de façon très similaire, si pas identique, en droit américain et en droit canadien. Nous préférons toutefois opérer la distinction dès lors que la notion appelle quelques petites différences dans les deux ordres juridiques.

Ainsi, sans surprise, le principe d'autonomie personnelle est étroitement lié au droit à la vie privée américain⁶⁰. Ce dernier est cependant sensiblement différent de celui que nous connaissons en droit européen, et ce pour plusieurs raisons. D'abord parce que le « *right of privacy* » résulte d'une construction prétorienne, même si la jurisprudence l'a très vite érigé au rang de droit fondamental⁶¹. Ensuite parce que le contenu même du droit à la vie privée tel qu'il est consacré aux États-Unis est profondément distinct de la portée de notre article 8 tel qu'il était compris à l'origine⁶². En effet, le « *right of privacy* » américain doit s'entendre du pouvoir pour chacun de poser ses propres choix de vie sans qu'aucune immixtion étatique ne

⁵⁷ J. MARSHALL, *Personal Freedom through Human Rights Law ? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 57.

⁵⁸ E. LAGARDE, o.c., p. 29.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 56.

⁶¹ *Ibidem*, p. 55.

⁶² En effet, à l'heure actuelle, notre droit au respect de la vie privée s'apparente beaucoup plus au « *right of privacy* » américain compte tenu de l'interprétation plus libérale et active que la Cour de Strasbourg en fait.

puisse être tolérée⁶³. Autrement dit, il a dès sa création été porteur de la notion même d'autonomie personnelle, allant jusqu'à se confondre avec le principe. La dimension corporelle de l'autonomie trouve quant à elle ses racines dans des affaires portant sur la stérilisation, la contraception et l'avortement⁶⁴. Ce qui est particulièrement intéressant, c'est que le droit de disposer de son corps trouve ici son fondement dans la conception subjective de la dignité humaine⁶⁵. En effet, au regard des quelques écrits portant sur ce principe, celui-ci apparaît comme devant supporter l'individu et être invoqué en sa faveur⁶⁶. À ce propos, le Juge Brennan, qui siégea à la Cour suprême de 1956 à 1990⁶⁷, semble considérer que la dignité « *couvre tout type de comportement ou choix individuel, même s'il est déviant par rapport à un mainstream* »⁶⁸. De façon similaire, le philosophe Ronald Dworkin présente ce principe comme recouvrant le droit et la responsabilité pour chacun de poser des choix en accord avec la vie qu'il entend mener⁶⁹. C'est pourquoi la Cour suprême a eu plusieurs fois recours, bien que de façon subtile, à l'approche subjective de la dignité humaine dans des affaires portant sur le « *right of privacy* »⁷⁰. Une telle approche soutient donc véritablement l'autonomie personnelle, et plus particulièrement l'autonomie corporelle. Or, assez paradoxalement, le respect de la dignité humaine peut également être soulevé pour limiter le droit de disposer de son corps⁷¹. Nous reviendrons sur cette seconde approche dans la suite de notre analyse.

En ce qui concerne l'ordre juridique canadien, le droit à l'autonomie personnelle peut être déduit de l'article 7 de la Charte des droits et libertés⁷². Si cette disposition consacre le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes », la jurisprudence de la Cour suprême en a également fait le fondement du droit au respect de la vie privée⁷³. De nouveau, le principe d'autonomie personnelle est donc étroitement lié à la notion même de vie privée qui, si elle n'est pas à proprement parler reprise dans la Charte, doit néanmoins être protégée

⁶³ D. TISSIER, o.c., p. 86

⁶⁴ *Skinner v. Oklahoma* 316 U.S. 535 (1942) ; *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) ; *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 479 (1972) ; *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) (ces différentes affaires sont citées par D. TISSIER, o.c., pp. 87-88).

⁶⁵ D. TISSIER, o.c., p. 63.

⁶⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de dignité en droit américain », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (sous la dir. de C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), coll. Droit et Justice, Paris, P.U.F., 2005, p. 150.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 147.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 148.

⁶⁹ R. DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Knopf, 1993, cité par S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de dignité en droit américain », o.c., p. 156.

⁷⁰ Voy. D. TISSIER, o.c., pp. 63-64, qui reprend une liste d'affaires en matière d'avortement.

⁷¹ *Ibidem*, p. 95.

⁷² Art. 7, Charte canadienne des droits et libertés, signée à Ottawa le 17 avril 1982.

⁷³ *R. c. Morgentaler*, (1988) 1 R.C.S. 30 § 240.

sur base de l'article 7⁷⁴. Et de la même façon qu'en droit américain, l'autonomie personnelle a été étendue au corps humain à l'occasion d'une affaire portant sur la procréation, et plus particulièrement sur l'avortement⁷⁵. Il n'est donc pas étonnant que le droit canadien fonde également l'autonomie personnelle et corporelle sur la conception subjective de la dignité en vertu de laquelle chacun doit pouvoir prendre des décisions personnelles fondamentales dans le but de mener sa vie comme il l'entend⁷⁶. Le droit de disposer librement de son corps n'est toutefois pas sans limite⁷⁷. En effet, si « *dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions d'importance fondamentale pour sa personne* »⁷⁸, « *la liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun* »⁷⁹. C'est pourquoi la Cour suprême, dans son arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, après avoir reconnu la violation du droit de la requérante de poser des choix concernant son propre corps⁸⁰, a finalement rejeté la demande de la requérante qui souhaitait pouvoir bénéficier d'une aide pour mettre fin à ses jours au nom de la protection de la vie des personnes vulnérables, objectif légitime justifiant l'ingérence de l'État⁸¹.

Ainsi, cet arrêt *Rodriguez* est particulièrement intéressant en ce que d'une part, il réaffirme l'existence dans le chef de chacun d'un droit à l'autonomie corporelle fondé sur le respect de sa vie privée et de sa dignité, et que d'autre part, il rappelle que des limites peuvent toutefois être posées par l'État canadien quant à l'exercice d'une telle autonomie lorsque l'objectif poursuivi est légitime dans une société démocratique. Cette affaire présente par ailleurs un autre intérêt, et non pas des moindres, puisque c'est précisément en s'inspirant de celle-ci que notre Cour européenne des droits de l'homme a introduit le principe d'autonomie personnelle dans le droit de la Convention.

⁷⁴ E. LAGARDE, o.c., p. 52.

⁷⁵ *R. c. Morgentaler*, (1988) 1 R.C.S. 30.

⁷⁶ D. TISSIER, o.c., p. 91.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Godbout c. Longueuil*, (1997) 3 R.C.S. 844 §63.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, (1993) 3 R.C.S. 519 §200.

⁸¹ *Ibidem.*, §§205-207 et §§ 213 et s..

2) La consécration du principe par la Cour européenne des droits de l'homme comme norme d'interprétation de l'article 8 de la CEDH

Avant que le principe de l'autonomie personnelle ne soit explicitement consacré par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, des affirmations implicites du principe pouvaient déjà être observées dans la jurisprudence⁸². Ainsi, dans l'affaire *X. c. Islande*, la Commission a-t-elle jugé que le droit au respect de la vie privée comprenait également le droit pour l'individu de créer des liens avec d'autres êtres humains, dès lors que l'établissement de relations affectives avec d'autres participe au développement et à l'épanouissement de soi⁸³. Dans le même sens, la Commission a affirmé dans son rapport concernant l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. RFA*, que le droit au respect de la vie privée comprenait également le droit pour l'individu de poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité, en ce compris dans ses relations sexuelles⁸⁴.

Quant à la reconnaissance explicite du principe, l'arrêt fondateur n'est autre que celui rendu dans la douloureuse affaire opposant Madame Pretty au Royaume-Uni⁸⁵. Comme nous venons de l'épingler ci-avant, c'est sous l'influence de la Cour suprême canadienne et de son arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique*⁸⁶, dont les faits sont par ailleurs très semblables à la situation de Madame Pretty, que la Cour européenne des droits de l'homme a consacré le principe de l'autonomie personnelle, affirmant que cette notion « *reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »⁸⁷. Ainsi, il ne fait plus aucun doute que le droit au respect de la vie privée renferme le droit de chacun de mener sa vie comme il l'entend en vue de son épanouissement personnel, même si cela implique de s'adonner à des activités pouvant s'avérer physiquement dangereuses⁸⁸. Le droit de disposer librement de son corps, au nom de l'exercice de son autonomie personnelle, est donc bien une

⁸² M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, p. 4.

⁸³ Comm. eur. D.H., arrêt *X. c. Islande* du 18 mai 1976, p. 89, <http://www.echr.coe.int> (7 juillet 2015).

⁸⁴ Comm. eur. D.H., rapport du 12 juillet 1977 concernant l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. RFA*, §55, <http://www.echr.coe.int> (7 juillet 2015).

⁸⁵ Voy. ci-après la note 139 pour les détails de la cause.

⁸⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., §§ 66 et 74.

⁸⁷ *Ibidem*, §61.

⁸⁸ *Ibidem*, §§61-62.

prérogative garantie par l'article 8 de la CEDH. La Cour l'a par ailleurs confirmé dans l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*⁸⁹.

Ainsi, « *la Cour européenne des droits de l'homme [semble être] définitivement passée d'une conception intimiste, défensive du droit au respect de la vie privée, à une conception libérale, active* »⁹⁰, qui consacre le droit pour chacun de disposer de son corps comme il l'entend. Un tel basculement s'explique sans doute par le déclin manifeste de l'influence de la religion qui a profondément marqué notre société occidentale ces dernières décennies. Et à ce premier facteur s'ajoute l'apparition d'une nouvelle valeur qui va venir supplanter les préceptes religieux : la recherche du bien-être et du bonheur⁹¹. Parce que chacun est différent et aspire à une existence particulière en raison d'une conception de la vie qui lui est propre, chacun doit pouvoir prétendre à un tel mode de vie, dès lors que c'est celui-là même qui le rendra heureux. Et l'outil qui permet d'accéder à une telle existence n'est autre que l'autonomie personnelle puisqu'elle offre précisément à chacun la possibilité d'opérer des choix afin d'approcher de ce qu'il y a de mieux pour lui et d'après lui, quand bien même ce chemin s'écarterait profondément de la conception partagée par le plus grand nombre⁹².

Cependant, et nous terminerons ce chapitre par cette dernière remarque, l'exercice de l'autonomie personnelle n'est pas sans connaître certaines limites. En effet, si la violation du droit de Madame Pretty a bien été reconnue et établie par la Cour⁹³, cette dernière a toutefois considéré qu'elle était justifiée au regard du second paragraphe de l'article 8 qui autorise les autorités étatiques à limiter l'exercice du droit au respect de la vie privée lorsque l'objectif poursuivi est légitime dans une société démocratique⁹⁴. Le droit d'opérer des choix sur son propre corps n'est donc pas absolu.

⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 83.

⁹⁰ E. LAGARDE, o.c., p. 54.

⁹¹ *Ibidem*, p. 79. Pour plus de développement concernant le déclin religieux, voy. les pages 59 et suivantes du même ouvrage.

⁹² M. MARZANO, *Je consens, donc je suis ...*, Paris, P.U.F., 2006, p. 64 ; J. S. MILL, *De la liberté*, 1859, p. 53, disponible en version électronique à l'adresse <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.mij.del2> (7 juillet 2015).

⁹³ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., § 67.

⁹⁴ *Ibidem*, §§ 68 et s..

Chapitre 2

Les limites qui s'imposent à la libre disposition de son corps

Comme nous avons pu le constater dans le cadre de l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*⁹⁵, le droit de disposer de son corps n'est pas absolu et peut se voir limité par le pouvoir d'ingérence reconnu aux États (Section 2). Dans le cas particulier où la disposition corporelle amène l'individu à se martyriser avec le concours d'autrui, voire à se donner la mort, la question s'est également posée de savoir si l'approche hyper individualiste qui a mené la Cour à reconnaître l'autonomie personnelle comme norme d'interprétation de l'article 8 n'allait pas porter atteinte à la cohérence même du système des droits fondamentaux (Section 4). Et face à ces deux obstacles, un troisième qui leur est intimement lié est particulièrement présent en doctrine : la dignité humaine, cette fois dans sa conception objective (Section 3). Mais avant de s'intéresser aux différents éléments pouvant nécessiter et justifier une limitation de l'autonomie corporelle, il convient d'établir le cadre de notre réflexion qui se limitera aux deux cas particuliers que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, à savoir la problématique de la fin de vie et les pratiques sadomasochistes (Section 1).

Section 1 : L'exercice du droit de disposer librement de son corps

L'exercice du droit de disposer de son corps trouve particulièrement à s'appliquer dans deux hypothèses qui n'ont pas fini de soulever le débat. Il s'agit de l'euthanasie et de l'aide au suicide d'une part (1), et des violences sexuelles consenties d'autre part (2).

1) L'euthanasie et l'aide au suicide

La problématique de la fin de vie pose substantiellement la question de savoir si un individu peut décider non seulement du moment de sa mort, mais aussi de la manière dont il va mourir dès lors que le procédé qu'il a choisi nécessite l'aide d'un tiers. Loin de faire l'unanimité parmi les États membres du Conseil de l'Europe, cette question est encore

⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c..

aujourd'hui l'objet d'une grande controverse. La fin de vie trouve ainsi une place non négligeable dans l'analyse qu'est la nôtre puisqu'elle peut se comprendre comme l'exercice ultime par un individu du droit de disposer de son corps, cette disposition consistant à porter une atteinte fatale à son intégrité physique. Or, la Cour de Strasbourg a expressément reconnu sur base de l'article 8⁹⁶ « le droit de chacun, compris dans la notion d'autonomie personnelle, de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin »⁹⁷. C'est pourquoi nous consacrerons les pages qui suivent à son analyse. À ce titre, nous étudierons distinctement l'euthanasie passive (b), l'euthanasie active (c) et le suicide assisté (d), dès lors que ces trois procédés connaissent des régimes différents et appellent des commentaires particuliers⁹⁸. Mais avant de s'intéresser aux manières dont un individu peut s'éteindre avec l'aide d'autrui, il convient de s'attarder quelque peu sur les circonstances et les raisons qui mènent une personne à vouloir précipiter la fin de sa vie (a).

a. Considérations générales sur les circonstances entourant la fin de vie

« Personne ne veut vraiment mourir. En trois ans, je n'en ai vu aucun qui voulait se tuer. Ils voulaient vivre. Ils voulaient tous vivre. Sauf que c'est plus une vie. Ils n'en peuvent plus »⁹⁹. Cet extrait, provenant de l'extraordinaire film *Miele*, formule à notre sens la problématique de la fin de vie à la fois de façon simple et puissante. Nous sommes en effet persuadés que lorsqu'un individu décide de mourir et demande dans sa démarche l'aide d'un tiers, ce n'est pas parce qu'il veut mourir mais parce que la vie, devenue trop douloureuse et difficile, n'est plus pour lui une option envisageable¹⁰⁰. À notre sens, et pour reprendre les mots de six grands philosophes américains, « la plupart d'entre nous envisagent la mort [...] comme le dernier acte du drame de l'existence, et nous voulons que ce dernier acte soit conforme à nos convictions personnelles, aux convictions que nous avons tenté de respecter au cours de notre vie, et non aux convictions d'autrui qui nous seraient imposées au moment

⁹⁶ Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres c. France, du 5 juin 2015, § 98, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015).

⁹⁷ Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni, o.c., §§ 61 et 67 ; Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, o.c., § 51 ; Cour eur. D.H., arrêt Koch c. Allemagne du 19 juillet 2012, § 52, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres c. France, o.c., § 98,

⁹⁸ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, n°52, 2003, pp. 73-74 ; C. BERSAY, « Euthanasie », *Études sur la mort*, n° 120, 2001, p. 69.

⁹⁹ Extrait du film *Miele*, réalisé par Valeria Golino, 2013.

¹⁰⁰ Nous visons ici tant la douleur physique que la douleur psychique.

où nous sommes le plus vulnérables »¹⁰¹. Ainsi, refuser aux individus la possibilité de mettre un terme à leurs jours moyennant une assistance médicale ou autre revient à abusivement imposer à tout un chacun une conception du sens et de la valeur de la vie qui n'est peut-être pas ou plus la leur¹⁰². Une telle interdiction placerait des personnes devant lutter quotidiennement contre une souffrance et une angoisse intenses, qui s'accompagnent le plus souvent d'une diminution de leurs capacités les rendant parfois méconnaissable à leurs propres yeux, dans l'obligation de supporter ce qui serait devenu pour elles l'insupportable.

La Cour de Strasbourg a ainsi elle-même consenti dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* que la dignité et l'autonomie personnelle de chacun, au cœur même de la Convention, impliquent le droit à tout individu de donner la signification qu'il choisit à sa propre vie, sur base de l'article 8¹⁰³. Sans déforcer l'importance de la protection que l'article 2 confère à la vie, la Cour ne peut que constater qu'à l'époque à laquelle nous vivons, la sophistication médicale toujours plus pointue et l'allongement de l'espérance de vie placent de nombreuses personnes dans la crainte de devoir vivre jusqu'à « *un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle* ». ¹⁰⁴ Dans le même sens, le Juge en chef Lamer s'est très justement interrogé sur la valeur qu'une vie sans droit de faire ce que l'on veut en faire pouvait avoir, avant de remarquer que « *la vie d'une personne inclut sa mort. Différentes personnes ont des opinions différentes sur la vie et ce qui la dévalorise. Pour certains, la possibilité de choisir de mettre fin à sa vie avec dignité est infiniment préférable aux douleurs et à l'amoindrissement inévitable d'un déclin long et lent* »¹⁰⁵.

Chaque individu doit donc pouvoir mettre un terme à sa vie, et requérir l'aide d'un tiers lorsqu'il en ressent le besoin, si telle est sa volonté. Il est toutefois évident qu'une décision aussi irrévocable ne doit pas être prise à la légère. Le consentement de la personne concernée doit être libre et éclairé. À cette fin, cette dernière doit être en pleine possession de ses facultés mentales et de discernement, et avoir été correctement et complètement informée des différentes options qui s'offrent à elle ainsi que de leurs conséquences. Dans cette optique, la possibilité pour chacun d'avoir recours à l'euthanasie ou à l'assistance au suicide

¹⁰¹ R. DWORKIN, T. NAGEL, R. NOZICK, J. RAWLS, T. M. SCANLON et J. J. THOMSON, « Suicide assisté : le mémoire des philosophes », *Raisons politiques*, n° 11, 2003, p. 42.

¹⁰² *Ibidem*, p. 45.

¹⁰³ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., § 65.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, o.c., § 211.

doit nécessairement s'accompagner de l'alternative que constituent les soins palliatifs¹⁰⁶. En effet, les personnes atteintes d'une maladie incurable, qu'elles soient ou non en fin de vie, ne doivent pas décider de mettre un point final à leur existence parce que la mort constitue pour elles la seule échappatoire à leurs souffrances, mais bien parce que malgré l'existence de soins susceptibles de les soulager quelque peu, elles auront en toute connaissance de cause opté pour la voie qui mettra définitivement un terme à leur douleur¹⁰⁷.

b. L'euthanasie passive

L'euthanasie passive consiste en l'intervention par laquelle un médecin provoque intentionnellement la mort d'un patient, à la demande de celui-ci, en interrompant le traitement qui le maintenait jusqu'alors en vie¹⁰⁸. Autrement dit, l'euthanasie dite passive s'identifie simplement au refus par le patient de se voir octroyer un traitement médical, quand bien même celui-ci serait vital pour lui. Une telle décision doit donc s'appréhender plus particulièrement comme le droit dont chacun dispose de voir son intégrité physique protégée contre toute atteinte portée par un tiers, l'atteinte devant ici s'identifier au traitement médical. Il s'agit du respect des droits du patient que nous avons évoqués aux premières lignes de cet exposé. Ainsi, l'euthanasie passive trouve plutôt sa justification dans la conception traditionnelle du droit subjectif corporel tiré de l'article 8 de la CEDH, même si le droit de disposer de son corps, dès lors qu'il englobe également la protection de l'intégrité physique, constitue également un fondement à une telle demande. Et c'est sans doute pour cela que cette pratique médicale, bien qu'elle ne bénéficie pas encore d'un consensus unanime parmi les États parties à la CEDH, semble être autorisée dans la plupart de ceux-ci lorsque telle est la volonté du patient¹⁰⁹. Il serait en effet difficilement concevable d'imposer un traitement médical à un individu qui n'en veut pas dès lors que celui-ci dispose de toutes ses facultés mentales pour prendre une telle décision et être conscient des conséquences de cette dernière. Une telle conception de l'autonomie du patient est d'ailleurs confirmée par la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine qui dispose en son article 5 qu'« *une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé* », étant entendu que cela nécessite une information

¹⁰⁶ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 94 ; R. DWORKIN, T. NAGEL, R. NOZICK, J. RAWLS, T. M. SCANLON et J. J. THOMSON, *o.c.*, pp. 34-35.

¹⁰⁷ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 94.

¹⁰⁸ E. LAGARDE, *o.c.*, p. 85.

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres c. France, *o.c.*, § 147.

adéquate du patient quant aux conséquences en cas de refus¹¹⁰. Ainsi, malgré l'absence d'un consensus parmi les États européens concernant l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie¹¹¹, la Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins reconnu que l'article 8 conférait à chacun « *le droit de refuser de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie* »¹¹², dès lors que l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à son intégrité physique¹¹³.

Au regard de ces développements, nous pouvons donc considérer que le droit de disposer de son corps, qui subordonne toute atteinte à l'intégrité physique au consentement de l'intéressé, légitime et justifie au regard de la Convention l'existence d'un droit pour chacun d'avoir recours à l'euthanasie passive¹¹⁴.

c. L'euthanasie active

Tout comme l'euthanasie passive, l'euthanasie active s'opère en milieu médical. Mais la similitude s'arrête là, du moins en ce qui concerne le procédé utilisé. En effet, là où la première consiste en l'interruption ou la non admission d'un traitement pourtant vital, la seconde implique, suite à la demande du patient souhaitant mettre un terme à sa vie, que le médecin lui administre une substance létale¹¹⁵. Dans ce cas, l'individu entend pouvoir disposer de son corps avec le concours d'un tiers en consentant à ce qu'un praticien du corps médical porte fatalement atteinte à son intégrité physique. Nous nous trouvons donc véritablement sur le versant actif du droit à l'intégrité physique. Il n'est plus question de protéger l'individu contre un traitement médical auquel il n'a pas consenti, mais bien de respecter le consentement du patient qui demande à son médecin de lui donner la mort.

Si la Cour de Strasbourg n'a en réalité jamais eu à se pencher sur une affaire dans laquelle le requérant revendiquait une euthanasie active sur base de son droit de disposer de

¹¹⁰ Art. 5, Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, signée à Ovideo le 4 avril 1997.

¹¹¹ Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres c. France, o.c., § 147.

¹¹² *Ibidem*, §180.

¹¹³ Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni, o.c., § 63.

¹¹⁴ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », o.c., p. 102.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 73.

son corps¹¹⁶, elle a en revanche eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer indirectement sur cette question dans des affaires touchant à la problématique de la fin de vie. Ainsi, en reconnaissant que « *le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention* »¹¹⁷, la Cour a indirectement admis que le droit de demander une euthanasie active peut également trouver son fondement dans l'article 8 puisqu'il s'agit d'une manière parmi d'autres de mettre fin à ses jours. Cela étant dit, dès lors que le second paragraphe de l'article 8 autorise les États à porter atteinte à la vie privée des individus lorsqu'une telle intervention est légitime dans une société démocratique, le droit de disposer de son corps n'emportera pas automatiquement l'accès à l'euthanasie active. La réalité des choses en témoigne d'ailleurs clairement puisqu'une telle disposition corporelle est à ce jour loin de rencontrer l'unanimité au sein des États membres du Conseil de l'Europe. Plus encore, seulement trois d'entre eux ont jusqu'à présent autorisé l'euthanasie active, non sans l'assortir de nombreuses conditions¹¹⁸. Par conséquent, en l'absence d'un consensus au sein des États membres, la Cour n'a d'autre choix que de leur reconnaître une large marge d'appréciation quant à l'opportunité de leur intervention¹¹⁹. Or, ceux-ci s'opposent pour la plus grande part à l'euthanasie active parce qu'ils la considèrent incompatible avec l'obligation de protéger la vie humaine qui leur incombe¹²⁰. En effet, si une telle pratique nécessite l'aval des autorités étatiques, c'est précisément parce que l'implication d'un tiers identifie *de facto* l'euthanasie active à un homicide volontaire. Le consentement du patient n'a alors aucun impact, le droit pénal de la très grande majorité des États membres n'en faisant pas une justification susceptible de disqualifier l'infraction d'homicide¹²¹.

Finalement, si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît indéniablement le droit pour tout individu de décider quand et comment mettre un terme à son existence, en ce compris donc en ayant recours à l'euthanasie active, elle considère néanmoins que les États peuvent légitimement décider de donner plus de poids à la protection de la vie

¹¹⁶ Nous fondons ce constat sur la recherche que nous avons effectuée au moyen de la base de données de la Cour européenne des droits de l'homme et qui n'a révélé aucune affaire portant sur l'euthanasie active (<http://echr.coe.int>).

¹¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, o.c., § 51 ; Cour eur. D.H., arrêt Koch c. Allemagne, o.c., § 52 ; Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres contre France, o.c., § 98 (souligné par nous dans le texte).

¹¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, o.c., § 55 ; <http://www.touteurope.eu/actualite/l-euthanasie-dans-les-Etats-membres.html> (8 juillet 2015).

¹¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, o.c., § 55.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008, pp. 135-137.

d'un individu qu'à son droit d'y mettre fin, dès lors que l'article 8, §2 leur reconnaît un tel pouvoir.

Bien que nous comprenions les motifs pouvant mener un État à interdire purement et simplement l'euthanasie active, nous soutenons fermement la légalisation de cette pratique pour autant qu'elle soit strictement et rigoureusement encadrée¹²². D'abord pour toutes les considérations que nous avons déjà eu l'occasion de partager un peu plus haut au sujet des raisons pouvant mener un individu à considérer l'euthanasie. Ensuite parce que si nous comprenons la différence fondamentale qui existe entre euthanasie active et euthanasie passive, nous éprouvons en revanche une certaine difficulté à saisir la légitimité des motifs qui ont mené les États à largement autoriser la seconde tout en refusant presque unanimement la première. Certes, l'interruption ou le refus d'un traitement vital ressort du droit le plus fondamental de chacun à ne pas voir son intégrité physique violée sans son approbation alors que l'injection d'une substance létale revient à disposer de son corps pour consentir à ce qu'il lui soit porté une atteinte fatale. De même, nous comprenons fort bien que d'un côté, l'omission laisse la nature suivre son cours alors que de l'autre, l'acte d'un médecin précipite l'ordre des choses. Ces deux variantes de l'euthanasie sont donc bien différentes, cela ne fait aucun doute. Pourtant, nous ne considérons pas que cette différence « dictée par le bon sens »¹²³ puisse justifier que l'une soit admise et l'autre non, dès lors qu'elles ont toutes deux pour conséquence d'entraîner la mort de l'individu qui en fait la demande¹²⁴. Ce dernier doit dans un cas comme dans l'autre pouvoir exercer son droit de disposer de son corps, de même que son droit de décider de quelle manière il va mettre un terme à sa vie. Plus encore, prévoir un régime juridique différent implique de mettre en place un système à deux vitesses, où ceux qui ont par le hasard des choses besoin d'un traitement ou d'une assistance pour se maintenir en vie pourront décider de mourir en y mettant un terme, alors que ceux qui souffrent certainement tout autant mais qui n'ont pas besoin de soins médicaux pour continuer à vivre ne pourront quant à eux pas exercer un tel choix. Or, qu'un médecin interrompe une assistance mécanique ou médicamenteuse nécessaire conformément à la volonté du patient, ou qu'il lui injecte une substance qui l'emportera sans douleur à sa demande expresse, le résultat sera le même : en agissant de la sorte, il aidera son patient à s'en aller dès lors que tel

¹²² Pour plus de détails sur les conditions qui doivent nécessairement accompagner, à notre sens, une légalisation partielle de l'euthanasie active, voy. la Section 1, 2) du troisième et dernier chapitre de cette analyse.

¹²³ R. DWORKIN, T. NAGEL, R. NOZICK, J. RAWLS, T. M. SCANLON et J. J. THOMSON, *o.c.*, p. 36.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 42 et 46-48.

est son souhait¹²⁵. Nous concédons toutefois qu'une nuance fondamentale doit être soulevée. En effet, lorsqu'il est question d'une euthanasie passive, le médecin a l'obligation de se conformer aux droits du patient qui permettent à ce dernier de refuser que sa vie soit maintenue ou prolongée par la médecine. En revanche, rien n'obligerait un médecin à agir activement dans le but d'aider son patient à mourir, quand bien même l'euthanasie active serait légalement admise. Dans ce second cas, les patients n'auraient donc que le droit à l'assistance d'un médecin consentant¹²⁶. Chaque médecin doit en effet pouvoir agir en conformité avec sa propre conscience professionnelle. Partant, il serait difficilement concevable de l'obliger à poser un acte qui serait contraire à ses principes¹²⁷.

Ainsi, bien que nous soyons d'avis que l'euthanasie active devrait être aussi accessible que l'euthanasie passive, force est de constater que nous sommes en Europe loin d'un tel résultat, et que la grande réticence des États ne permet pas à l'heure actuelle à la Cour européenne des droits de l'homme de concrétiser notre souhait en reconnaissant un droit pour chacun, moyennant la rencontre de conditions strictes et le respect d'une procédure rigoureuse, à pouvoir demander une euthanasie active.

d. L'aide au suicide

Le suicide assisté ou l'aide au suicide peut se définir comme l'assistance apportée par un tiers à la personne souhaitant mettre un terme à ses jours. Elle peut soit consister en l'aide d'un proche qui va matériellement assister l'individu dans sa démarche¹²⁸, soit se traduire par la fourniture de la part du corps médical d'une substance létale que l'individu sera libre de prendre lorsqu'il sera prêt, avec ou sans l'aide d'un tiers¹²⁹. Là encore, il est donc bien question du droit de disposer de son corps dans sa dimension active mais contrairement à l'euthanasie active, la mort de la personne concernée ne survient pas dans un milieu hospitalier sous l'action même d'un médecin. Ainsi, par nature, l'aide au suicide nous paraît plus difficile à contrôler et moins susceptible de se voir assortir de conditions strictes et d'un encadrement rigoureux. Sans doute est-ce pour cela que la pratique n'est pas du tout populaire auprès des États européens dont la Suisse est actuellement le seul à l'autoriser. Le suicide

¹²⁵ R. DWORKIN, T. NAGEL, R. NOZICK, J. RAWLS, T. M. SCANLON et J. J. THOMSON, *o.c.*, p. 48.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ C'est pourquoi la loi belge sur l'euthanasie prévoit un droit de refus dans le chef des médecins (Art. 14, al. 2, Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28520).

¹²⁸ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 73.

¹²⁹ Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, *o.c.*, § 7.

assisté est ainsi légalement admis dans ce pays grâce à un vide juridique permettant une interprétation en ce sens¹³⁰, mais uniquement dans l'hypothèse où l'individu qui se voit procurer une substance létale se donne la mort seul sans qu'aucune aide ne lui soit donnée pour accomplir l'acte. En effet, l'assistance matérielle d'un proche lorsqu'elle consiste à porter le geste fatal à la personne souhaitant mourir peut être qualifiée de « meurtre par compassion »¹³¹ et est à ce titre expressément interdite par la loi pénale suisse¹³². Ainsi, on est encore très loin d'un consensus au sein des États membres, ce qui leur confère donc une grande marge d'appréciation quant à l'exercice du pouvoir d'ingérence que leur confère l'article 8, §2 de la CEDH. Et c'est d'ailleurs pourquoi la Cour a conclu dans son arrêt *Haas c. Suisse* que les risques d'abus inhérents à la libéralisation du suicide assisté telle qu'elle existe en Suisse nécessitent la mise en place d'un encadrement par l'État et justifient que ce dernier soumette toute personne souhaitant être assistée dans son suicide à un certain nombre de conditions pouvant dès lors restreindre son droit de disposer de son corps¹³³.

En conclusion de cette analyse du droit de décider de quelle manière et à quelle moment mettre un terme à ses jours au nom de son autonomie corporelle telle qu'elle est consacrée par l'article 8 de la Convention, force est de constater que le droit de disposer de son corps dans le but de mourir avec l'aide d'autrui est à l'heure actuelle presque totalement opprimé par l'absence d'un consensus au sein des États contractants. Nous en viendrions presque à nous demander si la Cour peut véritablement prétendre consacrer l'existence d'un tel droit, dès lors qu'il est en pratique presque impossible à exercer.

¹³⁰ Art. 115, Code pénal suisse du 21 décembre 1937, disponible sur le site du Conseil fédéral <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> (9 juillet 2015) ; D. MONTARIOL, « L'assistance au suicide en Suisse. Un droit controversé », *Médecine & Droit*, 2008, p. 108 ; G. B. ZULIAN, « Assistance au suicide en Suisse. La loi et la pratique face à l'éthique », *Revue internationale de soins palliatifs*, vol. 23, 2008, p. 27.

¹³¹ C'est précisément sur ce type d'aide au suicide que portait l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*. Diane Pretty était une citoyenne anglaise atteinte d'une maladie neurodégénérative entraînant l'atrophie de ses muscles. Aucun soin ne permettant de guérir ou de ralentir la progression d'une telle pathologie, Madame Pretty était condamnée à se voir diminuer dans de grandes souffrances, jusqu'à ce que des insuffisances respiratoires dues à la dégénérescence des muscles assurant cette fonction causent finalement sa mort (§7). La maladie l'avait déjà complètement paralysée et elle n'était plus capable de parler. Par contre, ses facultés intellectuelles étaient totalement intactes, de même que sa capacité à prendre des décisions (§8). Étant physiquement incapable de se donner la mort, Madame Pretty sollicita l'aide de son mari pour pouvoir mettre un terme à sa vie, et requit à ce titre des autorités publiques qu'elles s'engagent à ne pas le poursuivre pour homicide volontaire, ce qu'elles refusèrent (§10). La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir reconnu qu'en l'espèce, empêcher Madame Pretty de mettre un terme à ses souffrances avec l'aide de son mari constituait une violation de son droit au respect de vie privée (§67), considéra toutefois qu'une telle atteinte était justifiée au regard de pouvoir d'ingérence reconnu aux États par le paragraphe 2 du même article, dès lors qu'elle était nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits d'autrui (§§ 74 et 78).

¹³² Art. 114, Code pénal suisse du 21 décembre 1937, disponible sur le site du Conseil fédéral <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> (9 juillet 2015).

¹³³ Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse*, o.c., §§ 55 et s..

2) Les pratiques sadomasochistes

La société dans laquelle nous vivons à l'heure actuelle connaît un libéralisme sexuel sans précédent. À une époque où l'hyper individualisme et l'épanouissement personnel sont des valeurs qui portent la grande majorité des individus, il n'est pas étonnant que la recherche du plaisir sexuel soit devenue une composante importante. À cela s'ajoute l'hyper médiatisation qui, portée entre autres mais surtout par internet, a fait du sexe un élément omniprésent dans notre société. Ainsi, si le sadomasochisme a toujours existé, il semble aujourd'hui progressivement se normaliser et pénétrer l'univers du sexe en général¹³⁴. À l'appui de ce constat se trouve l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* dont les faits ont donné à la Cour l'occasion de reconnaître à tout un chacun le droit de soumettre son corps à des pratiques sexuelles violentes et dangereuses, à la seule condition qu'elles soient consenties par la personne concernée¹³⁵.

Ainsi, avant de présenter plus en détails la position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question (b), et de s'intéresser à ce titre aux commentaires et critiques que sa jurisprudence a suscités (c), il convient de présenter dans les grandes lignes le concept et l'univers particulier des pratiques sadomasochistes¹³⁶ (a). Nous considérons en effet qu'il est nécessaire de s'attarder quelque peu sur le sujet et sur les raisons qui motivent ses partisans afin de pouvoir faire preuve d'esprit critique dans l'analyse de cette problématique que constituent les violences (sexuelles) consenties.

a. L'univers BDSM¹³⁷

La relation sadomasochiste peut se définir comme une relation consentie et négociée, à caractère sexuel mais pas seulement¹³⁸, dans laquelle les individus s'engagent dans une interaction dominant/dominé¹³⁹.

¹³⁴ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », *Cités*, n° 21, 2005, p. 44.

¹³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 83-85.

¹³⁶ Nous nous intéressons ici à la seule hypothèse où ces pratiques interviennent dans un cadre strictement privé et sans qu'aucune rémunération ne soit en cause. Nous n'aborderons donc pas les questions de la pornographie ou de la prostitution qui posent la question de la marchandisation du sexe et de la réaffectation du corps humain en outils de travail, bien que ces hypothèses particulières posent de réelles questions quant à la portée du droit de disposer de son corps, et que le sadomasochisme peut également s'y mêler.

¹³⁷ « Cet acronyme est le résultat de la combinaison de trois autres acronymes : BD, DS, SM (BD signifie bondage (ligotage) et discipline, DS se réfère à la domination et à la soumission, SM renvoie au sadisme et au masochisme) » (M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 164, note 1).

¹³⁸ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., p. 45.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'univers BDSM est loin d'être un milieu qui échappe à tout contrôle et où tout est permis. S'appuyant sur un dispositif de réglementations et de codifications ayant pour objectif d'exclure tout débordement¹⁴⁰, il se structure autour de trois grands principes qui sont « *le consentement, l'exclusion de toute exploitation et la sécurité de chacun* »¹⁴¹. Le caractère négocié et consensuel des pratiques sadomasochistes présente donc une importance toute particulière. Il n'est pas question de nier l'autre dans son autonomie et dans sa volonté¹⁴². « *Ni le désir ni le plaisir de l'autre ne sont ignorés. Il s'agit bien plus de trouver un consensus, de délimiter un territoire où chacun des protagonistes trouvera plaisir et satisfaction* »¹⁴³. Et quoi qu'il arrive, chacun doit pouvoir à tout moment décider de mettre un terme à la séance¹⁴⁴. Les contrats BDSM témoignent également de l'importance d'encadrer la relation sadomasochiste dans le respect de la volonté de chacun. En effet, ces pactes solennels conclus entre deux ou plusieurs individus ont pour objectif de créer « *un territoire savamment limité et réglementé* »¹⁴⁵. Surtout, et c'est peut-être là le plus important, ces contrats établissent les règles d'un jeu qui prend pour modèle ce que l'on pourrait qualifier d'esclavage, dès lors que le soumis s'en remet entièrement aux désirs et à la volonté du dominant, mais qui lui accorde un sens tout à fait différent¹⁴⁶. « *Le consentement, la négociation des désirs qui précèdent tout contrat mais aussi souvent l'échange des rôles entre partenaires indiquent combien le caractère dramatique du contrat n'est qu'illusoire* »¹⁴⁷. Ainsi, « l'esclave » garde toujours la maîtrise de son corps puisqu'il peut décider de tout stopper à tout moment. Les protagonistes doivent donc bien plus s'identifier aux acteurs d'un jeu de rôles qu'aux victimes d'une relation tragique¹⁴⁸. Certes, les pratiques portent atteinte à l'intégrité physique des intéressés dès lors qu'elles peuvent impliquer des châtiments ou modifications corporelles¹⁴⁹, mais elles répondent à un ensemble de règles spécifiques préétablies dont la plus importante est sans doute le respect de toutes les

¹³⁹ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., pp. 32-33.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 33 ; J. CARUSO, *La communauté BDSM de Montréal : enquête sur la culture BDSM et les codes et scénarios sexuels qui la constituent* (multig.), Mémoire de la maîtrise en sexologie, Université du Québec à Montréal, 2012, pp. 136-137 et 140-141.

¹⁴¹ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 164.

¹⁴² V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., p. 36 ; J. CARUSO, o.c., pp. 142-143.

¹⁴³ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., p. 36

¹⁴⁴ Cette faculté d'arrêter à tout moment est parfois concrétisée par la convenance entre les intéressés d'un mot de passe qui, s'il est utilisé par la personne dominée, signifie qu'un terme immédiat doit être porté à l'action en cours (M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 166).

¹⁴⁵ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., p. 33.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 34 ; J. CARUSO, o.c., p. 143.

¹⁴⁷ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., p. 38.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 37 ; V. POUTRAIN, « Modifications corporelles et sadomasochisme », *Quasimodo*, 2003, p. 347.

volontés en cause¹⁵⁰. Et si la douleur physique est bien présente, elle ne constitue pour les partisans de ces communautés qu'une composante du jeu érotique et sexuel auquel ils s'adonnent pour sortir des « impasses du désir »¹⁵¹.

Les pratiques sadomasochistes permettent donc à leurs adeptes de vivre leur sexualité autrement, de se dépasser en franchissant certaines limites dans le but d'éprouver des émotions et un plaisir auxquels ils ne semblent pouvoir accéder que par la disposition douloureuse de leur corps¹⁵². Dès lors que ces pratiques découlent du droit d'entretenir des relations sexuelles, lui-même déduit du droit de disposer de son corps, s'y adonner relève nécessairement du droit au respect de la vie privée¹⁵³. C'est pourquoi la Cour de Strasbourg a dû se prononcer sur la question à deux reprises¹⁵⁴.

b. La position de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme a connu deux affaires portant sur la question particulière des pratiques sadomasochistes. Dans les deux cas, les requérants aient fait l'objet de condamnations pénales pour s'être adonnés à ce genre d'activités. Considérant que le droit pénal n'avait pas à s'appliquer à des relations sexuelles certes violentes mais entièrement consenties, ils ont tous introduit un recours auprès de la Cour de Strasbourg pour violation du droit au respect de leur vie privée. Cependant, les juges européens n'ont absolument pas considéré ces deux affaires de la même manière et à ce titre, l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* constitue un impressionnant revirement de jurisprudence.

En effet, si la Cour a finalement consacré le droit pour chacun de disposer librement de son corps, en ce compris dans le cadre de pratiques sexuelles physiquement dommageables, telle ne fut pas sa position face à la première affaire dont elle a eu à connaître¹⁵⁵. Brièvement, les trois requérants furent condamnés à diverses peines d'emprisonnement pour coups et blessures volontaires sur base de vidéos prises durant des

¹⁵⁰ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 165.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 165-166.

¹⁵² Extrait d'un entretien repris par V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., p. 61. Voy à ce titre les différents passages d'interviews et de forums de discussions que l'auteur reprend dans son article et qui permettent de prendre connaissance du ressenti et des explications des adeptes.

¹⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 83.

¹⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, o.c. ; Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c..

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, o.c..

séances BDSM mettant en scène pas moins d'une cinquantaine de participants. Ces images montraient entre autres les requérants infligeant toutes sortes de châtiments corporels à d'autres personnes, la mutilation des parties génitales et le marquage au fer rouge n'étant que deux exemples¹⁵⁶. Toutes ces activités étaient cependant librement consenties et menées en privé au sein d'un club spécialisé, « *apparemment sans autres but que la recherche du plaisir sexuel* »¹⁵⁷. Considérant que leur condamnation allait à l'encontre du respect de leur vie privée et de la liberté du comportement sexuel qui en découle¹⁵⁸, les trois requérants sollicitèrent la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière, partant du principe qu'il y avait bien ingérence de la part des autorités publiques¹⁵⁹, vérifia si cette immixtion étatique était justifiée conformément à l'article 8, §2. Ainsi, après avoir rappelé que l'un des rôles fondamentaux de l'État est de réguler, au moyen du droit pénal, les comportements qui entraînent des dommages corporels¹⁶⁰, la Cour conclut que l'intervention étatique était en l'espèce justifiée par l'objectif légitime de protection la santé¹⁶¹, dès lors que les blessures engendrées par les pratiques sadomasochistes étaient d'une gravité certaine, et ce même si tous les participants étaient consentants¹⁶². Tout comme la question particulière de la fin de vie, les pratiques sadomasochistes relèvent en effet du droit pénal, non pas parce qu'elles constituent un comportement punissable en soi, mais parce qu'elles impliquent des violences qui s'identifient à l'infraction générale de coups et blessures volontaires. Et là encore, la quasi-totalité des États européens ne reconnaissent pas le consentement de la victime comme fait justificatif d'une infraction¹⁶³. La position de la Cour dans cette affaire semblait donc tenir compte de l'indifférence presque totale du droit pénal à l'égard du consentement de la victime, que l'on retrouve dans presque tous les États membres et qui s'explique notamment par le besoin impérieux de protéger les individus, fût-ce contre eux-mêmes¹⁶⁴.

Et pourtant, la Cour a opéré un revirement de jurisprudence radical quelques années plus tard à l'occasion de la célèbre affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* et dont les faits peuvent être résumés comme suit. Un juge et un médecin s'adonnaient à des pratiques sadomasochistes d'une extrême violence au sein d'un club spécialisé, leur « cible » étant la

¹⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, o.c., §§ 7-11.

¹⁵⁷ *Ibidem*, § 8.

¹⁵⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 52, <http://www.echr.coe.int> (12 juillet 2015).

¹⁵⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, o.c., § 36.

¹⁶⁰ *Ibidem*, § 43.

¹⁶¹ *Ibidem*, § 50.

¹⁶² *Ibidem*, § 45.

¹⁶³ J. PRADEL, o.c., pp. 135-137.

¹⁶⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, o.c., §§ 44-45.

femme du premier¹⁶⁵. Comme pour la première affaire, les autorités publiques se sont fortuitement retrouvées en possession de vidéos enregistrées lors de ces séances alors qu'elles enquêtaient sur l'établissement. Sur base de ces images, le juge et le médecin furent entre autres poursuivis et condamnés pour coups et blessures volontaires, sans que l'épouse ne porte jamais plainte¹⁶⁶. L'affaire fut portée jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme qui dut se prononcer sur la violation du droit au respect de la vie privée alléguée par les deux hommes. C'est alors que celle-ci adopta une position sensiblement différente de celle qu'elle retint dans l'affaire *Laskey et autres c. Royaume-Uni*. Le principal facteur expliquant la décision des juges n'est autre que le principe de l'autonomie personnelle, consacré trois ans plus tôt dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*. Intrinsèque à l'article 8 de la CEDH, ce concept implique nécessairement le droit de disposer de son corps et d'entretenir des relations sexuelles¹⁶⁷, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend pouvant également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables pour sa personne »¹⁶⁸. Au regard de cette autonomie corporelle devant être reconnue à tout individu, la Cour ne peut que conclure qu'en principe, le droit pénal ne doit pas intervenir dans les relations intimes des personnes, quelles que soient la nature et les conséquences de ces relations, à moins que des raisons particulièrement graves ne puissent justifier une intervention étatique sur base de l'article 8, §2¹⁶⁹. En s'exprimant de la sorte, la Cour restreint donc sensiblement la marge d'appréciation des États membres. Pourtant, elle va *in fine* conclure que les condamnations des requérants étaient légitimes, non pas pour un quelconque motif de protection de l'intérêt général, comme ce fût le cas dans la première affaire, mais parce qu'il a été démontré que l'épouse n'avait pas consenti de façon continue aux différents traitements dont elle a été la « victime ». Par un tel raisonnement, la Cour renforce un peu plus le principe déjà connu et reconnu de l'autonomie personnelle puisqu'elle place le consentement de l'individu au cœur de sa décision¹⁷⁰. Cette prise en compte et mise en valeur nous semble d'autant plus justifiée que le consentement constitue, rappelons le, un des principes fondamentaux régissant l'univers des pratiques sadomasochistes. À cet égard, elle a donc bien opéré un revirement de jurisprudence par rapport au précédent arrêt. Cette nouvelle façon d'aborder les activités physiquement dommageables de l'univers BDSM en vertu du droit de disposer de son corps est toutefois

¹⁶⁵ Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, o.c., §§ 9 et s.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, § 83.

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., § 66.

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, o.c., § 84.

¹⁷⁰ *Ibidem*, § 86.

loin d'avoir été unanimement approuvée par la doctrine, dont une partie s'est montrée véritablement incendiaire à l'égard de la Cour¹⁷¹. Certains ont ainsi jugé son comportement de « suicidaire »¹⁷², tandis que d'autres se sont désolés de la voir consacrer un « droit au sadisme »¹⁷³.

c. Le droit de martyriser son corps soumis à la seule condition du consentement : une consécration loin de faire l'unanimité

À la lecture des différents auteurs s'étant intéressés à la question des pratiques sadomasochistes au regard de la liberté sexuelle et du droit de disposer de son corps, un constat s'impose très rapidement : la doctrine est loin d'être unanime face à l'idée que les relations BDSM appartiennent à la vie privée des individus au même titre que toute autre relation sexuelle, et qu'elles doivent à ce titre bénéficier de la même protection en vertu de l'article 8 de la CEDH. Ainsi, nombre d'entre eux considère que la Cour européenne des droits de l'homme, en reconnaissant aux individus le droit de porter atteinte à leur intégrité physique dans le seul but de se procurer du plaisir, a franchi une limite susceptible de mettre à mal le système des droits fondamentaux¹⁷⁴. Il convient toutefois de noter qu'une telle réaction doctrinale s'explique d'après nous en grande partie par la nature tout à fait particulière des faits de l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*. Par conséquent, nous considérons qu'il est nécessaire de bien saisir le caractère véritablement extrême des activités auxquelles se sont adonnés les requérants pour comprendre le tollé que l'arrêt a suscité, mais également pour ne pas faire l'amalgame entre pratiques sadomasochistes et actes de sadisme brut¹⁷⁵.

La Cour d'appel d'Anvers qui rendit le jugement en première instance remarqua rapidement une évolution dans les pratiques auxquelles s'adonnaient le juge et sa femme¹⁷⁶.

¹⁷¹ Présentation de Jean Mouly dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 4.

¹⁷² B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, pp. 119-120.

¹⁷³ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2975.

¹⁷⁴ *Idem* ; B. EDELMAN, *o.c.*, pp. 119-120 ; intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.* p. 24 ; E. LAGARDE, *o.c.*, pp. 224-225 ; M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 1, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°48, Paris, P.U.F., 2009, p. 11.

¹⁷⁵ Intervention de Jean-Pierre Marguénaud dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 27.

¹⁷⁶ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D.*, *o.c.*, § 12.

De la première phase qui consistait à explorer cet univers particulier dans l'intimité de leur domicile, ils devinrent ensuite membre d'un club spécialisé, puis d'un autre club dans lequel les pratiques étaient d'une violence supérieure, pour finalement se livrer dans une quatrième phase à des activités d'une violence tellement extrême qu'ils durent louer des locaux qu'ils aménagèrent spécialement à cet effet, les clubs précédents n'autorisant pas ce genre de pratiques¹⁷⁷. Lors de cette dernière étape de leur escalade de violence, à laquelle s'est joint leur ami médecin, les traitements infligés à l'épouse furent particulièrement barbares et d'une violence inouïe, pouvant être aisément qualifiés d'actes de torture. « *Ainsi par exemple, 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* »¹⁷⁸. À la lecture d'un tel extrait¹⁷⁹, il est donc compréhensible que de nombreux auteurs se soient indignés face à la décision de la Cour de considérer que le droit de disposer de son corps permet aux individus de s'adonner à des pratiques sadomasochistes dès lors que tous les participants sont consentants. Cependant, deux remarques doivent ici être apportées.

Premièrement, à la lumière des constats effectués par la Cour d'appel belge, il apparaît que les requérants se sont adonnés à des pratiques d'une violence sans doute rare et apparemment peu rencontrée dans le milieu. En effet, rappelons le, ceux-ci durent louer et aménager eux-mêmes des locaux parce qu'aucun des clubs qu'ils avaient fréquentés jusque là n'autorisait de telles violences. Par cet aspect, le juge et le médecin ne semblaient ainsi pas se conformer au niveau de violence habituel que l'on retrouve dans les pratiques sadomasochistes. Plus encore, ils paraissaient avoir au fil du temps délaissé toute organisation et tout contrôle de la situation. Les requérants ont d'ailleurs eux-mêmes concédé qu'ils s'étaient laissés emporter par un tourbillon de violence sans savoir de quelle manière celui-ci prendrait fin¹⁸⁰. L'intensité de la violence semblait donc loin d'être représentative des pratiques sadomasochistes rencontrées habituellement dans cet univers. Deuxièmement, les deux hommes n'ont fondamentalement pas respecté les règles qui sont pourtant largement

¹⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D., o.c., §§ 12-13.

¹⁷⁸ *Ibidem*, § 14.

¹⁷⁹ L'arrêt continue de donner des détails sur les supplices subi par l'épouse dans les paragraphes suivants.

¹⁸⁰ Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, o.c., § 85.

reconnues dans l'univers BDSM. D'abord parce qu'ils ont consommé de très grandes quantités d'alcool lors des séances. L'ivresse contamine en effet la faculté de jugement des individus, les désinhibe et les empêche d'agir raisonnablement¹⁸¹. Or, la sécurité de chacun et le respect du consentement, qui sont des principes fondamentaux dans ce milieu (voy. *supra*), sont difficilement rencontrés lorsque les protagonistes sont complètement ivres. Ensuite parce qu'ils n'ont précisément pas respecté la volonté de l'épouse qui leur a demandé à de nombreuses reprises de mettre un terme à l'action qui était alors en cours, et en faisant usage à ce titre du mot de passe que les trois participants avait choisi comme étant le signal qu'il fallait tout arrêter¹⁸².

À la lumière de ces différents éléments, nous estimons donc que l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* ne peut pas véritablement être considérée comme une affaire portant sur les pratiques sadomasochistes telles que nous les comprenons et telles que nous les avons présentées ci-avant. Si nous ne connaissons pas suffisamment le sujet pour nous prononcer sur l'intensité des violences, que la réglementation des clubs en cause semblait toutefois interdire, nous considérons en revanche que l'absence quasi-totale de contrôle dans le chef des deux hommes et le non-respect du consentement et de la volonté de l'épouse ne sont pas caractéristiques de l'univers BDSM. Certes, ce genre de dérapage est susceptible d'arriver et constitue un risque inhérent aux pratiques sadomasochistes, mais rares sont les activités n'en présentant aucun. Nous considérons que les pratiques les plus extrêmes reprises sur les vidéos relèvent ni plus ni moins de la torture, mais nous estimons que cette malheureuse affaire ne doit pas stigmatiser les pratiques sadomasochistes et ne certainement pas être comprise comme étant une illustration fidèle de cet univers¹⁸³. Or, c'est parce qu'ils ont commis cette erreur que de nombreux auteurs se sont violemment opposés à la décision prise par la Cour. En effet, si les pratiques observées dans cette affaire sont singulièrement préoccupantes, elles restent marginales. Il serait malencontreux de faire de cette affaire une généralité et de considérer toutes les pratiques sadomasochistes comme « *épouvantables, indignes et dégradantes* »¹⁸⁴. Ils ont par ailleurs été nombreux à adopter une interprétation *a contrario* de l'arrêt¹⁸⁵, en considérant que la Belgique aurait nécessairement été condamnée pour violation

¹⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 57.

¹⁸² *Ibidem*, §§ 15 et 57.

¹⁸³ Intervention de Françoise Tulkens dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, o.c., p. 20.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de

du droit au respect de la vie privée si l'épouse avait pleinement consenti, dès lors que son droit de disposer de son corps au nom de son autonomie personnelle aurait dans cette hypothèse été bafoué par l'État. Pour Monsieur Jean-Pierre Marguénaud, dès lors que les actes en cause peuvent aisément être qualifiés d'inhumains ou de dégradants, voire de torture, il ne fait pas un doute que la Cour aurait soulevé une sorte d'ordre public européen justifiant la légitimité de l'ingérence belge dans une société démocratique¹⁸⁶. Si cette supposition paraît plausible, il nous semble toutefois difficile de nous prononcer hypothétiquement sur ce que la Cour aurait décidé dans d'autres circonstances. Nous remarquerons simplement que si la « victime » a rompu son consentement et supplié ses bourreaux de s'arrêter, notamment par l'usage du *safe word*, c'est très certainement en raison même de la nature excessive des douleurs qui lui ont été infligées. Autrement dit, nous ne sommes même pas certains que l'hypothèse où, dans les mêmes circonstances, l'épouse aurait consenti soit réellement crédible et vraisemblable. Ce sont en effet précisément les circonstances de l'espèce qui rendent cette affaire si particulière et d'après nous, s'il est possible de consentir *a priori* à ce genre de pratique, il est en revanche impossible qu'un individu puisse maintenir son consentement durant de tels traitements, la douleur étant beaucoup trop intense et donc insupportable.

Ainsi, à la lumière de l'encadrement tout particulier que connaissent les pratiques sadomasochistes dans le milieu BDSM, le droit au respect de sa vie privée doit permettre à chaque individu de vivre sa sexualité comme il l'entend, quand bien même cela impliquerait ce genre de relations, dès lors que telle est sa volonté et que tous les participants sont des adultes consentants. Et si une telle vision continue de susciter des débats et de soulever l'indignation, n'oublions pas que cette dernière « *relève parfois du sens commun et est davantage fondée sur soi que sur les autres, sur nos propres expériences ou conceptions du réel et de la vie que sur celles des autres qui nous sont étrangères et qui nous font parfois peur* »¹⁸⁷. Quoiqu'il en soit, plusieurs arguments sont aujourd'hui soulevés pour justifier une restriction du droit de disposer de son corps lorsque son exercice a pour objectif de porter atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé par l'intermédiaire d'un tiers. C'est pourquoi il convient à présent de s'attarder sur ces limites et sur leur pertinence.

philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, pp. 25-26 ; Intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, pp. 22-23 ; E. LAGARDE, *o.c.*, p. 40.

¹⁸⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *o.c.*, p. 26.

¹⁸⁷ Intervention de Françoise Tulkens dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 20.

Section 2 : La souveraineté des États et le droit pénal : la régulation des comportements dangereux sur le plan corporel

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner à plusieurs reprises, le droit au respect de la vie privée n'est pas consacré de façon absolue par le texte de la Convention, et il en est donc de même du droit de disposer de son corps. En effet, l'article 8 énonce en son second paragraphe les conditions dans lesquelles les autorités publiques peuvent interférer avec l'exercice de ce droit. Ainsi, il faut non seulement que l'ingérence soit prévue par la loi, mais encore qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, poursuit un des objectifs légitimes expressément énoncés par la disposition¹⁸⁸. Peuvent ainsi justifier une ingérence les mesures qui, entre autres, sont nécessaires « *à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale* »¹⁸⁹. Or, l'euthanasie et l'aide au suicide, de même que les pratiques sadomasochistes doivent être respectivement assimilées aux infractions pénales que sont l'homicide volontaire et les coups et blessures volontaires dès lors que ces pratiques réunissent les éléments constitutifs de ces infractions. Par conséquent, l'exercice effectif du droit de disposer de son corps au regard de ces deux hypothèses particulières implique nécessairement une dépénalisation partielle de ces délits, ou en tout cas un certain aménagement de la loi pénale¹⁹⁰. Il est en effet inconcevable que les États dépénalisent purement et simplement ces infractions. Certaines circonstances devront donc être rencontrées afin que l'infraction ne soit disqualifiée que dans les cas particuliers des pratiques sadomasochistes et de la fin de vie, étant entendu que l'accès à l'euthanasie ou à l'aide au suicide nécessitera la rencontre de conditions strictes et la mise en place d'une procédure assurant leur respect¹⁹¹. Pourtant, de nombreux auteurs considèrent cette dépénalisation même partielle comme une porte grande ouverte aux abus et aux dérives, le consentement de la personne intéressée ne pouvant d'après eux justifier tous les comportements. S'il semble que les États membres du Conseil de l'Europe n'ont encore eu que peu d'occasions de véritablement s'interroger sur l'aménagement de leur système pénal au regard des pratiques sadomasochistes, ils sont en revanche quasi unanimes quant au refus

¹⁸⁸ Art. 8, §2, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ En ce qui concerne l'euthanasie active et l'aide au suicide, il est évidemment ici question des États n'ayant pas encore légalisé ces pratiques.

¹⁹¹ Nous détaillerons et analyserons ces conditions dans le cadre de notre troisième et dernier chapitre.

de légaliser les méthodes permettant à un individu de se faire assister dans son projet de fin de vie¹⁹².

L'argument le plus récurrent est sans aucun doute celui du risque réel d'abus qui accompagnerait automatiquement l'aménagement du régime que connaissent actuellement les infractions d'homicide et de coups et blessures volontaires. Un des rôles incontestables de l'État est en effet de réguler, au travers de l'application du droit pénal, les comportements préjudiciables à l'intégrité physique et à la vie des individus placés sous sa juridiction¹⁹³. Or, en légalisant ce genre de comportements, bien que dans les circonstances précises des pratiques sadomasochistes et de l'aide pour mourir, il semble que cela entraînerait un risque réel pour la sécurité des individus et de la société. Et à cet égard, la nécessité de recueillir le consentement de la personne intéressée ne semble pas convaincante à plusieurs titres. D'abord parce que le droit pénal se doit avant tout de protéger l'intérêt général, et non pas celui du particulier (1), ensuite parce qu'il ne peut pas toujours être fiable (2) et enfin parce que l'individu ne peut pas faire ce qu'il veut de son corps, même s'il y consent, en raison de son indisponibilité (3).

1) Le consentement comme fait justificatif d'une infraction en vertu de l'autonomie personnelle et la protection pénale de l'intérêt général

Dès lors que le droit pénal protège moins l'individu que la société, il serait difficilement acceptable qu'une personne puisse de son seul consentement mettre en échec une infraction qui vise à protéger l'intérêt de tous plutôt que celui du particulier¹⁹⁴. Ériger le consentement en fait justificatif à l'égard des deux infractions qui nous préoccupent serait donc contraire au rôle même du droit pénal. Pourtant, une telle fonction a déjà été accordée au consentement dans le cadre d'activités corporellement attentatoires¹⁹⁵. Les médecins ne commettent en effet pas d'infraction pénale lorsqu'ils opèrent un patient ayant entièrement consenti à l'intervention chirurgicale¹⁹⁶ alors que celle-ci, par définition, implique une atteinte

¹⁹² Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, o.c., § 55.

¹⁹³ *Ibidem*, § 43 ; Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni, o.c., § 74.

¹⁹⁴ X. PIN, « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal, vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, p. 86 ; M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 183.

¹⁹⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, o.c., p. 83 ; M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 171.

¹⁹⁶ Sous réserve que le chirurgien intervienne dans les limites de ce qui a été convenu avec le patient, étant entendu que les risques inhérents à l'opération ont en principe été acceptés par l'intéressé.

à l'intégrité physique¹⁹⁷. Certes, l'objectif poursuivi est alors thérapeutique, même lorsqu'il s'agit de chirurgie purement esthétique¹⁹⁸, et donc difficilement contestable. Mais tel n'est pas le cas des sports violents qui peuvent eux aussi impliquer des coups et blessures volontaires. Or, ceux-ci bénéficient de la même exception que celle qui existe en matière médicale¹⁹⁹. Il est d'ailleurs intéressant de s'interroger sur le but poursuivi au travers de ces sports. Si celui des opérations chirurgicales est de soigner les individus, qu'en est-il des sports violents ? Sans doute est-ce la recherche de l'épanouissement personnel et de sensations fortes au travers d'une activité physique dangereuse. Mais alors pourquoi le consentement à la lésion de soi-même devrait dégager autrui de sa responsabilité pénale lorsqu'il est exprimé dans un contexte sportif et non pas lorsqu'il intervient dans un contexte sexuel ? Nous concédons que les circonstances dans lesquelles ces deux activités se rencontrent sont foncièrement différentes, mais la question nous semble toutefois bien là dès lors que l'argument en défaveur d'une dépénalisation partielle des pratiques SM est celui de la protection de l'intérêt général. Nous comprenons en effet difficilement en quoi s'adonner volontairement à des sports violents serait plus légitime que de s'adonner tout aussi volontairement à des pratiques sexuelles violentes au regard de l'objectif de protéger la société contre les atteintes à l'intégrité physique. La seule explication qui nous semble plausible est que les sports violents sont soumis à tout un arsenal de règles, celle du consentement des sportifs étant évidemment fondamentale, ce qui permet précisément de s'assurer qu'en cas de débordement, le droit pénal reprendra son rôle. Les individus sont donc libres, au nom de leur autonomie personnelle, de pratiquer un tel sport même si cela implique une disposition dangereuse du corps, tant qu'ils respectent les règles en vigueur. Alors pourquoi ne pas appliquer le même schéma aux pratiques sadomasochistes en les excluant de l'infraction de coups et blessures lorsque certaines conditions sont respectées ? D'autant plus que si le droit pénal vise à protéger la société, il ne doit en revanche pas intervenir dans le domaine de la liberté sexuelle et des relations consenties²⁰⁰. Dès lors que les pratiques sadomasochistes interviennent dans le cadre de la vie privée et intime d'individus consentants, introduire une exception légale pour ces relations sexuelles particulières ne devrait pas à notre sens constituer un danger pour la société, pour autant qu'elle se cantonne aux pratiques habituellement rencontrées dans ce milieu et que ces dernières respectent les grandes règles que se sont données les communautés

¹⁹⁷ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, o.c., p. 86.

¹⁹⁸ Voy. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, o.c., p. 120, note 195 qui précise qu'aujourd'hui, la chirurgie esthétique est considérée comme comportant toujours un aspect thérapeutique au moins d'ordre psychologique.

¹⁹⁹ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 171.

²⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, o.c., § 84.

BDSM²⁰¹. Si le risque de danger quant à la sécurité des individus peut être minimisé par une dépénalisation soumise au respect de conditions et de règles²⁰², le seul danger subsistant et pouvant encore menacer la société dans son ensemble est nécessairement d'ordre moral²⁰³. Un tel argument ne peut toutefois pas être retenu dès lors que l'État doit s'abstenir d'imposer ses valeurs paternalistes aux individus, particulièrement lorsqu'il est question de leur vie privée intime²⁰⁴. « *La liberté sexuelle des uns ne peut [en effet] pas être limitée par la morale qui, par un malheureux hasard, se trouve toujours être la morale des autres* »²⁰⁵.

Quant à l'euthanasie et l'aide au suicide, force est de constater que lorsqu'il est question de protéger la société contre les lésions corporelles consenties avec atteinte à la vie, le débat se complexifie²⁰⁶. En effet, nous ne pouvons nier que la protection pénale de la vie humaine présente une importance toute particulière dans la mesure où le consentement entraîne une conséquence irrévocable. En outre, il est ici question d'une toute autre dimension de la vie privée. Il ne s'agit pas de la liberté de comportement sexuel, qui ne peut faire l'objet d'une restriction par l'État que pour des raisons particulièrement graves²⁰⁷, parce qu'il s'agit de ce qu'il y a de plus intime dans la vie d'un individu. Il s'agit de la vie tout court, et de savoir si l'État doit agir pour effectivement permettre à chacun d'exercer son droit de décider quand et de quelle manière mourir. Sur ce point, les éléments en faveur d'une légalisation que nous avons déjà présentés plus haut dans cette étude nous semblent légitimes et convaincants²⁰⁸. Et là encore, la protection de l'intérêt général ne sera à notre sens pas fondamentalement remise en cause si la dépénalisation de l'euthanasie et de l'aide au suicide n'intervient que dans des circonstances particulières fixées par la loi et moyennant la rencontre de strictes conditions, le consentement libre et éclairé de l'intéressé devant évidemment être la règle fondamentale et essentielle. Mais à ce titre, des réserves sont également soulevées dès lors que certaines personnes, parce qu'elles sont particulièrement

²⁰¹ Les actes d'une violence inouïe tels que dont il est question dans l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* sont évidemment à exclure dès lors qu'ils étaient prohibés par les clubs spécialisés, et donc à notre sens en dehors du cadre réglementaire qui régit les communautés BDSM.

²⁰² En effet, nous ne prétendons pas que le risque de danger et de débordement tel que celui observé dans l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* sera complètement écarté par la mise en place d'une dépénalisation partielle. Mais le risque zéro n'existe pas, toutes les activités humaines présentent des risques,

²⁰³ D. ROMAN, *o.c.*, p. 1513.

²⁰⁴ Intervention de Jean-Pierre Marguénaud dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGENAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *o.c.*, p. 12.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *o.c.*, p. 89.

²⁰⁷ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, *o.c.*, § 84.

²⁰⁸ Voy. *supra*, Chapitre 2, Section 1, 1).

fragiles, ne sont en réalité pas aptes à prendre une telle décision, leur consentement étant contaminé par les circonstances particulières de leur situation.

2) Les circonstances entourant l'expression du consentement

Certains considèrent que le consentement n'est pas suffisamment fiable pour permettre aux individus d'autoriser des tiers à porter atteinte à leur intégrité physique, que ce soit pour mettre fin à leurs jours ou dans le cadre de relations sexuelles, particulièrement lorsque les intéressés sont des personnes vulnérables et fragiles²⁰⁹. Or, tel est souvent le cas lorsqu'une personne souhaite mettre fin à ses jours parce qu'elle est atteinte d'une maladie incurable qui diminuera ses facultés physiques ou intellectuelles. Et en phase terminale, la détresse est généralement d'autant plus grande²¹⁰. Dans de telles circonstances, les individus risquent de se tourner vers la mort parce qu'ils sont accablés par leur condition, que les douleurs à venir les effraient et qu'ils ne veulent pas devenir un poids pour leur famille. À cela s'ajoute la phase de profonde dépression par laquelle passent très souvent les personnes dont la fin est proche, mais sans doute aussi les personnes atteintes d'une maladie sans issue qui les privera progressivement de leur capacité à se mouvoir et de leur facultés mentales dans une grande souffrance²¹¹. Dépénaliser l'euthanasie et l'aide au suicide serait donc particulièrement dangereux pour ces personnes dont la décision sera moins l'expression de leur réelle volonté qu'un choix contaminé par la situation pénible de la fin de vie. Ainsi, la légalisation de ces méthodes pourrait engendrer des situations où leur recours est en réalité involontaire, parce que le consentement a été biaisé par la fragilité de son auteur. Si un tel risque est effectivement inhérent à la dépénalisation de ces procédés, il peut être efficacement évité d'une part par la mise en place d'une procédure stricte prévoyant un encadrement de l'expression du consentement, nécessitant par exemple une répétition de la volonté de l'individu à un intervalle raisonnable ainsi qu'une évaluation psychologique, et d'autre part par la mise à disposition d'un service de soins palliatifs permettant de soulager les personnes de leurs souffrances, de sorte que la mort ne soit pas la seule échappatoire. De cette façon, on pourrait s'assurer que le consentement à mourir est le fruit d'une mûre réflexion et non pas une décision prise par désespoir. À ceci s'ajoute un autre constat. Si le consentement d'une

²⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., § 74 ; Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse*, o.c., § 48 ; M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », o.c., p. 119.

²¹⁰ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », o.c., p. 94.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 94-95.

personne demandant l'euthanasie active ou l'aide au suicide doit être considéré comme entaché par les circonstances particulières d'une maladie incurable et terriblement douloureuse, pourquoi autoriser l'euthanasie passive alors qu'elle survient dans les mêmes circonstances²¹² ? Il n'est pas logique de considérer que la volonté de celui qui refuse un traitement pourtant vital est indiscutable, mais que le consentement émis par une personne souhaitant bénéficier d'une assistance active pour mettre fin à ses jours est nécessairement suspect, dès lors que les circonstances difficiles et pénibles de la maladie sont les mêmes pour ces deux personnes. Leur consentement doit être apprécié de la même manière. À notre sens, il est donc possible de partiellement dépénaliser l'euthanasie et l'aide au suicide tout en protégeant les personnes plus fragiles et vulnérables.

En ce qui concerne les pratiques sadomasochistes, la vulnérabilité de certaines personnes peut également remettre en cause leur consentement puisqu'elles peuvent avoir tendance à s'adonner à ce genre de relations sexuelles plus par faiblesse que par envie. Là encore, la question qui se pose est celle de savoir si au regard des circonstances particulières qui s'attachent à leur existence, et plus particulièrement des conditions sociales et psychologiques qui les caractérisent, certains individus peuvent réellement faire preuve de libre arbitre lorsqu'ils décident d'expérimenter le sadomasochisme²¹³. Dans des relations s'établissant autour des rôles de dominant et de soumis, certains avancent que le jeu est faussé parce que la domination est automatiquement opérée par les plus forts sur les plus faibles²¹⁴. S'il est vrai que l'on rencontre dans le milieu BDSM des personnes qui ne cherchent qu'à assouvir leur désir sans se soucier de l'autre, abusant ainsi peut-être de sa faiblesse, ce genre d'égoïsme et d'abus n'est pas propre au sadomasochisme puisqu'il se rencontre dans toutes les relations humaines, quelle que soit leur nature²¹⁵. Plus largement, un consentement n'est jamais exprimé de façon abstraite et s'inscrit toujours dans un contexte particulier²¹⁶, quel que soit le domaine de la vie dans lequel il intervient. Le consentement est donc nécessairement « influencé » par la situation dans laquelle son auteur se trouve au moment où il l'émet, et il n'est pas possible de contrôler chaque décision prise par les individus pour s'assurer qu'ils expriment réellement leur volonté, particulièrement dans le contexte intime de la sexualité. Il nous semble donc qu'il existera toujours le risque qu'une personne plus fragile et influençable

²¹² O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 97.

²¹³ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, *o.c.*, p. 169.

²¹⁴ M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *o.c.*, p. 117 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2977.

²¹⁵ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », *o.c.*, p. 44.

²¹⁶ M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *o.c.*, p. 117

se retrouve impliquée dans une relation sadomasochiste alors qu'elle n'était peut être pas certaine de le vouloir. Sans doute cela est-il dérangeant au regard de telles pratiques parce que la domination des plus faibles implique des atteintes à l'intégrité physique. Mais ce risque doit-il pour autant entraîner la condamnation pénale des partisans de cette sexualité singulière ? Nous n'en sommes pas certains.

3) L'indisponibilité du corps humain

Certains considèrent enfin que le consentement à la lésion de soi-même par autrui ne peut pas être admis au nom du principe de l'indisponibilité du corps²¹⁷ et de la vie²¹⁸, le « *respect que les êtres humains se doivent les uns aux autres* »²¹⁹ devant alors primer sur le droit de décider pour soi. Ainsi, l'objectif légitime poursuivi par l'État est non seulement de protéger les individus, fût-ce contre eux-mêmes, mais aussi et plus largement de protéger l'humanité en tant que telle et dont chacun n'est que le dépositaire. Parce que chaque individu n'est qu'un représentant du genre humain, il ne peut pas disposer de lui-même et de son corps d'une manière telle qu'il porte atteinte à l'humanité qu'il partage avec ses semblables²²⁰. Le droit de disposer de son corps doit donc faire face à une limite de taille : la dignité humaine²²¹.

Section 3 : La dignité humaine et la disposition du corps

La dignité humaine est sans aucun doute l'argument principal en faveur d'une protection du corps humain et en ce sens, d'une limitation du droit d'en disposer²²². Notion au contenu flou et plus ou moins changeant, il est difficile d'en trouver une définition claire et unique²²³. Ce qui est certain, c'est que la dignité humaine doit se comprendre comme ce qui

²¹⁷ X. PIN, « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal, vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *o.c.*, p. 86 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2978.

²¹⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *o.c.*, p. 118.

²¹⁹ Cour eur. D.H. arrêt Laskey et autres c. Royaume-Uni, *o.c.*, § 40.

²²⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, pp. 2978-2979.

²²¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (sous la dir. de C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), coll. Droit et Justice, Paris, P.U.F., 2005, p. 92.

²²² D. TISSIER, *o.c.*, p. 39.

²²³ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, *o.c.*, p. 139 ; D. TISSIER, *o.c.*, p. 39 ; D. MEMMI, « La dignité : une protestation « somatisée » contre le libéralisme ? », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (sous la dir. de C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), coll. Droit et Justice, Paris,

caractérise le plus fondamentalement le genre humain et marque son unité²²⁴. Propriété commune de la collectivité humaine²²⁵, elle implique que chaque individu soit traité humainement parce qu'il est humain²²⁶. La dignité humaine est donc quelque chose qui dépasse l'homme et qui l'habite inexorablement²²⁷. Plus encore, il s'agit d'une charge dont personne ne peut être dispensé ou se dispenser, son respect étant un devoir qui s'impose à tous²²⁸ parce qu'« à travers chaque personne, c'est l'humanité qui peut être atteinte, et donc tous les autres »²²⁹. Dès lors que le corps humain doit se comprendre comme l'image, comme la matérialisation de l'humanité, sa disposition doit être limitée toutes les fois où elle est contraire à la dignité humaine²³⁰. Par conséquent, aucun comportement qui se traduirait comme une atteinte à cette dernière ne doit être toléré. Et si un individu peut au travers de ses actes préjudicier l'humanité qu'il porte en lui, il est alors nécessaire de l'en empêcher afin de le protéger contre lui-même et plus largement, de protéger l'ensemble de l'humanité²³¹.

Dès lors, au regard du principe de dignité humaine objective, c'est-à-dire telle que nous venons de l'identifier, l'autonomie personnelle et le droit de disposer de son corps rencontrent nécessairement leurs limites dans le cadre des deux comportements particuliers qui nous intéressent. En effet, parce que les pratiques sadomasochistes peuvent placer leurs adeptes dans des rôles que certains qualifieraient d'humiliants et apparaître par nature dégradantes, disposer de son corps de la sorte se heurte au principe transcendant de la dignité humaine, parce qu'une telle disposition porte atteinte à l'humanité des protagonistes²³². De même, obtenir l'assistance d'un tiers dans le but de mettre un terme à son existence est incompatible avec le respect de la dignité humaine, parce que cette dernière n'a de sens que

P.U.F., 2005, pp. 292 et s. ; intervention de Jean-Pierre Marguénaud dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 54 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2979.

²²⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2979.

²²⁵ J.-P. FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 1, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°48, Paris, P.U.F., 2009, p. 93.

²²⁶ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, 2007, p. 24.

²²⁷ *Ibidem*, p. 25.

²²⁸ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *o.c.*, p. 15 ; J.-P. FELDMAN, *o.c.*, pp. 93-94.

²²⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2979.

²²⁹ *Idem*.

²³⁰ Intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 52 ; B. LAVAUD-LEGENDRE, *o.c.*, pp. 130-131.

²³¹ J.-P. FELDMAN, *o.c.*, p. 89.

²³² M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2978 ; Cour eur. D.H., arrêt Laskey et autres c. Royaume-Uni, *o.c.*, opinion concordante de M. le juge Pettiti.

dans la vie²³³. Celle-ci est ce qu'il y a de plus sacré pour l'homme, de sorte qu'il ne lui est pas possible d'en disposer sans porter atteinte à un bien qu'il partage avec le reste de l'humanité²³⁴. Pourtant, la dignité humaine peut également constituer la justification de ces mêmes comportements, lorsqu'elle est comprise dans une toute autre conception que l'on qualifie de subjective. Dans cette perspective, la dignité s'appréhende toujours comme étant attachée à la personne humaine, mais cette fois-ci en tant qu'individu à part entière et non plus uniquement en tant que membre de l'humanité. C'est ce que certains appellent la dignité « actuée »²³⁵, et que nous avons déjà eu l'occasion d'aborder lorsque nous avons présenté la conception américaine de l'autonomie personnelle²³⁶. Dans le cadre de cette acception, la dignité humaine implique le respect de la volonté de l'individu dans les choix qu'il pose, y compris sur son corps et sa vie la plus intime²³⁷. Plus fondamentalement, cette approche se concentre sur la perception qu'un individu a de sa propre condition, de sa propre dignité. De cette manière, une personne peut considérer qu'au regard des circonstances particulières qu'elle vit, sa dignité « individuelle » est mise à mal, sans pour autant que cette situation ne porte plus largement atteinte à l'ensemble de l'humanité. C'est le cas des personnes qui, face à une maladie incurable, demandent à pouvoir mourir dignement, c'est-à-dire sans devoir subir d'atroces souffrances, ou encore une diminution toujours plus grande de leurs facultés au point qu'elles ne se reconnaissent plus elles-mêmes. Les personnes qui ont des affinités avec le milieu BDSM revendiquent également qu'on respecte leur dignité subjective puisque le pouvoir de poser des choix en concordance avec sa volonté propre est ce qui caractérise avant tout l'être humain, et participe dès lors nécessairement à sa dignité, même lorsque cela met en cause des pratiques sexuelles particulières²³⁸. Notons toutefois que si la dignité fondamentale doit être considérée comme absolue, il ne peut pas en être de même pour la dignité subjective. En effet, là où un individu fera nécessairement toujours partie du genre humain, quoi qu'il fasse, tous ses agissements ne pourront pas être cautionnés par la conception qu'il a de sa propre dignité. Il nous semble en effet évident que la dignité subjective atteint ses limites aussitôt qu'elle porte atteinte à la liberté d'autrui et à sa dignité

²³³ Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la « Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants » du 21 mai 1999, <http://coe.int> (29 juillet 2015).

²³⁴ N. AUMONIER, B. BEIGNIER et P. LETELLIER, *L'euthanasie*, 6^e éd., coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2012, p. 103 et pp. 107-108 ; C. JOLY, « Repères pour une éthique en fin de vie », *La revue de médecine interne*, vol. 36, 2015, p. 370.

²³⁵ E. LAGARDE, *o.c.*, p. 211.

²³⁶ Voy. *supra*, Chapitre 1, Section 2, 1).

²³⁷ Intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 52.

²³⁸ Intervention de Jean-Pierre Marguénaud dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 54.

humaine. Mais dès lors qu'un individu agit sans préjudicier quiconque, il doit être tenu compte de sa volonté et de ses choix, au nom de sa dignité.

La notion de dignité humaine, selon qu'elle est abordée dans sa dimension objective ou subjective, peut donc à la fois constituer une limite à la libre disposition de son corps et un argument en sa faveur²³⁹. Il semble alors qu'il soit nécessaire de choisir son camp, entre la dignité de la personne comme représentant de l'humanité et la dignité de l'individu dans ce qu'il a de plus concret et de particulier²⁴⁰. Bien qu'elles semblent appeler des réponses antagonistes au regard de la problématique qui nous préoccupe, ces deux conceptions peuvent cependant être conciliées. En effet, Madame Bénédicte Lavaud-Legendre propose une acception tout à fait intéressante de la dignité objective, considérant que cette dernière ne peut jamais être préjudiciée dès lors qu'elle s'impose à l'homme puisque, quelle que soit son origine ethnique, sa religion, ses valeurs ou ses préférences sexuelles, il appartient et appartiendra toujours au genre humain²⁴¹. Ainsi, « *la personne humaine est dotée d'une dignité irréductible, qu'aucun comportement, aussi abjecte soit-il, ne peut diminuer* »²⁴². Au regard de cette compréhension de la dignité humaine, il est en réalité impossible d'y porter atteinte puisque celle-ci est inhérente à l'humanité que chaque individu porte en lui. Partant, la nécessité invoquée par certains de juridiquement réprimer les comportements lui portant préjudice, notamment par une certaine disposition de son corps, perd toute pertinence²⁴³. Par contre, « *nier la dignité fondamentale d'une personne ou d'un groupe de personnes, c'est-à-dire prétendre que telle ou telle catégorie de personne n'appartient pas au genre humain, mérite d'être juridiquement sanctionné* »²⁴⁴. Ce n'est donc pas le corps humain qui doit être considéré comme indisponible parce que son utilisation serait dans certaines hypothèses contraire à la dignité humaine, c'est la dignité elle-même qui est indisponible et irréductible, de sorte qu'il est en réalité impossible de lui porter atteinte. Dès lors, la notion de dignité objective telle qu'elle est reprise et défendue par les auteurs lorsqu'elle est invoquée en faveur d'une limitation du droit de disposer de son corps cache visiblement un parti pris d'ordre moral²⁴⁵. Or, imposer une telle restriction sur ce fondement serait difficilement acceptable. En effet, l'État doit s'abstenir d'apprécier la dignité des autres à leur place en leur imposant sa

²³⁹ D. TISSIER, o.c., p. 95.

²⁴⁰ Intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, o.c., p. 38.

²⁴¹ B. LAVAUD-LEGENDRE, o.c., p. 147.

²⁴² *Idem.*

²⁴³ *Ibidem*, p. 148.

²⁴⁴ *Idem.*

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 149.

propre conception de la notion et des limites qu'elle est censée poser²⁴⁶. Jean-Pierre Marguénaud rappelle à juste titre que ce concept de la dignité humaine doit être manié avec grande précaution, dès lors qu'« *une notion aussi abstraite [...] ne peut que se révéler inconsistante, n'ayant pour substance que ce que l'on veut y mettre et pas nécessairement des prolongements logiques à l'avantage de l'homme, qu'elle peut servir si l'on en fait la source de revendications et de droits, comme asservir si l'on en fait le motif de limitations et de privations* »²⁴⁷.

La conception fondamentale de la dignité humaine ne doit pas être abandonnée pour autant. Elle existe bel et bien, et constitue effectivement le bien commun de l'humanité. Mais à notre sens, elle ne doit pas être interprétée de sorte qu'elle disqualifie la dignité « actuée » et asservit l'autonomie personnelle à des valeurs prédéfinies et imposées. Le principe qui se trouve au cœur de cette conception subjective est que chacun doit pouvoir agir de la façon qui lui semble la meilleure pour lui-même, et sa décision doit être respectée au nom de sa dignité humaine parce que l'humanité est plurielle. Elle rassemble des individus différents, avec leurs propres valeurs, cultures, expériences de la vie et de la mort. L'idée d'une humanité inviolable devant être protégée à tout prix est un fondement peu discutable, mais son respect et sa sauvegarde doivent pouvoir se faire sans nier les différences et les préférences, même lorsqu'elles sont peu ou difficilement compréhensibles, ni le propre de l'homme, qui est de pouvoir raisonner et décider de ce qu'il y a de mieux pour lui, tant que ses choix se font dans le respect des autres, de leur liberté et de leur propre dignité. La dignité humaine est donc double, et ces deux conceptions peuvent d'après nous cohabiter pour assurer le respect de l'individualité de chacun mais aussi l'humanité dans son ensemble, parce que chaque individu, dans ce qu'il a de plus particulier, en fait nécessairement partie, et représente aussi nécessairement le genre humain, même s'il le fait d'une façon qui s'écarte des sentiers battus.

S'il est donc possible de concilier les conceptions subjective et objective de la dignité humaine en faveur du droit de disposer de son corps dans les deux cas particuliers qui nous intéressent, et si nous penchons pour une telle conception, la compréhension la plus répandue de la dignité maintient toutefois très nettement la tension qui peut exister entre la dignité de l'Homme et la dignité de l'individu. Or, dès lors que la dignité fondamentale est un principe

²⁴⁶ Intervention de Jean-Pierre Marguénaud dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 54.

²⁴⁷ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, 8^e éd., coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2003, p. 62.

matriciel de la CEDH²⁴⁸, et que la dignité subjective est étroitement liée à l'autonomie personnelle et au droit au respect de la vie privée, certains craignent que cette tension puisse mettre à mal la cohérence même du système de la Convention²⁴⁹.

Section 4 : La nécessité de préserver la cohérence et l'effectivité du système de la CEDH

La Convention européenne des droits de l'homme met en place un système de protection qui ne peut être efficace que s'il est considéré comme un tout²⁵⁰. Cela signifie que lorsque les droits et libertés fondamentaux dont ce texte assure le respect et la protection peuvent être interprétés et exercés d'une manière telle qu'ils constituent une violation d'une autre de ces garanties, la nécessité de préserver cette dernière doit également être prise en compte. Or, consacrer le droit de disposer librement de son corps en vertu du principe de l'autonomie personnelle lui-même consacré par le droit au respect de la vie privée aurait un tel effet²⁵¹, non seulement à l'égard du droit à la vie dès lors qu'il justifie qu'un individu puisse décider de quelle manière il souhaite mourir (1), mais aussi à l'égard de l'interdiction absolue de la torture, des traitements inhumains ou dégradants puisqu'il implique que les individus puissent choisir de s'adonner à des activités sexuelles physiquement dommageables et humiliantes (2). Appliquée de manière générale sans tenir compte des autres droits fondamentaux, et eu égard à la nature tout à fait particulière des deux fondamentaux ici mis à mal, certains considèrent que l'autonomie personnelle pourrait menacer la cohérence même du système de la Convention²⁵². Dans l'optique légitime de préserver l'intégrité du droit « menacé », l'État pourrait alors user du pouvoir de restreindre l'autonomie corporelle de l'individu que l'article 8, §2 de la CEDH lui confère²⁵³. À l'inverse, cela peut également avoir

²⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt C.R. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt S.W. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015) ; Cour eur. D.H., arrêt I. c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015).

²⁴⁹ E. LAGARDE, *o.c.*, pp. 224-225 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2975.

²⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres c. France, *o.c.*, § 142.

²⁵¹ E. LAGARDE, *o.c.*, pp. 224-225.

²⁵² M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *o.c.*, p. 2975 ; E. LAGARDE, *o.c.*, pp. 224-225 ; B. EDELMAN, *o.c.*, p. 120.

²⁵³ En effet, la seule hypothèse qui appellerait une décision de la Cour dans le cadre d'un tel conflit opposant deux droits fondamentaux d'une seule et même personne serait le cas où l'individu se voit empêché de disposer de son corps comme il l'entend, dans le but de mourir ou dans un but sexuel, ou condamné pour avoir agi de la sorte. Ainsi, la requête portée devant la Cour viserait à reconnaître la violation de son droit au respect de sa vie privée, protégé par l'article 8 de la CEDH. Et selon le comportement en cause, l'État pourrait soulever son

pour effet pervers de déresponsabiliser l'État, qui aura alors la possibilité de se cacher derrière la volonté prétendue des individus pour échapper aux obligations que la Convention lui impose (3).

1) Le droit de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin face au droit à la vie garanti par l'article 2 de la CEDH

La Cour européenne des droits de l'homme a consacré sur base du droit au respect de la vie privée « le droit de *chacun, compris dans la notion d'autonomie personnelle, de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin* »²⁵⁴. Dès lors que le droit à la vie est également consacré et protégé par la CEDH en son article 2, la problématique de la fin de vie implique nécessairement l'analyse conjointe de cette disposition et de l'article 8 puisque ces derniers se trouvent, dans une telle hypothèse, en conflit²⁵⁵. La question qui se pose est alors de savoir si un individu peut, en exerçant un droit qui lui est reconnu par la Convention, entraîner la violation d'un autre de ses droits fondamentaux. On ne se retrouve ainsi plus dans le cas traditionnel du conflit qui oppose deux droits fondamentaux différents invoqués par deux personnes distinctes, mais bien dans une sorte d'incompatibilité entre deux droits qui existent dans le chef d'une seule et même personne. Dans le cas qui nous préoccupe, c'est le droit quasi absolu à la vie²⁵⁶ qui se trouve menacé parce que l'individu invoque le droit au respect de sa vie privée pour justifier son droit de mourir de la manière qu'il souhaite. Par l'exercice d'un droit fondamental, il en viendrait alors à détruire un autre de ses droits, et pas des moindres²⁵⁷. Or, le système des droits fondamentaux institué par la Convention n'aurait plus de sens si ces derniers étaient invoqués, non plus pour réclamer leur protection, mais pour justifier leur violation²⁵⁸. Et parce que c'est ici la vie humaine qui est en jeu, sa protection doit être assurée en toute circonstance et par conséquent primer toutes les

obligation de protéger un autre droit fondamental consacré par le texte européen pour justifier la restriction qu'il porte à l'exercice de l'autonomie personnelle.

²⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., §§ 61 et 67 ; Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse*, o.c., § 51 ; Cour eur. D.H., arrêt *Koch c. Allemagne*, o.c., § 52, ; Cour eur. D.H., arrêt *Lambert et autres c. France*, o.c., § 98.

²⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Lambert et autres c. France*, o.c., §142.

²⁵⁶ Il n'est en effet pas possible de le considérer comme totalement absolu dès lors que l'article 2 de la CEDH prévoit quelques exceptions dans lesquelles il est possible pour l'État de déroger à son obligation de protection de la vie.

²⁵⁷ E. LAGARDE, o.c., p. 225.

²⁵⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », o.c., p. 2975.

fois où elle se retrouve mise en balance avec le droit de disposer de son corps dans le cadre du respect de la vie privée²⁵⁹.

Cependant, faire prévaloir le droit à la vie de la sorte peut déboucher sur un autre conflit interne au système des droits fondamentaux. Ce n'est alors plus l'article 8 qui doit être pris en compte, mais l'article 3 qui renferme l'interdiction absolue de torturer et de traiter toute personne de façon inhumaine ou dégradante²⁶⁰. Refuser à un individu qu'il puisse mettre fin à ses jours avec l'assistance d'un tiers alors qu'il doit faire face à une maladie qui le plonge dans de grandes souffrances peut en effet avoir pour conséquence de lui imposer une mort qu'il juge indigne et qui lui sera particulièrement pénible. Or, l'obligation de subir une telle fin peut être assimilée à un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH dès lors qu'elle « *abaisse l'individu à ses propres yeux* »²⁶¹. Ainsi, il semblerait que quel que soit le sort que l'on réserve au droit de décider quand et comment mourir contenu dans le droit au respect de la vie privée, qu'on reconnaisse son exercice et son effectivité ou qu'on le condamne, un droit fondamental consacré par la Convention sera nécessairement contrarié.

Quoi qu'il en soit, la Cour de Strasbourg ne semble pas considérer que la dépénalisation partielle de l'euthanasie et de l'aide au suicide constitue une violation par l'État membre concerné de son obligation de protéger la vie en vertu de l'article 2 de la CEDH²⁶². Dès lors que cette légalisation ne semble être admise que moyennant la mise en place de conditions procédurales strictes au cœur desquelles se trouve le consentement libre, éclairé et répété de l'intéressé, et n'intervenir que dans le cas tout à fait particulier de la maladie incurable plaçant l'individu concerné dans d'atroces souffrances physiques ou psychiques, nous ne pouvons que partager sa position. En effet, dans de telles circonstances, le respect de la dignité subjective et de la liberté de l'homme doit prévaloir sur le droit à la vie, parce que chacun doit pouvoir partir dignement sans se voir infliger des souffrances inutiles et intenable²⁶³. Et si les soins palliatifs ont pour objectif de soulager le malade, ce dernier peut toutefois préférer partir tant qu'il se sent encore lui-même plutôt que de laisser la

²⁵⁹ Intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, pp. 35-36.

²⁶⁰ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 80, note 18 ; O. DE SCHUTTER, « Waiver of Rights and State Paternalism under the European Convention on Human Rights », *o.c.*, pp. 506-507.

²⁶¹ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 80, note 18.

²⁶² Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, *o.c.*, § 41 ; O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 109.

²⁶³ Cour eur. D.H., arrêt *Lambert et autres c. France*, *o.c.*, opinion en partie dissidente commune aux juges Hajiyeve, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano et Gritco.

maladie emporter quelqu'un qu'il ne reconnaitra plus, infligeant à lui-même et à ses proches une fin qu'il considère comme indigne à ses yeux.

Par conséquent, s'il existe bel et bien un conflit entre le droit à la vie (avec l'obligation positive de protection que cette garantie crée dans le chef des États) et le droit de décider de sa fin compris dans le droit au respect de la vie privée, un équilibre doit nécessairement être trouvé pour les concilier. Le respect du principe de l'autonomie personnelle consacré par l'article 8 ne peut pas être simplement et purement écarté parce qu'il touche au caractère jugé sacré de la vie. Et dans le cas tout à fait particulier de l'euthanasie et de l'aide au suicide tel que nous l'avons présenté, il semble que le respect de la volonté d'un individu de partir dignement, au nom de son droit à poser des choix concernant sa vie et son corps, doit primer sur le droit à la vie consacré par la CEDH²⁶⁴, parce que cette primauté de l'autonomie personnelle intervient dans une hypothèse tellement spécifique et moyennant la rencontre de conditions à ce point strictes qu'elle est à notre sens loin de détruire le droit fondamental à la vie. Cette dernière doit faire l'objet d'une protection optimale dans le chef des États, cela est indéniable. Mais à notre sens, la vie ne doit pas être imposée aux personnes qui décident avec lucidité et après mûre réflexion de la quitter, parce que la maladie l'a rendue insupportable²⁶⁵. S'il est évident qu'un droit de l'homme ne peut pas être invoqué pour justifier la violation d'un autre droit de l'homme, il est en revanche inévitable que des tensions puissent apparaître entre ceux-ci, parce que les droits fondamentaux ont pour objectif de protéger différentes composantes de l'existence humaine qui sont nécessairement interconnectées et qu'une situation particulière peut mener à se confondre, créant ainsi des « collisions de droits ». Si la Convention européenne des droits de l'homme doit être considérée comme un tout, cela signifie également qu'il faut accepter que l'interaction entre ces différents éléments puisse nécessiter de devoir les mettre en balance eu égard à la situation qui les sollicite et les place en conflit. Tout ce qui en résultera, c'est que dans un cas particulier appartenant à une personne particulière, cette dernière considèrera qu'un de ses droits doit prioritairement être protégé parce que dans sa situation spécifique, il présente plus de valeur à ses yeux, même si cela implique de devoir contrarier le droit sacré à la vie. À notre sens, une telle interprétation du système de la Convention ne doit certainement pas être vue comme le déstructurant et le vidant de son sens, mais plutôt comme reconnaissant sa complexité dans les tensions qui

²⁶⁴ Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres c. France, *o.c.*, opinion en partie dissidente commune aux juges Hajiyeu, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano et Grīco.

²⁶⁵ Intervention de Jean-Pierre Marguénaud dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, *o.c.*, p. 40.

peuvent inévitablement en découler. Résoudre le conflit de droits nécessitera alors de rechercher la solution qui respectera au mieux l'individu, dans sa dignité et dans son humanité, sans que ne soit automatiquement préférée la valeur jugée supérieure par d'autres.

2) Le droit de s'adonner à des pratiques sexuelles de nature violente face à l'interdiction absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants garantie par l'article 3 de la CEDH)

La Cour de Strasbourg a consacré, rappelons-le, le droit d'entretenir des relations sexuelles comme faisant partie intégrante du droit de disposer de son corps, en vertu de l'autonomie personnelle qui doit être reconnue à chacun²⁶⁶. À ce titre, la juridiction européenne a ainsi reconnu que la faculté accordée à chacun de mener sa vie sexuelle 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* »²⁶⁷. Or, non seulement les pratiques sadomasochistes doivent être assimilées à de telles activités, mais elles peuvent également être considérées comme des traitements dégradants ou inhumains, voire comme de la torture²⁶⁸. L'exercice du droit de disposer de son corps se traduit alors par la volonté de se voir infliger des traitements pourtant expressément et absolument interdit par l'article 3 de la CEDH. Et là encore, la crainte de la destruction d'un droit fondamental par l'exercice d'un autre droit, et partant la mise en péril de la cohérence même du système de la Convention sont avancées pour justifier la limitation de l'autonomie personnelle lorsqu'elle aboutit à de telles pratiques sexuelles²⁶⁹. Notons cependant que le plus souvent, cette association entre pratiques sadomasochistes et traitements prohibés par l'article 3 de la CEDH a été opérée au regard de la tumultueuse affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* que nous avons déjà eu l'occasion de présenter et de commenter²⁷⁰. Or, comme nous l'avons également déjà précisé lorsque nous nous sommes

²⁶⁶ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 83.

²⁶⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, o.c., § 66.

²⁶⁸ E. LAGARDE, o.c., p. 225 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », o.c., p. 2975 ; Intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, o.c., p. 9. ; Voy également les positions des gouvernements anglais et belge respectivement dans les arrêts *Laskey* et autres c. Royaume-Uni, o.c., § 40 et *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 67.

²⁶⁹ E. LAGARDE, o.c., pp. 224-225 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », o.c., p. 2975.

²⁷⁰ E. LAGARDE, o.c., p. 225 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », o.c., p. 2975 ; Intervention de Michel Levinet dans M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, o.c., p. 9.

intéressés à cette décision de la Cour, nous considérons que les pratiques sexuelles auxquelles se sont adonnés les requérants et la « victime » ne s'apparentent pas aux activités sadomasochistes telles qu'elles sont comprises, encadrées et réglementées dans l'univers BDSM. Si nous sommes d'accord pour qualifier les faits particuliers de cette affaire de traitements inhumains ou dégradants, et même de torture, nous sommes en revanche réticents à les assimiler à des pratiques sadomasochistes dans l'acception qui est la leur dans le milieu BDSM, parce que ces dernières sont avant tout par définition consensuelles, ce qui n'était clairement pas le cas dans les faits condamnés par la Belgique.

Quoi qu'il en soit, même si ces activités sexuelles singulières ne doivent pas à notre sens être qualifiées de torture, parce qu'elles ne semblent pas atteindre le seuil de violence et de cruauté qui fait basculer un acte dans cette qualification²⁷¹, il apparaît néanmoins difficile de les écarter complètement de ce que l'on pourrait appeler des traitements inhumains ou dégradants. Là encore, peut-être faut-il considérer qu'un individu puisse vouloir être soumis ce genre de pratiques au nom du respect d'un de ces autres droits fondamentaux auquel il attache une plus grande valeur, en l'occurrence le droit au respect de sa vie privée et à son autonomie corporelle. Le caractère absolu et sans appel de la prohibition instituée par l'article 3 peut toutefois laisser paraître une telle préférence difficilement acceptable. Ainsi est-il peut-être nécessaire de s'attarder sur ce qu'il faut véritablement entendre par un traitement inhumain ou dégradant, et plus particulièrement sur celui qui doit percevoir une situation comme telle pour que soit enclenchée l'interdiction absolue prévue à l'article 3 de la CEDH. En d'autres termes, est-ce à la seule personne soumise à un traitement particulier de considérer que celui-ci est inhumain ou dégradant parce que tel est son ressenti au vécu de ce qu'elle subit, ou est-ce que ce jugement et ce constat doivent être réservés à l'opinion publique, ou encore à l'appréciation du plus grand nombre ? À la lecture du guide proposé par le Conseil de l'Europe sur la mise en œuvre et le contenu de l'article 3 de la Convention, il semble qu'il faille s'en remettre à la seule perception personnelle de l'individu soumis aux traitements litigieux pour déterminer si ceux-ci doivent être qualifiés d'inhumain ou de dégradants, ou en tout cas requérir l'attention des autorités nationales et judiciaires à ce titre²⁷². D'après ce manuel, un traitement doit être qualifié de tel lorsqu'il place la personne à

²⁷¹ A. REIDY, *L'interdiction de la torture. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, série des Précis droits de l'homme du Conseil de l'Europe, n°6, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, pp. 11-15.

²⁷² *Ibidem*, 15-16.

laquelle il est infligé dans un état de détresse et d'angoisse extrême²⁷³. Concernant plus particulièrement le caractère dégradant, il nécessite pour être rencontré que l'objectif poursuivi par l'auteur de ces actes soit « *d'humilier et d'avilir la personne concernée* »²⁷⁴, et que les conséquences de ses agissements aient un impact négatif sur la personnalité de l'individu. Or, aucun de ces éléments n'est en principe présent dans le cadre des pratiques sadomasochistes. Dès lors que la personne « soumise » a consenti à s'adonner à de telles activités dans le but d'éprouver du plaisir, nous comprenons difficilement comment ces pratiques pourraient la placer dans un état d'angoisse extrême. Que certains aient du mal à comprendre comment un individu peut éprouver du plaisir de cette façon, c'est un autre débat. Est également toute autre la question de savoir si ce n'est pas précisément en raison d'une certaine détresse que la personne qui endosse le rôle de « soumise » a décidé de s'intéresser au milieu BDSM. Mais rappelons que si tel est le cas, elle pourra toujours décider de ne plus s'adonner à ce genre de pratiques, et ce à tout moment, pour peut-être tenter de travailler sur le problème qui la place dans un tel état. Ainsi, les pratiques BDSM ne remettent pas en cause l'interdiction fondamentale et absolue des traitements inhumains ou dégradants parce qu'il n'y a pas un individu qui s'approprie le corps ou l'esprit d'un autre individu dans le but de porter négativement atteinte à sa personnalité et sa dignité²⁷⁵. Et si la violence et la douleur sont effectivement présentes dans ces relations sexuelles particulières, elles n'atteignent vraisemblablement pas l'intensité requise pour mettre en cause l'article 3 de la Convention²⁷⁶.

Par conséquent, la crainte de voir la prohibition absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants mise à mal par le droit de tout individu de disposer de son corps comme il l'entend dans le cadre de son intimité sexuelle, fût-ce d'une manière physiquement dommageable, ne semble pas être fondée puisque l'article 3 de la CEDH ne trouve précisément pas à s'appliquer dans le cas de pratiques sadomasochistes pleinement consenties. Partant, le risque d'une déconstruction du système de la Convention ne doit pas non plus être retenu.

²⁷³ A. REIDY, *o.c.*, pp. 15-16.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 16.

²⁷⁵ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », *o.c.*, p. 45.

²⁷⁶ A. REIDY, *o.c.*, pp. 15-16.

3) Le danger d'une déresponsabilisation des États

Le dernier facteur qu'il convient d'appréhender dans le cadre de l'analyse des éléments pouvant justifier une limitation de l'autonomie corporelle des individus concerne les obligations positives que la Convention fait naître dans le chef des États. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser, le respect des droits et libertés fondamentaux garantis par le texte européen implique que les États membres prennent des mesures concrètes pour que leur protection soit effective. Ainsi, concernant les cas particuliers de la fin de vie et des pratiques sadomasochistes, c'est notamment par le biais du droit pénal et plus précisément des infractions d'homicide et de coups et blessures volontaires que les autorités publiques protègent l'intégrité physique et la vie de chacun. Toutefois, parce que l'autonomie personnelle et le droit de disposer de son corps permettent aux individus de porter volontairement atteinte à eux-mêmes avec l'intervention d'autrui, et parce que le respect de cette liberté individuelle peut nécessiter de faire prévaloir le droit au respect de la vie privée sur le droit à la vie, ou encore d'écarter les actes posés du champ d'application de l'article 3 de la CEDH, le risque que les autorités publiques utilisent cette faculté à leur avantage ne peut pas être nié²⁷⁷.

L'hypothèse ainsi visée est celle où une requête est introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme pour violation des articles 2 ou 3 de la CEDH, et où l'État se défendrait d'une telle violation en invoquant l'exercice que le requérant a fait de son autonomie personnelle. Autrement dit, cette violation n'en serait pas une et ne pourrait pas être reprochée à l'État parce que le requérant a en réalité décidé de faire prévaloir son droit de poser des choix personnels sur la protection de son intégrité physique, voire de sa vie²⁷⁸. Si le risque d'une telle instrumentalisation de l'autonomie personnelle par l'État pour échapper à ses responsabilités existe bien, il ne peut cependant pas d'après nous justifier que soient purement et simplement écartés de l'exercice du droit de disposer de corps les deux cas particuliers qui nous préoccupent dans le cadre de cette étude. Dès lors que celui-ci est une prérogative découlant du droit fondamental au respect de sa vie privée, il doit pouvoir être exercé sans être détourné par l'État pour justifier ses propres manquements. Ainsi, la Cour a

²⁷⁷ Voy. O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights », *o.c.*, pp. 485-486. Bien que ces pages soient relatives au problème que la possibilité de renoncer à un droit consacré par la CEDH peut poser au regard de la responsabilité des États, il nous semble que l'idée peut également être reprise lorsque c'est l'exercice d'un droit à part entière qui implique de devoir écarter l'application d'un autre droit.

²⁷⁸ Voy. à ce titre Cour eur. D.H., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, <http://echr.coe.int> (1^{er} août 2015) dans lequel le gouvernement anglais soutient une telle position (§ 87).

elle-même indiqué dans l'affaire *Keenan c. Royaume-Uni* que des précautions générales peuvent et doivent être prises pour protéger au maximum l'individu sans empiéter sur son autonomie personnelle²⁷⁹. Ceci nous semble d'autant plus vrai lorsque cette dernière est exercée dans le cadre d'activités portant physiquement atteinte à l'individu, et de façon irrévocable le cadre de l'euthanasie et de l'aide au suicide.

Le meilleur moyen d'empêcher les États de fuir leurs responsabilités est de mettre en place un encadrement clair et solide de ces comportements, de sorte que l'individu puisse exercer son autonomie corporelle tout en continuant d'être protégé contre des atteintes auxquelles il n'aurait pas consenti, et afin que soit autant que possible écartée toute ambiguïté derrière laquelle les autorités publiques seraient tentées de se cacher pour se défaire de leurs obligations.

²⁷⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, o.c., § 92.

Chapitre 3

Les questions soulevées par l'établissement d'un cadre juridique

Si le droit de disposer de son corps devait un jour obtenir la pleine reconnaissance des États membres du Conseil de l'Europe dans le cadre de l'euthanasie et de l'aide au suicide d'une part, et des pratiques sadomasochistes d'autre part, son exercice nécessiterait inévitablement l'intervention du législateur. Ces pratiques sont en effet constitutives des infractions d'homicide et de coups et blessures volontaires puisqu'elles portent respectivement atteinte à la vie et à l'intégrité physique de celui qui dispose de son corps. Il est donc utile de nous intéresser à l'aménagement juridique qu'une reconnaissance réelle et effective du droit de disposer de son corps nécessiterait au regard de ces deux hypothèses particulières. À cet effet, nous présenterons d'abord les quelques éléments de solution que nous avons retenus pour extraire ces deux types de pratiques des infractions auxquelles ils sont actuellement assimilés tout en prévenant autant que possible tout risque d'abus (Section 1), avant de nous intéresser plus particulièrement aux conditions qui devront être attachées au consentement de la personne concernée dès lors qu'il constitue la justification première de l'atteinte qui lui est portée (Section 2).

Section 1 : La question du rôle de l'État

À l'heure actuelle, le droit de disposer de son corps est loin d'être reconnu en toutes circonstances par les États lorsqu'il est invoqué par l'intéressé pour justifier une atteinte à son intégrité physique ou à sa vie, le consentement de la victime étant dans ces deux cas indifférent dans presque toutes les législations pénales²⁸⁰. Les autorités nationales continuent ainsi pour la très grande majorité à protéger les individus contre eux-mêmes en maintenant le caractère infractionnel de l'euthanasie et de l'aide au suicide²⁸¹. Il en est de même pour les pratiques sadomasochistes au regard de l'infraction de coups et blessures, même si de telles activités semblent pouvoir être tolérées dès lors qu'elles interviennent dans la sphère la plus

²⁸⁰ J. PRADEL, *o.c.*, pp. 135-137.

²⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, *o.c.*, § 55.

intime de la vie privée²⁸². Par conséquent, nous nous intéresserons aux mesures que devraient prendre les États s'ils décidaient, lorsque ce n'est pas déjà fait, de partiellement dépénaliser les procédés de fin de vie impliquant un tiers d'une part (1), et les pratiques sexuelles physiquement dommageables d'autre part (2).

1) La légalisation de l'euthanasie et l'aide au suicide

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le noter ci-avant, l'euthanasie et l'aide au suicide sont très loin d'être admises en Europe parce qu'elles réunissent les éléments constitutifs d'un homicide volontaire. Quelques États parties à la CEDH ont toutefois eu le courage de légiférer en ce sens²⁸³. Sans avoir effectué un examen de droit comparé entre les quelques législations européennes considérant positivement ces pratiques²⁸⁴, nous estimons que le système belge²⁸⁵ constitue en tout cas un bon exemple d'encadrement juridique de l'euthanasie²⁸⁶. Partant, il devrait certainement être pris pour modèle par les prochains États qui décideront de légiférer en la matière. Il convient donc de reprendre ici les éléments les plus importants et que nous considérons comme indispensables à toute législation dépénalisant partiellement l'euthanasie²⁸⁷.

Ainsi, et c'est l'hypothèse que nous avons retenue tout au long de notre analyse, seules les personnes atteintes d'une maladie incurable et en proie à des souffrances physiques ou psychiques constantes et insupportables peuvent avoir accès à l'euthanasie²⁸⁸. Cette condition nous semble tout à fait adéquate car elle est sans doute la seule pouvant justifier qu'une personne préfère la mort à la vie, et demande à ce titre l'aide du corps médical. Il est également important de noter que c'est le droit de demander l'euthanasie qui est consacré par cette loi, et non pas un droit à l'euthanasie²⁸⁹. Cette formulation est en effet fondamentale puisqu'elle permet d'apprécier la rencontre des conditions qui doivent nécessairement être imposées afin d'éviter les abus, de s'assurer que la volonté du patient est bien celle qu'il a exprimée et de protéger la vie toutes les fois où elle est encore possible pour la personne

²⁸² Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, o.c., § 29.

²⁸³ Voy. Chapitre 2, section 1, 1).

²⁸⁴ Une telle analyse nous aurait en effet inévitablement éloignés de l'objet de notre étude.

²⁸⁵ L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

²⁸⁶ Seule cette pratique est en effet autorisée par le droit belge, à l'exclusion de l'aide au suicide.

²⁸⁷ Étant dans l'impossibilité de proposer un aperçu détaillé de la loi belge relative à l'euthanasie sans dévier de l'objet premier de notre analyse, nous nous permettons de renvoyer à cette dernière pour le surplus.

²⁸⁸ Art. 3, §1, L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

²⁸⁹ M.-L. DELFOSSE, « Euthanasie et intégrité : enjeux de la loi belge et relation médecin-patient : une réflexion éthique », *Frontières*, vol. 24, 2011-2012, p. 106.

concernée. Rappelons également que toute législation portant sur une dépénalisation partielle de l'euthanasie active doit obligatoirement s'accompagner de la mise en place d'un service effectif de soins palliatifs afin de soulager autant que possible la détresse de ceux qui doivent faire face à une situation médicale sans issue. Il est en effet impératif que le choix porté vers l'euthanasie ne le soit pas par défaut de pouvoir alléger ses souffrances au moyen de soins médicaux²⁹⁰. Quant au consentement, la loi belge l'assortit à très juste titre de nombreuses conditions de fond et de forme²⁹¹ permettant de déterminer si la décision prise par le patient est bel et bien le fruit d'une réflexion mûrement menée en toute connaissance de cause et non pas un choix pris à la légère. Cependant, si cette loi nous paraît dans son ensemble être un encadrement juridique réussi au regard de la complexité de la problématique, nous éprouvons une certaine perplexité quant à la pertinence d'un contrôle *a posteriori* exercé par la Commission fédérale de contrôle²⁹². En effet, contrôler la réunion des conditions et le respect de la procédure lorsque l'euthanasie a déjà été pratiquée ne semble avoir que peu de sens. Un contrôle *a priori* serait donc très certainement plus effectif, mais son exercice poserait aussi certainement un problème d'ordre temporel dès lors que ce genre de décision nécessite souvent du temps, ce dont les personnes malades ne disposent pas toujours. Une solution serait peut-être d'effectuer ce contrôle au fur et à mesure que la procédure avance, donc à partir de la demande du patient et en collaboration avec le médecin concerné. Certes, cela impliquerait la communication d'informations relevant en principe du secret médical, mais certaines concessions doivent être faites pour assurer à la fois le respect de la volonté de chacun et la sécurité des personnes.

Quant à l'aide au suicide, cette assistance n'est actuellement possible qu'en Suisse, et dans la seule hypothèse où aucun tiers n'intervient au moment de poser l'acte final²⁹³. L'accès de cette pratique ne découle toutefois pas d'une autorisation expresse de la loi mais d'un vide juridique pouvant être interprété en ce sens²⁹⁴, ce qui nous semble juridiquement peu sécurisant et certainement plus enclin à entraîner des abus. Sans doute serait-il donc plus sûr pour la sécurité de chacun de clairement légiférer en ce sens. Ainsi, à notre sens, une légalisation de l'aide au suicide devrait certainement impliquer la mise en place de conditions

²⁹⁰ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », *o.c.*, p. 461.

²⁹¹ L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

²⁹² Art. 8, L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

²⁹³ Voy. *supra*, Chapitre 2, section 1, 1), d.

²⁹⁴ Art. 115, Code pénal suisse du 21 décembre 1937, disponible sur le site du Conseil fédéral <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> (9 juillet 2015) ; D. MONTARIOL, *o.c.*, p. 108 ; G. B. ZULIAN, *o.c.*, p. 27.

et d'une procédure aussi strictes que celles qui doivent être rencontrées dans le cadre de l'euthanasie. L'aide au suicide ne serait alors possible que sous la supervision de membres du corps médical qui se porteraient garants du bon déroulement des choses et seraient prêts à intervenir si besoin. Il ne faudrait donc pas nécessairement que cela se passe en milieu hospitalier. Il est possible d'imaginer qu'un individu puisse avoir recours à l'assistance au suicide pour pouvoir quitter la vie dans son domicile, tant que des médecins sont présents, fût-ce dans la pièce d'à côté. Par ailleurs, cela permettrait également de concevoir qu'un proche puisse activement participer en administrant la substance à la personne désireuse de s'en aller lorsque celle-ci n'est plus capable de le faire elle-même. En effet, si tout se passe sous supervision médicale, l'intervention d'un tiers ne devrait plus paraître suspecte. Même si nous concédons être difficilement capables d'évaluer le réalisme d'un tel encadrement au profit de l'assistance au suicide, ces quelques éléments nous semblent toutefois constituer une bonne piste.

2) Une dépénalisation partielle des coups et blessures volontaires dans le cadre particulier des pratiques sadomasochistes

Loin de prétendre avoir toutes les réponses concernant le contenu et la forme qu'une éventuelle intervention législative visant à encadrer les pratiques sadomasochistes devrait présenter, nous nous contenterons ici de proposer les quelques pistes de solution qui nous sont apparues tout au long de nos recherches. Par ailleurs, nous sommes grandement conscients que le rôle du législateur n'est pas de juridiquement prévoir et régler tous les comportements particuliers qui peuvent s'observer dans les relations que les personnes entretiennent entre elles, dès lors que ces comportements peuvent être aussi nombreux que la créativité humaine est grande. Toutefois, parce que les relations sexuelles qui s'inscrivent dans le milieu BDSM portent en principe atteinte à l'intégrité physique des personnes impliquées, et qu'à ce titre celles qui sont à l'origine de cette atteinte peuvent encourir des poursuites pénales, il nous semble qu'un certain aménagement de l'infraction de coups et blessures volontaires doive être pris en compte lorsque la « victime »²⁹⁵ a pleinement consenti à participer à ce genre d'activités. Une intervention législative nous semble d'ailleurs être d'autant plus envisageable

²⁹⁵ Nous plaçons ce terme entre guillemets parce que la personne censée être la victime a ici pleinement voulu les conséquences des actes posés sur elle. En ce sens, il ne s'agit donc pas véritablement d'une victime

qu'une certaine tolérance peut déjà s'observer dans l'application de la loi pénale lorsque ce genre de pratiques est en cause²⁹⁶.

Une solution serait de faire du consentement une cause justificative au regard de l'infraction de coups et blessures volontaires. Donner un tel effet au consentement aurait du sens compte tenu de son importance dans ce genre de pratiques, puisqu'il s'agit de la règle fondamentale que l'on retrouve systématiquement dans toutes les réglementations applicables au sein des communautés BDSM²⁹⁷. Attacher au consentement un effet justificatif lorsque ce dernier est exprimé et invoqué dans le cadre des pratiques sadomasochistes permettrait donc de soustraire ces activités sexuelles particulières de la qualification d'infraction de coups et blessures volontaires, permettant ainsi aux adeptes d'échapper à toute condamnation pénale²⁹⁸. Mais face à une telle autorisation par la loi pénale, une question subsiste : faut-il considérer que toutes les pratiques devront être justifiées par le consentement, ou faut-il incorporer dans la loi qui instituera cette cause de justification un seuil au-delà duquel les actes devront être condamnés indépendamment du consentement ? L'interrogation reste entière dès lors que la mise en place d'une limite qui serait fonction de la gravité des faits semble difficile à objectivement déterminer²⁹⁹. Cependant, un individu peut-il réellement consentir aux plus atroces souffrances et donc franchir la limite de ce que la loi doit tolérer ? L'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* semble apporter une réponse négative puisque la femme du juge a très rapidement opposé son refus et demandé la cessation des pratiques d'une violence inouïe auxquelles elle était soumise³⁰⁰. Mais le risque qu'un dérapage survienne au cours de ces pratiques reste alors entier. Comme l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* en témoigne, il peut être difficile de s'extraire de traitements auxquels on ne consent pas ou plus une fois que l'engrenage est lancé. C'est pourquoi il pourrait être plus prudent de maintenir telle quelle l'infraction de coups et blessures volontaires. Dans cet ordre d'idée, une autre solution permettant tout de même de respecter les préférences sexuelles de certains serait alors

²⁹⁶ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 29 qui nous indique que la Cour de cassation belge a elle-même reconnu que même si les éléments constitutifs des coups et blessures volontaires sont réunis dans le cadre des pratiques sadomasochistes, dès lors que la victime y a consenti et que sa santé n'est pas en danger, de tels actes doivent être excusés au nom du droit au respect de la vie privée des personnes impliquées (Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 210).

²⁹⁷ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 164 ; V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., pp. 38 et 43 ; J. CARUSO, o.c., pp. 142-143.

²⁹⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, o.c., p. 84.

²⁹⁹ G. GENICOT, « Le sadomasochisme face à la liberté et au droit au respect de la vie privée », note sous Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 218.

³⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, o.c., § 15.

d'introduire dans la loi pénale³⁰¹ une cause d'excuse lorsque coups et blessures interviennent dans le cadre d'une relation sexuelle pleinement consentie³⁰². Dans ce cas, l'infraction serait donc maintenue mais aucune peine ne serait prononcée à l'encontre des individus, et l'appréciation de la gravité des faits serait alors confiée au juge qui pourrait éventuellement prendre pour marqueur la question de savoir si la santé de l'individu était ou non en danger³⁰³. Ainsi, les coups et blessures portés volontairement par une personne dans le cadre de pratiques sadomasochistes seraient excusables pour autant qu'il y a eu consentement et que la santé des protagonistes n'ait pas été menacée. Une telle solution ne permettrait donc pas de faire abstraction de la subjectivité dont serait certainement emprunte l'appréciation des juges, mais elle constituerait au moins une petite avancée dans la reconnaissance de ces pratiques au sein de la société. Même si de telles relations sexuelles sont marginales et singulières, leurs adeptes devraient pouvoir vivre leur sexualité sans encourir le risque d'être pénalement punis.

Section 2 : La question du consentement

Si l'exercice du droit de disposer de son corps doit également être reconnu et respecté lorsqu'un individu décide de porter atteinte à son intégrité physique ou à sa vie, et ce avec l'aide d'un tiers, c'est précisément et avant tout parce qu'il a expressément donné son consentement à celui qui lui porte atteinte. Le consentement doit donc nécessairement être placé au cœur de toute réglementation en la matière puisqu'il constitue l'élément fondamental et central permettant de comprendre ces pratiques et de les justifier. L'assortir de conditions d'existence sera par ailleurs inévitable pour s'assurer qu'il correspond bel et bien à ce que l'individu veut vraiment, non seulement au regard de la nature dommageable des actes auxquels celui-ci a consenti, mais aussi parce qu'en cas d'intervention du législateur en faveur de l'euthanasie, de l'aide au suicide et des pratiques sadomasochistes, le consentement devra très certainement être considéré comme permissif au regard du droit pénal qui incrimine ces comportements³⁰⁴.

³⁰¹ Une cause d'excuse doit en principe toujours trouver son fondement dans la loi. Dans le cas qui nous intéresse, un tel fondement juridique peut être trouvé dans l'article 8 de la CEDH, mais il nous apparaît plus prudent de clairement prévoir cette cause dans la loi pénale des États afin d'assurer une certaine sécurité juridique en précisant notamment les conditions dans lesquelles il y aura excusabilité (Voy. au sujet de l'article 8 de la CEDH comme fondement d'une cause d'excuse G. GENICOT, *o.c.*, pp. 218-219).

³⁰² G. GENICOT, *o.c.*, pp. 218-219.

³⁰³ *Ibidem*, p. 222.

³⁰⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénal*, *o.c.*, pp. 65 et s.

À partir du moment où la personne qui décide de s'adonner à des activités physiquement dommageables dispose bien de la capacité de consentir nécessaire pour exprimer valablement sa volonté³⁰⁵, nous pouvons considérer que le consentement doit absolument réunir trois grandes conditions : il doit être libre, éclairé et répété ou constant³⁰⁶.

Le caractère libre du consentement signifie que ce dernier ne doit pas avoir été obtenu sous la contrainte. Aucune pression ne doit donc avoir été exercée sur l'individu pour le convaincre de demander que soit mis fin à ses jours, ou encore de s'essayer à des pratiques sexuelles violentes. Cela signifie également que la personne qui consent doit le faire en étant maître de ses facultés mentales, dans le sens où il ne doit pas être sous l'influence d'une substance quelconque³⁰⁷. Par conséquent, une personne malade ne devrait pas être sous l'effet de médicaments ou d'antidouleurs pouvant altérer son jugement au moment où elle prend sa décision. Au regard des pratiques SM, cela implique par exemple qu'il ne soit pas exprimé alors que la personne concernée est sous influence de l'alcool ou de substances psychotropes. De telles consommations, particulièrement lorsqu'elles sont importantes, peuvent en effet mener les individus à donner leur accord et à faire des choses qu'ils n'auraient jamais considérées autrement. Se placer dans un tel état d'ivresse est d'ailleurs généralement proscrit des règlements internes aux communautés BDSM précisément pour assurer que chacun soit bien conscient de ce à quoi il consent, mais aussi pour qu'aucun débordement ne survienne³⁰⁸.

Le consentement doit également être éclairé. Cela signifie que la décision prise par l'individu doit l'être en connaissance de cause. Il doit avoir été informé des conséquences d'une telle décision mais aussi des autres options qui s'offrent à lui, afin que sa décision soit la plus réfléchie possible³⁰⁹. En ce qui concerne l'euthanasie et l'aide au suicide, cette condition implique que la personne malade soit bien renseignée sur son état de santé et sur les différentes possibilités qui s'offrent à elle, en ce compris l'accès aux soins palliatifs³¹⁰. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises, la décision prise par un individu de mettre un terme à son existence ne doit pas avoir été prise par défaut mais plutôt parce qu'après avoir apprécié les différentes options qu'il avait, il a considéré que mettre un terme à son existence était celle qui correspondait le mieux à ses valeurs et à sa

³⁰⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, o.c., pp. 127-128.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 136.

³⁰⁷ En effet, si l'individu était privé de ses facultés mentales en raison d'une maladie ou d'une autre cause naturelle, il serait alors question de sa capacité juridique à consentir.

³⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, o.c., § 57.

³⁰⁹ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, o.c., p. 138.

³¹⁰ Voy. en ce sens Art. 3, §2, 1°, L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, M.B., 22 juin 2002, p. 28515.

conception de ce que doit être la vie. Quant aux pratiques sadomasochistes, il est également nécessaire que les individus qui s'y adonnent, et plus particulièrement ceux qui seront « soumis » et donc en proie à de dommages corporels, sachent exactement à quel genre d'activités ils vont prendre part. À ce titre, les contrats BDSM peuvent constituer une grande source d'informations pour les (futurs) adeptes. En effet, ces conventions reprennent en principe les différentes pratiques qui peuvent être considérées ainsi que les différents accessoires envisageables et les modalités pouvant être retenues³¹¹. C'est généralement sur base de ce texte que les personnes concernées vont négocier leurs attentes et leurs envies, et éventuellement refuser certaines activités ou l'utilisation de certains objets afin de ne consentir qu'aux seules pratiques auxquelles elles désirent s'adonner.

Le consentement doit enfin être répété afin de s'assurer de la constance de la volonté de celui qui entend laisser autrui lui porter atteinte. Elle doit ainsi être vérifiée non seulement lorsque l'individu prend sa décision, mais également au moment où l'acte dommageable est posé, dès lors que ces deux moments ne coïncident pas nécessairement. Autrement dit, le consentement doit être de tous les instants, avec pour conséquence que l'individu doit toujours être dans la possibilité de le révoquer³¹². Au regard de l'euthanasie et de l'aide au suicide, cela implique que la volonté de la personne concernée doit avoir été exprimé à plus d'une reprise, et idéalement à un intervalle de temps suffisamment significatif pour considérer que son choix a été mûrement réfléchi. Quant aux pratiques BDSM, le consentement à de telles relations sexuelles ne peut évidemment pas être donné une fois pour toute. Il doit nécessairement exister à chaque instant et pour chaque pratique³¹³. Cette condition est d'ailleurs traduite dans le milieu par l'usage qui veut que les partenaires s'entendent sur un mot de passe qui sera utilisée par la personne « dominée » pour signifier qu'elle ne consent plus et désire donc mettre un terme à une action en cours³¹⁴.

Lorsque les conditions que le consentement doit impérativement remplir pour être valablement considéré sont réunies, une dernière question subsiste, et pas des moindres : comment prouver l'existence ou encore l'absence de consentement ? En ce qui concerne l'euthanasie et l'aide au suicide, dès lors que la première se passe nécessairement en milieu

³¹¹ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », o.c., p. 33 ; J. CARUSO, o.c., p. 68 ; Voy. également les sites internet <http://bdsm-attirances.com/contrat-de-soumission.html> et <https://bdsmcontracts.org/> (1^{er} août 2015).

³¹² Voy. en ce sens Art. 3, §4, al. 3, L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515 ; M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 166.

³¹³ D. ROMAN, o.c., p. 1509.

³¹⁴ M. MARZANO, *Je consens, donc je suis...*, o.c., p. 166.

hospitalier et que la seconde devrait à notre sens toujours intervenir sous une supervision médicale, il est tout à fait possible de soumettre la validité du consentement du malade désireux d'y avoir recours à la condition qu'il l'ait exprimé par écrit. C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue par la loi belge relative à l'euthanasie³¹⁵. Le document ainsi rédigé et signé de la main de l'individu concerné constituerait non seulement une preuve de son consentement mais pourrait également être considéré comme une condition d'existence de celui-ci, de sorte que l'impossibilité de procurer cette attestation écrite entraîne la présomption qu'il n'y a pas eu consentement. Une telle solution semble toutefois difficilement envisageable au regard des pratiques sadomasochistes. En effet, même si le consentement de la personne prête à subir certaines atteintes à son intégrité physique était actée par écrit, et quand bien même le document serait particulièrement détaillé et informatif sur ce qu'elle accepte de faire et de ne pas faire, le problème qui constitue à prouver ce qui s'est réellement passé dans l'action reste entier. Comment savoir si un traitement auquel l'individu n'avait pas consenti sur papier lui a été imposé ? D'ailleurs, pour reprendre l'exemple des affaires *K.A. et A.D. c. Belgique* et *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, les faits n'ont été portés à la connaissance du Ministère Public que parce que les requérants s'étaient filmés et que ces vidéos sont tombées un peu par hasard entre les mains des autorités publiques³¹⁶. Il est toutefois évident que la plupart du temps, aucune image ne permet d'attester de ce qui s'est passé. Reste alors à considérer que la preuve est libre, et que sa pertinence sera laissée à l'appréciation du juge.

Ainsi, la mise en place d'un cadre législatif permettant aux individus de vivre leur sexualité comme ils l'entendent, même lorsqu'elle est physiquement dommageable, ou encore d'effectivement pouvoir obtenir l'aide d'un tiers afin de mettre un terme à leur vie, devra nécessairement entourer le consentement de ces personnes de conditions claires et strictes afin de s'assurer que telle est leur volonté. De la sorte, il sera certainement possible de prévenir les abus ou en tout cas de pénalement les condamner tout en respectant les choix de (fin) de vie de ceux dont la décision est le fruit d'une mûre et intelligente réflexion.

³¹⁵ Voy. en ce sens Art. 3, §4, L. du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

³¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, *o.c.*, §§ 10 et 13 ; Cour eur. D.H., arrêt *Laskey et autres c. Royaume-Uni*, *o.c.*, § 8.

Conclusion

Fondé sur le droit au respect de la vie privée et le principe d'autonomie personnelle qui le transcende, le droit de disposer de son corps doit aujourd'hui être considéré comme faisant partie intégrante du système de la Convention européenne des droits de l'homme. De cette consécration découle le droit pour chaque individu de soumettre son corps aux activités de son choix, même si celles-ci sont physiquement dommageables, voire mortelles. Et à partir du moment où telle est sa volonté, l'individu qui y consent pleinement doit également pouvoir le faire avec la coopération d'un tiers. Tel est le constat pouvant être tiré de la position actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Aux dernières lignes de notre exposé, il nous faut cependant conclure que l'exercice effectif de cette nouvelle autonomie corporelle est encore loin d'être favorablement accueilli lorsqu'il implique l'intervention d'autrui, particulièrement lorsqu'il est question de l'euthanasie et de l'aide au suicide, ou encore des pratiques sadomasochistes.

À l'heure actuelle, presque aucun État membre du Conseil de l'Europe ne considère positivement les procédés de fin de vie impliquant un tiers dès lors qu'ils constituent des atteintes ultimes à l'intégrité physique d'un individu. La protection de la vie et de la dignité humaine ainsi que des personnes plus vulnérables constitue pour la majorité d'entre eux une nécessité supérieure devant primer sur le respect de l'autonomie personnelle. C'est pourquoi l'euthanasie et l'aide au suicide sont encore très largement interdits en Europe. Et si cette prohibition constitue assurément une violation du droit au respect de la vie privée, elle est néanmoins justifiée par le droit reconnu aux États d'ingérer dans la vie privée de ses citoyens pour légitimement les protéger.

Quant aux pratiques sadomasochistes, les individus doivent pouvoir s'y adonner à l'abri d'une quelconque ingérence de l'État dès lors que les relations sexuelles consenties font parties de la sphère la plus intime de la vie privée de chacun. La Cour a été très claire à ce sujet. Cette dernière n'ayant toutefois eu à connaître que de deux affaires³¹⁷ portant sur ce genre de relations sexuelles, il est difficile de se prononcer sur la position générale des États face une telle disposition de son corps. Ce qui est certain, c'est que les pratiques sadomasochistes réunissent les éléments matériels de l'infraction de coups et blessures et qu'à

³¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt Laskey et autres c. Royaume-Uni, *o.c.* ; Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique, *o.c.*.

ce titre, ses adeptes prennent aujourd'hui le risque d'être pénalement poursuivis alors même que leur comportement relève de leur vie privée et intime. Ce qui ne fait également aucun doute, c'est qu'ils sont nombreux à s'être indignés de voir la Cour reconnaître aux individus la liberté de s'adonner à des pratiques BDSM, au nom du respect de leur vie privée, lorsque les partenaires en causes sont bien consentants.

Pour notre part, si nous adhérons à la courageuse position de la Cour de Strasbourg, nous trouvons dommage que le droit de disposer de son corps ne puisse pas pleinement s'exercer dans la pratique. Nous considérons que chaque individu doit pouvoir mener sa vie comme il l'entend au nom de son autonomie personnelle, quand bien même cela impliquerait qu'autrui porte atteinte à son intégrité physique, voire à sa vie, lorsque telle est sa volonté. Si nous comprenons les motifs et les craintes exprimés par ceux qui s'y opposent farouchement, nous ne considérons pas que ceux-ci puissent justifier une mise à l'écart pure et simple de ces comportements, particulièrement lorsque le droit pénal s'en mêle. Il est en effet possible, et même nécessaire, d'encadrer les procédés de fin de vie que nous avons abordés et les pratiques sadomasochistes en soumettant leur réalisation à des conditions strictes afin de rendre le risque de dangers et d'abus aussi minime que possible. La protection de la vie et de la sécurité des personnes peut donc être assurée dans le respect de la volonté et de l'autonomie personnelle de chacun. Idéalement, nous souhaiterions donc voire les États parties à la CEDH prendre une voie plus respectueuse des différences et des décisions de chacun, dès lors que celle-ci peut être empruntée tout en continuant de protéger les individus et leur vie chaque fois qu'il le faut. Mais cela ne pourra se faire que lorsque les différentes sociétés européennes seront prêtes à avancer dans ce sens. Nous espérons seulement qu'elles garderont bien à l'esprit que lorsqu'il est question de la vie privée des individus, les arguments doivent être appréciés avec la plus grande prudence parce que les motifs qu'ils dissimulent sont souvent d'ordre moral.

L'avenir de l'autonomie corporelle est d'ailleurs d'autant plus incertain qu'il existe de nombreuses autres hypothèses tout aussi controversées que celles que nous avons étudiées dans lesquelles le droit de disposer de son corps peut être exercé pour porter atteinte à son intégrité physique. Tel est ainsi le cas de la question très discutée de la gestation pour autrui, ou encore du phénomène moins visible et au combien plus dérangeant que constitue le

cannibalisme consenti et qui se rencontre lorsqu'une personne répond positivement à une annonce et consent à se faire manger par une autre³¹⁸.

Si le droit de disposer de son corps est donc aujourd'hui bel et bien reconnu et consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, son exercice effectif, sa portée et ses éventuelles limites n'ont pas fini de susciter de nombreuses questions.

³¹⁸ Il suffit d'effectuer une simple recherche sur internet pour tomber sur des affaires tout aussi choquantes les unes que les autres. À cet égard, la célèbre affaire du « Cannibale de Rotenburg » n'est qu'un exemple parmi d'autres (L. MILLOT, « Le cannibale de Rotenburg révulse l'Allemagne », *Libération Monde*, 14 décembre 2002, <http://www.liberation.fr> (1^{er} août 2015)).

Bibliographie

Législation

Européenne

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950.
- Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997.

Rapport

- Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la « Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants » du 21 mai 1999, <http://coe.int> (29 juillet 2015).

Canadienne

- Charte canadienne des droits et libertés, signée à Ottawa le 17 avril 1982.

Belge

- Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002, p. 28515.

Suisse

- Code pénal suisse du 21 décembre 1937, disponible sur le site du Conseil fédéral <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> (9 juillet 2015).

Jurisprudence

Cour européenne des droits de l'homme

- Comm. eur. D.H., arrêt X. c. Islande du 18 mai 1976, <http://www.echr.coe.int> (7 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Young, James et Webster c. Royaume-Uni du 13 août 1981, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, <http://www.echr.coe.int> (12 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt X. et Y. c. Pays-Bas du 26 mars 1985, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Sibson c. Royaume-Uni du 20 avril 1993, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande du 30 juin 1993, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt C.R. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt S.W. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Stubbings et autres c. Royaume-Uni du 22 octobre 1996, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Laskey et autres c. Royaume-Uni du 19 février 1997, <http://www.echr.coe.int> (7 mai 2014).
- Cour eur. D.H., arrêt Buscarini et autres c. Saint-Marin du 18 février 1999, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Chassagnou et autres c. France du 29 avril 1999, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Keenan c. Royaume-Uni du 3 avril 2001, <http://echr.coe.int> (1^{er} août 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, <http://www.echr.coe.int> (7 mai 2014).
- Cour eur. D.H., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015).

- Cour eur. D.H., arrêt I. c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, <http://www.echr.coe.int> (11 février 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique du 17 février 2005, <http://www.echr.coe.int> (7 mai 2014).
- Cour eur. D.H., arrêt Renolde c. France du 16 octobre 2008, <http://www.echr.coe.int> (3 juillet 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, <http://www.echr.coe.int> (7 mai 2014).
- Cour eur. D.H., arrêt Koch c. Allemagne du 19 juillet 2012, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015).
- Cour eur. D.H., arrêt Lambert et autres c. France du 5 juin 2015, <http://www.echr.coe.int> (30 juin 2015).

Rapports

- Comm. eur. D.H., rapport du 13 octobre 1992 concernant l'affaire K. c. Autriche, § 45, <http://www.echr.coe.int> (2 juillet 2015).
- Comm. eur. D.H., rapport du 12 juillet 1977 concernant l'affaire Brüggemann et Scheuten c. RFA, <http://www.echr.coe.int> (7 juillet 2015).

Cour Suprême du Canada

- *R. c. Morgentaler*, (1988) 1 R.C.S. 30.
- *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, (1993) 3 R.C.S. 519.
- *Godbout c. Longueuil*, (1997) 3 R.C.S. 844.

Cour de Cassation belge

- Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 203.

Doctrine

- AUMONIER N., BEIGNIER B. et LETELLIER P., *L'euthanasie*, 6^e éd., coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2012.
- BERSAY C., « Euthanasie », *Études sur la mort*, n° 120, 2001, pp. 69-75.
- CARUSO J., *La communauté BDSM de Montréal : enquête sur la culture BDSM et les codes et scénarios sexuels qui la constituent* (multig.), Mémoire de la maîtrise en sexologie, Université du Québec à Montréal, 2012.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2009.
- DE SCHUTTER O. « La vie privée entre droits de la personnalité et liberté », *Rev. trim. D.H.*, n°40, 1999, pp. 827-863.
- DE SCHUTTER O., « Waiver of rights and State paternalism under the European Convention on Human Rights », *Notern Ireland Legal Quaterly*, vol. 51, n° 3, 2000, pp. 481-508.
- DE SCHUTTER O., « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, n°52, 2003, pp. 71-112.
- DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441-482.
- DE SCHUTTER O., *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, Cambridge Univ. Press., 2010.
- DELFOSSE M.-L., « Euthanasie et intégrité : enjeux de la loi belge et relation médecin-patient : une réflexion éthique », *Frontières*, vol. 24, 2011-2012, pp. 105-112.
- DWORKIN R., NAGEL T., NOZICK R., RAWLS J., SCANLON T. M. et THOMSON J. J., « Suicide assisté : le mémoire des philosophes », *Raisons politiques*, n° 11, 2003, pp. 29-57.
- EDELMAN B., « Naissance de l'homme sadien », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes moeurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, pp. 107-133.
- FABRE-MAGNAN M., « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, n°43, 2005, pp. 2973-2981.
- FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, 2007, pp. 1-30.

- FABRE-MAGNAN M., LEVINET M., MARGUENAUD J.-P. et TULKENS F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 1, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques n°48, Paris, P.U.F., 2009, pp. 3-57.
- FELDMAN J.-P., « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 1, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°48, Paris, P.U.F., 2009, pp. 87-105.
- FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés. La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- GENICOT G., « Le sadomasochisme face à la liberté et au droit au respect de la vie privée », note sous Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 218.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Le principe de dignité en droit américain », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (sous la dir. de GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S.), coll. Droit et Justice, Paris, P.U.F., 2005, pp. 145-157.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (sous la dir. de GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S.), coll. Droit et Justice, Paris, P.U.F., 2005, pp. 88-103.
- JOLY C., « Repères pour une éthique en fin de vie », *La revue de médecine interne*, vol. 36, 2015, pp. 369-371.
- KILKELLY U., *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, série des Précis des droits de l'homme, Strasbourg, n°1, Conseil de l'Europe, 2003.
- LAGARDE E., *Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition corporelle en droit européen* (multig.), Thèse, Pau, 2012.
- LAVAUD-LEGENDRE B., *Où sont passé les bonnes mœurs*, coll. Partage du savoir, Paris, P.U.F., 2005.
- LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, pp. 3-18.

- MARGUÉNAUD J.-P., « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes moeurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, pp. 19-27.
- MARSHALL J., *Personal Freedom through Human Rights Law ? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- MARZANO M., *Je consens, donc je suis...*, Paris, PUF, 2006.
- MARZANO M., « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes moeurs"*, vol. 1, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°48, Paris, P.U.F., 2009, pp. 109-130.
- MARZANO M., *La philosophie du corps*, 2^e éd., coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2010.
- MEMMI D., « La dignité : une protestation « somatisée » contre le libéralisme ? », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (sous la dir. de Girard C. et Hennette-Vauchez S.), coll. Droit et Justice, Paris, P.U.F., 2005, pp. 292-301.
- MILL J. S., *De la liberté*, 1859, disponible en version électronique à l'adresse <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.mij.del2> (7 juillet 2015).
- MILLOT L., « Le cannibale de Rotenburg révolte l'Allemagne », *Libération Monde*, 14 décembre 2002, <http://www.liberation.fr> (1^{er} août 2015).
- MONTARIOL D., « L'assistance au suicide en Suisse. Un droit controversé », *Médecine & Droit*, 2008, pp. 106-112.
- MOURGEON J., *Les droits de l'homme*, 8^e éd., coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 2003.
- PIN X., *Le consentement en matière pénale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.
- PIN X., « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal. (Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ?) », in *La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes moeurs"*, vol. 2, coll. Droits, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, n°49, Paris, P.U.F., 2009, pp. 83-105.
- POUTRAIN V., « Modifications corporelles et sadomasochisme », *Quasimodo*, 2003, pp. 347-359.
- POUTRAIN V., « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », *Cités*, n° 21, 2005, pp. 31-45.

- PRADEL J., *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- REIDY A., *L'interdiction de la torture. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, série des précis droits de l'homme du Conseil de l'Europe, n°6, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003.
- ROAGNA I. *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, série des Précis des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012.
- ROMAN D., « A corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, pp. 1285, pp. 1284-1293.
- TISSIER D., *La protection du corps humain*, Paris, L'Harmattan, 2013.
- ZULIAN G. B., « Assistance au suicide en Suisse. La loi et la pratique face à l'éthique », *Revue internationale de soins palliatifs*, vol. 23, 2008, pp. 27-28.

Sites internet consultés

- <http://www.touteurope.eu/actualite/l-euthanasie-dans-les-Etats-membres.html> (8 juillet 2015).
- <http://bdsm-attirances.com/contrat-de-soumission.html> (1^{er} août 2015).
- <https://bdsmcontracts.org/> (1^{er} août 2015).

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

