

La liberté sexuelle

Trois regards philosophiques pour une analyse critique de la
jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Mémoire réalisé par
Pauline Tapiero

Promoteur
Geoffrey Willems

Année académique 2016-2017
Master en droit

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.

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

REMERCIEMENTS

Avant de commencer, je souhaite profiter de ces quelques lignes pour adresser mes remerciements à tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de ce mémoire.

Je tiens, tout d’abord, à témoigner ma reconnaissance à mon promoteur, le Professeur Geoffrey WILLEMS, pour sa disponibilité, son soutien, ses conseils avisés et la confiance qu’il a placée en moi durant ces nombreux mois. Ses enseignements ont contribué de manière décisive au choix du thème de la présente étude et à mon affection générale pour les droits de la personne.

Plus largement, je tiens à remercier tous les Professeurs – d’ici ou d’ailleurs – qui, par leurs paroles, leurs écrits et leurs critiques, ont pu nourrir mes réflexions et éclaircir mes doutes.

Je remercie tout particulièrement mes plus chères amies, Léna et Anne-Sophie, qui ont été non seulement de fidèles camarades d’écriture durant ces quelques mois, mais aussi d’étude et de vie durant ces cinq dernières années. Leur présence et leur soutien sans faille ont grandement contribué à la réussite de mes études et les ont aussi rendues plus gaies.

Je remercie également tous mes amis et amies, et particulièrement, Sarah, Lucia et Violaine, pour leurs encouragements répétés et très appréciés.

Il va sans dire que mes remerciements vont également à tous les membres de ma famille pour leur affection, leur écoute, leur soutien inconditionnel et leur éternelle confiance. Je remercie vivement ma maman, ma grand-mère et mon oncle pour avoir donné de leur temps et de leur énergie dans la relecture du présent mémoire.

Enfin, je tiens, tout particulièrement, à remercier Pierre-Yves pour son soutien indéfectible et son oreille toujours attentive. Sa présence, son affection et ses conseils m’ont été d’une grande aide durant la rédaction de ce mémoire et, plus largement, durant ces trois dernières années.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	1
TABLE DES MATIÈRES	3
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I ^{ER} : LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES DE LA LIBERTÉ SEXUELLE	10
Section 1 ^{ère} . L'exposé de théories philosophiques clés en matière de sexualité.....	10
§ 1 ^{er} . Le rationalisme d'Emmanuel KANT (1724-1804).....	12
§ 2. L'empirisme de David HUME (1711-1776).....	14
§ 3. Le nihilisme de Donatien Alphonse François DE SADE (1740-1814)	16
§ 4. Le libéralisme de John Stuart MILL (1806-1873)	20
Section 2. Les conclusions.....	22
CHAPITRE II : LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA LIBERTÉ SEXUELLE	24
Section 1 ^{ère} . Le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la CEDH).....	24
§ 1 ^{er} . Le principe : le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8, § 1 ^{er})	25
A. Un champ d'application en constante extension : de la protection de la sphère « privée » au droit à l'épanouissement personnel	25
1. La « vie privée-intimité »	26
2. La « vie privée-sociale »	26
3. La « vie privée-autonomie ».....	26
B. Un contenu en constante extension : des obligations positives à l'« effet horizontal ».....	27
1. Le recours aux obligations positives à charge des États.....	28
2. L'effet horizontal du droit au respect de la vie privée.....	28
§ 2. Les intérêts susceptibles de justifier des restrictions au droit à la vie privée et familiale (art. 8, § 2).....	28
A. Les justifications objectives : la protection de l'intérêt général.....	29
B. Les justifications subjectives : la protection des valeurs traditionnelles et morales	29
C. Les conflits de droits fondamentaux : La protection des droits et libertés d'autrui	30
1. La protection du système des droits et libertés : l'article 17 de la CEDH.....	30

2. La protection des droits d'autrui : les conflits interpersonnels.....	31
3. La protection de ses propres droits : les conflits intrapersonnels ou la renonciation aux droits fondamentaux.....	32
Section 2. Le droit au respect de la vie privée sexuelle	34
§ 1 ^{er} . L'arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni	35
§ 2. L'arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni	37
§ 3. L'arrêt K.A. et A.D. c. Belgique	41
§ 4. L'arrêt Stübing c. Allemagne.....	48
Section 3. Les conclusions.....	50
§ 1 ^{er} . La reconnaissance de la liberté sexuelle	50
§ 2. L'incertitude quant aux limites	52
A. L'ambiguïté de la référence morale	52
B. L'importance du consentement.....	54
CHAPITRE III : L'INFLUENCE DE LA PHILOSOPHIE SUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	57
Section 1 ^{ère} . La philosophie comme outil de justification.....	57
§ 1 ^{er} . La notion de morale	58
§ 2. La notion d'autonomie personnelle.....	61
§ 3. La notion de dignité humaine.....	65
Section 2. La philosophie comme outil d'évolution	69
§ 1 ^{er} . Le principe de « non-nuisance » (« harm principle ») de John Stuart MILL	69
A. L'exposé du principe.....	69
B. Les implications du principe en matière de sexualité	73
§ 2. Une nouvelle méthodologie	74
CONCLUSION	80
BIBLIOGRAPHIE	83

« Si le sexe est réprimé, c'est-à-dire voué à la prohibition, à l'inexistence et au mutisme, le seul fait d'en parler, et de parler de sa répression, a comme une allure de transgression délibérée. Qui tient ce langage se met jusqu'à un certain point hors pouvoir ; il bouscule la loi, il anticipe, tant soit peu, la liberté future »¹.

¹ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. I, Paris, Gallimard, 1980, p. 13.

INTRODUCTION

La liberté sexuelle, définie comme « la faculté, garantie par l'ordre juridique, d'entretenir des relations intimes consenties »², s'est récemment affirmée, au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme une dimension fondamentale de l'épanouissement personnel et du bonheur individuel³. N'étant pas expressément consacrée par le texte européen, elle a progressivement été déduite d'autres principes cardinaux, comme la liberté individuelle ou la protection de la vie privée⁴. Aussi nous est-il permis d'affirmer que c'est, désormais, une liberté de principe qui préside « au vécu de la sexualité dans le droit positif de nos sociétés libérales »⁵.

Mais, si Benjamin CONSTANT voyait dans la liberté des Modernes, la « jouissance paisible de l'indépendance privée »⁶, force est de constater que la liberté sexuelle s'émancipe difficilement des contraintes juridiques et autres interventions étatiques⁷. Le consensus universel de l'importance symbolique des droits de l'homme tend, en effet, à disparaître dès lors que sont invoqués des « droits sexuels ». Le principe généralement admis, selon lequel les valeurs nationales, morales ou religieuses ne peuvent l'emporter sur les droits fondamentaux, se voit fréquemment opposer des arguments de nature relativiste, qui s'appuient sur l'intégrité culturelle pour justifier la soumission de la question sexuelle à la discrétion nationale⁸. L'État a, en effet, de tout temps, formulé en la matière nombreux interdits et préférences, définissant les contours d'un certain « ordre sexuel ». Les dimensions existentielles de la vie personnelle, affective et sexuelle d'un individu sont généralement régies par des normes communes, empreintes de considérations et d'interdits moraux ou religieux, et fixant « les statuts, les appartenances, les places et les rôles de chacun [...] au sein de la communauté »⁹.

Cette confrontation de l'intime et du politique soulève inéluctablement « la question de la légitimité respective des désirs individuels et des contraintes collectives dans nos sociétés « postmodernes » »¹⁰. Dans un contexte où l'individu réclame sans cesse la possibilité d'être maître de son propre corps, de choisir lui-même ses pratiques et orientations sexuelles et même de consentir

² D. ROMAN, « « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? » La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, n° 23, p. 1509.

³ D. BORRILLO et D. LOCHAK, « Introduction », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, p. 1.

⁴ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n° 65, p. 37.

⁵ E. LANGENAKEN, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén. crim.*, 2003/4, n° 83, p. 490.

⁶ B. CONSTANT, « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », in *Œuvres politiques de Benjamin Constant* (sous la dir. de C. LOUANDRE), Paris, Charpentier, 1874, p. 268.

⁷ J.-M. LARRALDE, « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », in *La libre disposition de son corps* (sous la dir. de J.-M. LARRALDE), Actes du colloque organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D.), tenu à Caen les 16 et 17 octobre 2008, coll. Droit et justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 266.

⁸ O. PHILLIPS, « A Brief Introduction to the Relationship between Sexuality and Rights », *Ga. J. Int'L & Comp. L.*, 2005, p. 451.

⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la « vie privée » au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 327 ; J.-M. LARRALDE, « L'article 8 ... », *op. cit.*, p. 35.

¹⁰ G. WILLEMS, « Droit, sexe et sexualité », in *Individu, famille, État (LDROP2072)*, cours dispensé en 2015-2016.

à tout acte qui est susceptible de porter atteinte à son intégrité physique¹¹, se pose, en effet, la question de la « légitimité d'un certain « paternalisme » de l'État et des raisons et des modalités d'un tel paternalisme »¹². Le rôle de l'État est désormais celui de la difficile conciliation entre le respect de l'autonomie personnelle de l'individu, les obligations de protection qui lui incombent et les valeurs collectives qu'il entend défendre en matière de corporalité. L'ordre sexuel institué, constamment tiraillé et mis à l'épreuve, est en équilibre instable et l'importante dialectique entre vulnérabilité et autonomie rend l'œuvre législative éminemment complexe¹³.

Revient-il à l'État d'interdire certaines pratiques sexuelles considérées par une majorité comme « immorales » ou « mauvaises » ? Ou se doit-il de maintenir une neutralité totale à l'égard des choix sexuels de chacun ? *In fine*, comme le souligne le Professeur Geoffrey WILLEMS, « il s'agit de décider si certaines pratiques peuvent être objectivement identifiées comme constituant intrinsèquement un « mal » ou bien si, au contraire, un comportement sexuel ne peut être réprimé que s'il est vécu subjectivement par un des partenaires comme une atteinte à son intégrité sexuelle »¹⁴. Plus concrètement, la question est celle de savoir si l'État peut légitimement intervenir dans le cadre des pratiques sexuelles, par-delà le consentement des partenaires. C'est à cette question fondamentale des limites de la liberté sexuelle que s'intéresse la présente étude.

Dans le cadre de ce mémoire, nous nous attacherons à démontrer en quoi la philosophie peut suppléer le droit dans la délimitation des contours de cette liberté nouvelle. Si la définition des limites d'une liberté dans un ordre juridique donné s'intéresse indéniablement au droit « tel qu'il est »¹⁵, le présent mémoire a aussi pour ambition d'aborder la question plus philosophique du droit « tel qu'il devrait être »¹⁶. Aussi, au-delà du « simple » état des lieux de philosophies et jurisprudences éparses et complexes, nous essayerons-nous à montrer comment la philosophie peut fournir un cadre à la détermination des limites de la liberté sexuelle dans une société démocratique. Face à une question aussi épineuse, peut-être pouvons-nous commencer par rappeler que le propre d'une telle société est que le droit se limite à régler les relations entre les individus, sans se prononcer positivement sur le contenu des libertés qu'il garantit, c'est-à-dire sur les conditions de la « vie bonne »¹⁷.

¹¹ J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen* (sous la dir. de A. WUJELS), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 297-301.

¹² G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2014, p. 311, disponible à l'adresse : <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:154842> (16 juillet 2017).

¹³ G. WILLEMS, « Droit, sexe et sexualité », in *Individu, famille, État (LDROP2072)*, cours dispensé en 2015-2016.

¹⁴ G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 312 ; J.-M. LARRALDE, « Libre disposition ... », op. cit., p. 285.

¹⁵ J. JIMÉNEZ-SALCEDO et T. HOCHMANN, « La loi du désir ? Interférences, fusions et confusions entre droit et sexualité », *Ambigua, Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*, 2014, n° 1, p. 6.

¹⁶ B. PELLEGRINI, « Grandeurs et apories de la notion de « dignité de la personne humaine » comme catégorie juridique », *La revue lacanienne*, 2008/1, n° 1, p. 127 : « Le droit peut-il constituer une des voies de l'inscription dans le social de la question de la limite et jusqu'où doit-il s'aventurer au risque d'une certaine dérive liberticide potentiellement totalitaire ? ».

¹⁷ T. PECH, « La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation », *Éthique publique*, 2001/2, n° 3, p. 1.

Le premier chapitre de ce mémoire aura trait aux fondements philosophiques de la liberté sexuelle. Au travers de l'étude des différentes théories défendues par plusieurs grands philosophes du droit, nous tenterons d'exposer leur conception de la sexualité et de mettre en évidence les grands concepts philosophiques qui y sont relatifs. Pareille analyse – qui s'attache à la quête d'un critère philosophique permettant de définir les bornes de la liberté sexuelle – constitue, selon nous, un préalable nécessaire à l'étude de l'influence de la philosophie sur le contentieux strasbourgeois, qui constituera le cœur du présent mémoire.

Le deuxième chapitre portera sur l'ordre juridique institué par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre de celui-ci, nous étudierons, de manière approfondie, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la sexualité. Ainsi, nous rendrons compte de l'évolution de la conception strasbourgeoise de la liberté sexuelle au travers de l'analyse des grands arrêts qui en ont défini les fondements.

Le troisième et dernier chapitre sera destiné à opérer une synthèse des approches philosophique et jurisprudentielle de la liberté sexuelle. Dans un premier temps, nous mettrons en évidence les différents concepts et théories philosophiques auxquels la Cour tend – parfois inconsciemment – à se rattacher afin de justifier le dispositif de son contentieux sexuel. Enfin, dans un deuxième temps, nous nous attacherons à proposer une piste de réflexion pour l'élaboration, sur base d'un fondement philosophique déterminé, d'une méthodologie juridique claire et adaptée au contentieux de la liberté sexuelle. Si nous ne prétendons pas développer ici une « thèse résolument originale offrant une réponse exhaustive et définitive à chacune des questions soulevées par la problématique sous examen »¹⁸, nous espérons qu'elle aura au moins le mérite de démontrer que la philosophie peut constituer, outre un outil de justification, un moteur d'évolution de la jurisprudence¹⁹.

Une dernière précision concerne la délimitation du cadre dans lequel s'insère la présente étude. La perspective qui est la nôtre est essentiellement juridique et emportera inévitablement, dans l'étude des théories philosophiques, certains raccourcis et approximations. Par ailleurs, il est important de relever que la liberté sexuelle est, avant tout, un produit des sociétés démocratiques, qui s'exporte difficilement au-delà des frontières du Conseil de l'Europe²⁰. Notre perspective est donc également essentiellement occidentale et difficilement universalisable. Elle prendra pour unique matériel de référence la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit tenu à Louvain-La-Neuve le 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 300.

¹⁹ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 6.

²⁰ G. GONZALES, « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (sous la dir. de S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 104 ; D. ROMAN, « Le corps ... », *op. cit.*, p. 1508.

CHAPITRE I^{ER} : LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES DE LA LIBERTÉ SEXUELLE

S'interroger sur les droits et libertés fondamentaux implique d'en étudier la source et les fondements. Dans le cadre de notre mémoire, il nous apparaît essentiel d'aborder les fondations philosophiques de ce droit fondamental qu'est la liberté sexuelle. Cet exercice constitue un préalable nécessaire à la pleine compréhension des jurisprudences strasbourgeoises que nous étudierons²¹ (voy. *infra* Chapitre II et III). À la suite d'un bref exposé de théories philosophiques clés en matière de sexualité (**Section 1**), nous procéderons à quelques conclusions, afin de replacer nos développements dans la perspective juridique qui est la nôtre (**Section 2**).

SECTION 1^{ÈRE}. L'EXPOSÉ DE THÉORIES PHILOSOPHIQUES CLÉS EN MATIÈRE DE SEXUALITÉ

Avant d'entamer l'étude de ces différentes théories philosophiques, la rigueur juridique nous enjoint de replacer leurs auteurs dans une certaine systématique, ainsi que dans une perspective socio-historique. À cet égard, il y a lieu de noter que la théologie est la première doctrine à offrir les bases d'une théorie des droits de l'homme découlant d'un droit supérieur à celui de l'État. Dans un contexte religieux, tout être humain est considéré comme un être sacré, en ce qu'il descend de l'Être Suprême²². Les droits de l'homme sont des droits universels et, puisqu'ils découlent d'une source divine, sont inaliénables. Si cette humanité partagée par tous les êtres humains tend à assurer une égalité de principe entre chacun d'eux, il reste que tous ne sont pas libres de vivre selon leurs désirs. Pour la plupart des religions, l'emphase est davantage placée sur les obligations que sur les droits et les limites imposées à la liberté individuelle sont nombreuses²³. S'inspirant de cette doctrine religieuse²⁴, les philosophes développent la théorie du droit naturel (*jusnaturalisme*), qui repose sur l'idée que tout individu dispose d'un ensemble de droits par le seul fait d'être humain. Le droit naturel incarnerait le principe élémentaire de la justice qu'est la « droite raison », c'est-à-dire une raison conforme à la nature, inaltérable et éternelle²⁵.

Le déclin du féodalisme conduit à l'avènement des théories modernes du droit naturel. En le détachant de ses fondements religieux, les philosophes posent les bases d'une version séculière et rationaliste du *jusnaturalisme*. La théorie du droit naturel donne naissance aux droits naturels, dont

²¹ J. J. SHESTACK, « The Philosophic Foundations of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 1998/2, n° 20, p. 201 ; Comme le souligne François RIGAUX, « attentifs à la cristallisation de ces droits dans des proclamations nationales ou dans des instruments émanant d'un législateur, les juristes ont tendance à négliger le travail philosophique ayant préparé pareille éclosion » (F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 307).

²² J. J. SHESTACK, *op. cit.*, p. 205.

²³ *Ibidem*, p. 205.

²⁴ B. KRIEGL, *Cours de philosophie politique*, Paris, Livre de Poche, 1996, p. 30, cité par M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 4^e éd., Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 302 : « La philosophie des droits de l'homme a une origine biblique – chrétienne. Elle procède de la conviction – inconnue ou controuvée dans le paganisme – de l'égalité des hommes créés à l'image de Dieu et de l'unité de l'humanité ». « Les droits de l'homme sont [...] une juridification du Décalogue ».

²⁵ J. J. SHESTACK, *op. cit.*, p. 205 ; H. ROLLAND, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Litec, 1992, p. 32 : Le droit naturel est le « droit d'essence supérieure ayant sa source dans la nature même de l'homme, guidé par un idéal de justice et de raison, consistant dans un certain nombre de principes immuables ayant une valeur universelle, dont s'inspire parfois le droit positif ».

découlent les droits fondamentaux que nous connaissons à l'heure actuelle²⁶. La plupart des philosophes reconnaissent la nécessité, pour tout système de droit qui se veut juste et universel, d'inclure une certaine reconnaissance des valeurs de liberté individuelle et d'autonomie²⁷. La philosophie d'Emmanuel KANT se veut garante de cette théorie fondamentale des droits (§ 1^{er}).

La critique pouvant être opposée à cette théorie *jusnaturaliste* est celle de savoir comment déterminer les normes considérées comme faisant partie du droit naturel²⁸. La variabilité des conceptions de la « nature » entraîne une certaine relativisation des droits considérés comme « naturels ». Le renvoi à la nature tend donc à s'effacer au profit de nouveaux fondements de ces droits²⁹. En opposition à ce courant de pensée *jusnaturaliste*, certains, comme David HUME, ont revendiqué que les droits dépendent non pas d'une « nature humaine », mais de variables culturelles³⁰, et ont ainsi ouvert la voie à la doctrine du *relativisme* (§ 2).

Donatien A. F. DE SADE, à l'inverse de ses contemporains, propose une théorie *jusnaturaliste* « dénaturée », qui s'analyse davantage comme une critique de l'oppression dogmatique en place, que comme une véritable idéologie philosophique (§ 3). Si le fondement de sa théorie repose sur l'existence de droits naturels, ces derniers sont entièrement orientés vers la satisfaction de pulsions sexuelles³¹. L'autonomie et la liberté individuelle y sont poussées à leur paroxysme.

Toujours en s'opposant au *jusnaturalisme*, d'autres ont soutenu que le fondement des droits était à chercher, non pas dans la nature, mais dans la valeur d'utilité. Cette nouvelle doctrine de l'*utilitarisme* fut très influente durant la première partie du XIX^{ème} siècle. La principale critique opposée à ce courant de pensée est son absence de reconnaissance de l'autonomie individuelle. L'égalité des êtres humains entre eux n'est prise en considération que dans la mesure où ceux-ci font tous partie de l'équation mathématique qui permet de calculer la maximisation du bonheur. Les désirs ou le bien-être d'un individu sont toujours susceptibles d'être sacrifiés au profit de l'accroissement du bien-être total. L'utilitarisme place la liberté et les droits à la merci des contingences³². Héritier de la théorie utilitariste et défenseur de la liberté individuelle, John Stuart MILL propose une tentative de conciliation (§ 4).

²⁶ J. J. SHESTACK, *op. cit.*, p. 205 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 17, cité par M. LEVINET, *Théorie générale ...*, *op. cit.*, p. 303.

²⁷ T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in *La libre disposition de son corps* (sous la dir. de J.-M. LARRALDE), coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 24 : Ainsi s'opère « le passage d'une métaphysique fondée sur la nature ou sur le divin, à une métaphysique de la subjectivité où toute représentation du monde se constituera désormais à partir du sujet pensant ».

²⁸ J. J. SHESTACK, *op. cit.*, p. 207.

²⁹ *Ibidem*, p. 207.

³⁰ *Ibidem*, p. 207.

³¹ J. FIESER, *Applied Ethics : A Sourcebook*, University of Tennessee at Martin, 2010, p. 2, disponible à l'adresse : <https://www.utm.edu/staff/jfieser/class/300/2-sex.htm> (17 mars 2017).

³² J. J. SHESTACK, *op. cit.*, p. 214.

§ 1^{er}. Le rationalisme d'Emmanuel KANT (1724-1804)

Philosophe allemand du XVIII^{ème} siècle, Emmanuel KANT est « l'auteur d'une philosophie rationaliste et intransigeante »³³. S'inscrivant dans le sillage de la tradition des Lumières, la philosophie kantienne place la raison au centre de son argumentation³⁴. Selon KANT, la raison nous impose un commandement moral inconditionnel et nécessaire³⁵ : « Agis toujours de telle façon que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen »³⁶.

Or, l'acte sexuel constituerait justement un acte par lequel une personne utilise une autre personne (ou elle-même, le cas échéant) pour se procurer du plaisir sexuel³⁷. La conception kantienne du rapport sexuel est relativement simpliste : la femme s'offre volontairement et naturellement à l'homme pour qu'il jouisse d'elle³⁸. Par l'acceptation d'une relation sexuelle avec une autre personne, l'on se réduit soi-même au statut de simple moyen, devenant ce par quoi l'autre accède à la jouissance, sans que cet autre ait une quelconque obligation à notre égard. Ce faisant, l'individu blesse intrinsèquement la dignité humaine³⁹. Cette situation ne saurait être transcendée que « dans la mesure où la personne ainsi réduite se réaffirme comme personne »⁴⁰. Or, cette réaffirmation ne peut s'opérer que par le droit, plus précisément, au travers du contrat de mariage, qui permet à une personne de s'approprier l'autre comme une chose, tout en l'utilisant comme une personne⁴¹. La

³³ A. MAKOWIAK, « La vie sexuelle d'Emmanuel K. », *Les Temps Modernes*, 2004/1, n° 626, p. 52.

³⁴ C. INVERNIZZI ACCETTI, « Kant et Sade : Les Lumières sont-elles totalitaires ? », *Raisons politiques*, 2009/1, n° 33, p. 151 ; B. KRIEGLER, *op. cit.*, p. 42, cité par M. LEVINET, *Théorie générale ...*, *op. cit.*, p. 299 : Les philosophes des XVII^e et XVIII^e, tels que KANT, « logent tout le droit dans la raison humaine, situent tout le principe de la société dans un acte de calcul et de volonté ».

³⁵ Il s'agit d'un *impératif catégorique* (dans le vocabulaire kantien), qui exprime l'idée selon laquelle nous devons rationnellement faire ce qui est prescrit, que cela contribue ou non à notre bonheur ou serve une fin particulière que nous pourrions poursuivre (T. E. HILL, « Kant's Ethical Theory : An Overview », in *Virtue, Rules and Justice : Kantian Aspirations*, Oxford Scholarship Online, University Press Scholarship Online, 2012, p. 4, disponible à l'adresse : <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199692002.001.0001/acprof-9780199692002-chapter-2> (10 mars 2017).

³⁶ E. KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, (trad. V. DELBOS), Paris, Livre de Poche, 1993, p. 40.

³⁷ KANT exprime cette idée sans équivoque : « L'inclinaison qu'a un homme pour une femme n'est pas dirigée vers elle parce qu'elle est un être humain, mais parce qu'elle est une femme ; le fait qu'elle soit aussi un être humain le laisse indifférent ; seul son sexe est l'objet de son désir » (E. KANT, *Leçons d'éthique*, (trad. L. LANGLOIS), Paris, Livre de Poche, 1997, p. 291).

³⁸ N. CAMPAGNA, « Nature ou dignité : quel critère pour l'éthique sexuelle ? », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/HS, n° 261, p. 178 ; E. KANT, *The Philosophy of Law*, (trad. W. HASTIE), 3^e éd., Englewood Cliffs, New Jersey, 1993, p. 254, cité dans T. J. MADIGAN, « The discarded lemon: Kant, prostitution and respect for persons », *Philosophy Now*, 1998, n° 21, disponible à l'adresse <https://philosophynow.org/issues/21> (10 mars 2017) : « Sexual love makes of the loved person an Object of appetite: as soon as that appetite has been stilled, the person is cast aside as one casts aside a lemon which has been sucked dry ».

³⁹ N. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 180 : C'est dans le respect de la dignité de la personne, que se trouve le critère ultime de la morale. Il s'ensuit qu'un acte ne sera moralement acceptable que dans la mesure où il ne porte pas atteinte à la dignité humaine, qu'il s'agisse de celle d'autrui ou de la nôtre ; E. KANT, *The Philosophy of Law*, *op. cit.*, p. 254 : « Those who engage in sexual acts for the sake of pleasure make of humanity an instrument for the satisfaction of their lusts and inclinations, and dishonour it by placing it on a level with animal nature. Sexuality, therefore, exposes mankind to the danger of equality with beasts ».

⁴⁰ N. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 177.

⁴¹ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, (trad. A. PHILONENKO), Paris, Vrin, 1971, pp. 156 et s. : « L'usage naturel qu'un sexe fait des organes sexuels de l'autre est une *jouissance* [...] [qui] n'est possible qu'à une condition : à savoir que tandis qu'une personne est acquise par l'autre *comme une chose*, la première acquière aussi l'autre à son tour réciproquement ; en effet, elle se reconquiert ainsi elle-même et rétablit sa personnalité. Mais l'acquisition d'un membre en l'homme est en même temps acquisition de la personne toute entière, car celle-ci est une unité absolue ; il s'ensuit que l'offre et l'acceptation d'un sexe pour la jouissance d'un autre ne sont pas seulement admissibles sous la condition du mariage, mais qu'elles ne sont possibles que sous cette *unique* condition » ; Il y a lieu de noter que, selon KANT, l'union des époux n'est pas moins légitime si elle ne poursuit pas la fin naturelle de la procréation et de l'éducation des enfants. Ainsi, si l'unique fin poursuivie est le plaisir sexuel, le contrat de mariage n'est pas déraisonnable mais, tout au contraire, « un contrat nécessaire selon

position de KANT face à la sexualité est donc relativement hostile. La relation sexuelle – eu égard à ses implications – compromet la dignité humaine. Elle est *intrinsèquement* et *complètement* instrumentalisante⁴². Cette instrumentalisation n'est cependant pas l'apanage de la relation sexuelle avec autrui. Tout acte sexuel – qu'il soit effectué en solitaire, avec une personne de même sexe ou avec un animal – est empreint de cette dimension⁴³. En outre, KANT condamne fermement les relations homosexuelles, qu'il considère « contre nature »⁴⁴.

Bien que la philosophie kantienne s'attache à « la protection des droits individuels et [à] leur lien avec l'intangibilité de la dignité humaine »⁴⁵, celle-ci se veut héritière, en matière de sexualité, des théories morales de la scolastique et de son lot d'interdits sexuels les plus traditionnels. La situation peut s'avérer quelque peu paradoxale : si la dignité humaine garantit à l'individu la reconnaissance d'un certain nombre de droits, cette même dignité lui est opposée pour le restreindre dans ses libertés. Pour KANT, la dignité humaine dépasse l'individu, elle implique de prendre en considération les intérêts d'autrui, et même de l'humanité toute entière⁴⁶.

Toutefois, plus largement, selon le Professeur Carlo INVERNIZZI ACCETTI, il y a lieu de se défaire de l'« interprétation réductrice et pourtant très répandue de la philosophie pratique de Kant faisant de son auteur une sorte de figure paternelle moraliste désireuse de nous enseigner ce qui est permis et ce qui ne l'est pas »⁴⁷. En effet, KANT aurait, d'après l'auteur, toujours nié que « le rôle de la philosophie puisse être de distinguer le bien du mal »⁴⁸. Plus regrettable encore serait l'ignorance totale de l'importance que KANT attache au principe *d'autonomie* – qu'il considère comme « le principe organisateur de sa philosophie pratique »⁴⁹. Pour le Professeur Carlo INVERNIZZI ACCETTI, outre sa systématisation rationnelle, le véritable apport de la philosophie kantienne serait, en effet, l'organisation de la moralité autour de la notion *d'autonomie de la volonté*. S'il avait été longtemps considéré que l'enjeu de la philosophie consistait à dicter aux individus leurs agissements, « Kant est le premier à établir la priorité de l'autonomie sur la rationalité, et ainsi à refuser de camper la figure

la loi de l'humanité ». En revanche, le contrat sera simulé et le mariage sera nul, s'il y a absence de « cohabitation conjugale ». En effet, les parties ne peuvent convenir qu'elles s'abstiendront de toute communauté corporelle.

⁴² N. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 179.

⁴³ Comme le souligne Norbert CAMPAGNA, « L'individu peut soit se faire l'instrument du plaisir d'autrui, soit se faire l'instrument de son propre plaisir » (N. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 179).

⁴⁴ Ainsi, précise-t-il : « la communauté sexuelle est l'usage réciproque qu'un homme peut faire des organes et des facultés sexuels d'une autre personne et cet usage ou bien est naturel (c'est celui par lequel on peut procréer son semblable) ou bien est contraire à la nature, et ce dernier peut avoir lieu, soit avec une personne du même sexe soit avec un animal d'une autre espèce ; ces transgressions des lois, ces vices contraires à la nature, que l'on dit aussi innommables, sont des injures envers l'humanité en notre personne qu'aucune restriction ou exception ne saurait sauver d'une réprobation totale » (E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 156).

⁴⁵ M. LEVINET, *Théorie générale ...*, *op. cit.*, p. 341.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 341.

⁴⁷ C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 153 ; E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 404 : « Il n'est besoin ni de science ni de philosophie pour savoir ce qu'on a à faire, pour être honnête et bon, même sage et vertueux ».

⁴⁹ C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 157 ; E. KANT, *Fondements de la Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 440.

du Père moraliste pour orienter ses lecteurs vers davantage d'autonomie »⁵⁰. Pour le philosophe, la liberté et l'autonomie individuelle sont les seuls droits inhérents à la nature humaine⁵¹. En considérant l'homme comme étant non seulement un être de nature, mais aussi un être de liberté et de rationalité, KANT ne s'intéresse pas uniquement à ce que la nature a fait de l'homme mais, surtout, à ce que l'homme fait de lui-même (et ce qu'il devrait faire), en tant qu'« agent libre »⁵². La nature n'est plus cosmique et interindividuelle mais laïcisée et individuelle. Pour certains, le *jusnaturalisme* moderne de KANT conduit à l'individualisme et aux « droits subjectifs sans mesure objective »⁵³. Pour d'autres, la liberté individuelle, telle qu'entendue par KANT, connaît un certain nombre de limites⁵⁴. La liberté externe de chacun est, en effet, limitée et ajustée à l'égale liberté de tous les autres⁵⁵. Le droit – et plus largement, la justice – pourrait ainsi être considéré comme un système de principes ou de règles universelles à appliquer à l'action humaine⁵⁶. Aussi une action n'est-elle légale que pour autant que la liberté de l'entreprendre soit compatible avec la liberté de chacun⁵⁷.

§ 2. *L'empirisme de David HUME (1711-1776)*

Le contexte dans lequel s'inscrit l'œuvre humienne est celui d'une période de grande expansion économique mais aussi coloniale, animée par des découvertes, entraînant avec elles une certaine relativisation des normes et des valeurs. Influencée par la philosophie des Lumières qui bat son plein en France, la Grande-Bretagne du XVIII^{ème} siècle se lance sur la voie de la rationalisation, en écartant peu à peu toute référence à un ordre divin ou naturel défini⁵⁸.

David HUME est considéré comme l'un des plus importants philosophes et écrivains de langue anglaise. Grand penseur des Lumières, il est particulièrement connu pour son scepticisme radical⁵⁹. Fondateur de l'empirisme moderne, l'originalité de sa démarche tient dans sa volonté d'introduire la méthode newtonienne dans la philosophie morale⁶⁰. L'ouvrage *Traité de la nature humaine*⁶¹ constitue son œuvre majeure et s'attache à l'analyse de la constitution de l'esprit humain. Au sein des perceptions de l'esprit, l'auteur distingue les impressions et les idées. Contrairement à KANT, HUME voit les jugements moraux comme des formes d'impressions et non des discernements

⁵⁰ C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 158.

⁵¹ H. S. ROMMEN, « In Defense of Natural Law », in *Law and Philosophy* (sous la dir. de S. HOOK), New York, New York University Press, 1964, p. 100, cité par X., « Legal Philosophers: Aristotle, Aquinas and Kant on Human Rights », *Marquette Law Review*, 1972/2, n° 55, p. 275.

⁵² Y. R. SIMON, *The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections*, New York, Fordham University Press, 1965, p. 184 ; H. S. ROMMEN, *op. cit.*, p. 120 : « Alone or jointly, a person is subject to no other laws than those he gives himself ».

⁵³ M. LEVINET, *Théorie générale ...*, *op. cit.*, p. 476.

⁵⁴ H. S. ROMMEN, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁵ X., *op. cit.*, p. 276.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 276 ; R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1922, p. 84.

⁵⁷ X., *op. cit.*, pp. 276-277 : L'impératif catégorique kantien est d'agir seulement d'après la maxime grâce à laquelle chacun peut vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle. Une action ne sera juste que si elle répond à une telle maxime.

⁵⁸ http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/Grande-Bretagne_histoire/185776 (17 mars 2017).

⁵⁹ D. NORTON, « An introduction to Hume's thought », in *The Cambridge Companion to Hume*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 1.

⁶⁰ Voy. M. MALHERBE, *La philosophie empiriste de David Hume*, Paris, Vrin, 1976, pp. 46-47.

⁶¹ D. HUME, *Traité de la nature humaine*, (trad. A. LEROY), Paris, Aubier, 1968.

rationnels (idées)⁶². Il considère les conceptions morales comme étant intrinsèquement motivées. Les actions morales sont celles qui tendent à produire un sentiment d'approbation morale. Cette approbation ne découle, cependant, pas de la raison, qui permet seulement d'établir des vérités de fait et de logique⁶³. Seuls nos désirs et nos préférences nous permettent de déterminer si ces vérités peuvent nous inciter à l'action. Quant à l'uniformité des jugements moraux, elle est justifiée par l'uniformité de l'esprit humain : nous tendons naturellement à approuver l'agréable et l'utile⁶⁴.

Selon HUME, l'existence de motifs moraux est conditionnée par l'existence d'une société. Si la nature fournit la matière nécessaire à la détermination de nos intérêts et dispositions, c'est par l'institution et l'éducation que les individus élargissent leur horizon moral. HUME ne croit pas en l'existence d'un présupposé état de nature⁶⁵. L'origine des sociétés relèverait non pas d'une finalité naturelle inscrite en l'homme mais d'une impulsion naturelle. Cette impulsion naturelle est « l'appétit naturel des sexes »⁶⁶. L'instinct sexuel conduit à la création d'un lien nouveau par le souci de la progéniture. Les enfants qui naissent de cette union, protégés et chéris par leurs parents, prennent alors conscience des avantages d'une telle organisation. La société, établie autour d'un intérêt commun, se renforce ainsi par l'habitude et la coutume⁶⁷.

Par conséquent, contrairement aux théories jusnaturalistes – qui placent le fondement de la morale dans le droit naturel –, HUME considère que la plupart de nos valeurs morales – dont celles relatives à la sexualité – sont des constructions sociales qui se justifient uniquement en raison de leur utilité pour la société. Il s'ensuit que chaque société élabore ses propres conventions relatives au mariage, en fonction des circonstances sociales qui lui sont propres, pour peu que ces conventions soient en accord avec le besoin de procréation et d'éducation de la descendance⁶⁸. Pour HUME, la chasteté et la pudeur féminines sont des valeurs artificielles, en ce qu'elles ne sont pas inhérentes à la nature humaine, mais « découlent de l'éducation, des conventions volontaires entre les hommes et

⁶² A. DIEMER, « David Hume et l'émergence d'une théorie « humaine » de la justice », in *Histoire des théories économiques*, Actes du colloque tenu à Boulogne s/ Mer, Université du Littoral, 2004, p. 2, disponible à l'adresse : <http://www.oeconomia.net/private/recherche/hume2004.pdf> (17 mars 2017).

⁶³ D. HUME, *op. cit.*, Livre II, III, p. 415 : « La raison n'est et ne peut être que l'esclave des passions, et ne peut jamais prétendre à un autre office que de les servir et les obéir ».

⁶⁴ A. LEVEY, « Under Constraint: Chastity and Modesty in Hume », *Hume Studies*, vol. XXIII, 1997/2, p. 213.

⁶⁵ Selon HUME, « pour former la société, il faut non seulement qu'elle soit avantageuse mais aussi que les hommes soient conscients de ces avantages et il est impossible que, dans leur état sauvage et sans culture, ils ne soient jamais capables, par l'étude et la réflexion seules, d'atteindre cette connaissance » (D. HUME, *op. cit.*, Livre III, II, s. 2).

⁶⁶ D. HUME, *op. cit.*, Livre III, II, s. 2 : « C'est donc le plus heureusement [du monde] qu'il se joint à ces nécessités dont les remèdes sont lointains et obscurs une autre nécessité qui, ayant un remède présent et plus évident, peut justement être regardée comme le principe premier et originel de la société humaine. Cette nécessité n'est autre que l'appétit naturel entre les sexes qui les unit et conserve leur union jusqu'à ce qu'apparaisse un nouveau lien, le souci de leur progéniture commune. Ce nouveau souci devient aussi un principe d'union entre les parents et la progéniture et forme une société plus nombreuse où les parents gouvernent grâce à l'avantage de leur supériorité de force et de sagesse et où, en même temps, ils sont limités dans l'exercice de leur autorité par l'affection naturelle qu'ils portent à leurs enfants. En peu de temps, l'accoutumance et l'habitude, agissant sur l'esprit tendre des enfants, les rendent sensibles aux avantages qu'ils peuvent retirer de la société et les façonnent par degrés, érodant les rudes aspérités et les affections contraires qui empêchent leur coalition ».

⁶⁷ A. DIEMER, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸ J. FIESER, *op. cit.*, p. 1.

de l'intérêt de la société »⁶⁹. Une telle conception vient révolutionner les fondements des normes sexuelles, jusqu'alors considérées comme étant d'essence divine. Ces vertus sont (et doivent être) valorisées par tous, en tant que moyens nécessaires pour assurer le maintien d'une société organisée autour d'une structure familiale unique et patriarcale⁷⁰. En insistant sur la nécessité de la chasteté et de la pudeur féminine (et non conjugale ou masculine), HUME révèle l'émergence d'un « *double standard* »⁷¹ du comportement sexuel en tant qu'exigence morale. Selon HUME, ce besoin d'un *double standard* sexuel provient d'une simple observation anatomique : la certitude de la femme que l'enfant qu'elle porte est le sien, contrairement à son compagnon. La convention de chasteté féminine constitue, dès lors, le meilleur moyen d'assurer l'identification fiable des pères et la prise en charge des enfants⁷². Quant à la convention de pudeur féminine, celle-ci permet de renforcer le devoir de fidélité conjugale⁷³. En définitive, pour HUME, une société de totale liberté sexuelle entraînerait infailliblement un désordre social. L'institution du mariage trouverait ainsi son origine dans la nécessité pour l'homme de vivre sa sexualité sans pour autant « corrompre » la société⁷⁴.

§ 3. Le nihilisme de Donatien Alphonse François de SADE (1740-1814)

Donatien A. F. DE SADE est un aristocrate français, homme de lettres, philosophe et homme politique du XVIII^{ème} siècle. Il s'inscrit dans l'idéologie des Lumières, marquée par une volonté ferme de combattre l'ignorance, l'intolérance religieuse et l'absolutisme politique. La révolution scientifique délivre l'esprit humain de ses contraintes théologiques pour se recentrer sur la nature. Les Lumières « substituent à la recherche chrétienne du salut dans l'au-delà la quête du bonheur individuel ici-bas. À la condamnation des passions succède leur apologie : l'homme doit les satisfaire, à condition qu'elles ne s'opposent pas au bonheur d'autrui »⁷⁵ (nous soulignons). C'est sur ce dernier point que SADE se démarque de ses contemporains. Son œuvre licencieuse, qui recoupe

⁶⁹ D. HUME, *op. cit.*, Livre III, II, s. 12, cité A. SOBLE, *Sex from Plato to Paglia : a Philosophical Encyclopedia*, vol. 1, Londres, Greenwood, 2005, p. 477.

⁷⁰ D. HUME, *op. cit.*, Livre III, II, s. 12.

⁷¹ A. LEVEY, *op. cit.*, p. 213.

⁷² *Ibidem*, pp. 215-217 : « *Conjugal infidelity in men may have a tendency to hurt particular persons, such as their wives and mistresses, but conjugal infidelity in women will tend to hurt society as a whole because men will be less inclined to look after children* » (nous soulignons).

⁷³ A. LEVEY, *op. cit.*, p. 218 : « *Conventions are maintained by a combination of legal sanction and inculcation of the appropriate virtuous motives, both of which serve to give more immediate reasons for conforming to a convention than do considerations of its long term advantages* » ; La menace de sanctions légales ne peut, seule, forcer la fidélité conjugale. La société doit également entretenir la menace d'une mauvaise réputation, sanction qui peut être imposée sur base d'une simple conjecture. Les transgressions sexuelles doivent être largement considérées comme étant particulièrement immorales, puisque la sentence doit être à la fois fréquente et sévère afin d'être effective. L'incitation à la chasteté doit être renforcée par l'inculcation, dès le plus jeune âge, d'une pudeur, « une certaine retenue qui puisse prévenir leurs premières approches et donner au sexe féminin une répugnance pour toutes les expressions, postures et libertés qui ont un rapport direct avec le plaisir [charnel] » (D. HUME, *op. cit.*, Livre III, II, s. 12). La mauvaise réputation sera donc attachée à toute attitude impudique. Quant aux femmes ayant dépassé l'âge de porter un enfant, elles restent soumises au respect des obligations de chasteté et de pudeur car tout écart des standards prescrits risquerait de compromettre la règle générale et donner un mauvais exemple pour les plus jeunes générations. La pudeur interne doit surpasser la tentation naturelle et, considérant la force de la tentation, elle doit être incompatible avec « *any easy enjoyment of sexual pleasure* » (A. LEVEY, *op. cit.*, p. 219).

⁷⁴ Voy. F. FARAGO et C. LAMOTTE, *Le monde des passions - Balzac - Hume - Racine*, Paris, Armand Collin, 2015.

⁷⁵ Voy. « Siècle des Lumières » sur <http://www.larousse.fr/encyclopedie/> (20 mars 2017).

pornographie, transgression des lois et jouissance⁷⁶, lui gagnera la réputation définitive d'un libertin pornographe, dont les écarts conduisirent à un long emprisonnement et deux condamnations à mort⁷⁷. Pour SADE, « c'est le libertinage qui brise les hochets de l'enfance ; c'est lui qui allume le flambeau de la raison et qui donne de l'énergie à l'homme »⁷⁸.

Les débuts de l'écrivain sont marqués par la période révolutionnaire. SADE souscrit au nouvel ordre social annoncé par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 et accueille favorablement le nouveau Code pénal, qui dépénalise les délits religieux (suicide, blasphème, adultère, homosexualité, etc.)⁷⁹. La longueur et la rigueur de ses enfermements feront, toutefois, naître l'écrivain davantage que le politicien. SADE s'engage « dans le projet insensé de reconsidérer la politique et le droit sous l'angle exclusif de la jouissance des corps »⁸⁰. Selon lui, la France a besoin d'un « code de conduite morale » conforme aux nouvelles valeurs de la Révolution française⁸¹. Il milite pour un renversement du monopole exercé illégitimement par l'État en matière de souffrance, afin que celui-ci soit « attribué à un citoyen délivré de tout interdit et de toute croyance religieuse »⁸². Cette refondation républicaine de l'existence sociale « qui ne doit plus rien à la nature et tout à l'homme » a pour principes fondateurs le meurtre et la prostitution, actes motivés par le seul plaisir⁸³.

Dans *Philosophie dans le Boudoir*⁸⁴, le Marquis défend qu'il n'existe pas d'action qui soit immorale : le meurtre, le vol et les actes sexuels de toutes sortes sont moralement acceptables. La théorie de SADE repose sur une version non conventionnelle de la loi naturelle. La nature a placé en l'homme un nombre illimité de pulsions sexuelles, incluant le désir pour un nombre incalculable de partenaires. Ainsi, la loi naturelle nous permet d'exercer notre liberté sexuelle de manière infinie⁸⁵.

⁷⁶ Cette « écriture de combat », qui prône un athéisme militant, la soumission de l'adversaire et l'aberration de la morale et de la loi, conservera une réputation sulfureuse. Selon Gérard OPPENHEIM, « la pensée profonde de l'écrivain, singulière, inclassable, ramifiée dans un système inachevé et peu cohérent, restera détournée par des interprétations, qui en démarquent simplement le contenu ou s'attachent à tel point particulier pris pour l'ensemble » (G. OPPENHEIM, « Sade masochiste », *L'information psychiatrique*, 2012/2, n° 88, p. 119). Ainsi, le néologisme « sadisme » ne résumerait ni l'œuvre, ni l'écrivain, ni la personne (Le terme « sadisme » apparaît dans le *Dictionnaire universel* de BOISTE en 1834 et désigne une « aberration épouvantable de la débauche : système monstrueux et antisocial qui révolte la nature »). Ce malentendu est, de plus, entretenu par une relative confusion entre la vie de l'auteur et celle de ses personnages. À la fin du XIX^{ème} siècle, les travaux de Richard VON KRAFFT-EBING (auteur d'une étude des perversions sexuelles intitulée « *Psychopathia Sexualis* ») confèrent au terme une portée scientifique, en érigeant le « sadisme et son antonyme le masochisme en symptômes combinés d'une perversion sexuelle dont la satisfaction est obtenue par la douleur et l'humiliation infligées à autrui ou reçues par lui » (G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 119).

⁷⁷ G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁸ Propos repris de SADE dans *Dialogue entre un prêtre et un moribond* (1782), cités par G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁹ G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 119.

⁸¹ C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 164.

⁸² G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 119.

⁸³ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁴ D. A. F. DE SADE, *Philosophie dans le Boudoir*, coll. Œuvres complètes, n° 25, Paris, Jacques Pauvert, 1968.

⁸⁵ J. FIESER, *op. cit.*, p. 2 ; B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, 2009/1, p. 111 : Pour SADE, « la nature est immorale, l'énergie est immorale, tout comme la passion et la liberté. Moraliser, c'est instituer et instituer c'est sombrer dans le conformisme et l'apathie. Crime et liberté marchent main dans la main » ; D. A. F. DE SADE, *Français encore un effort si vous voulez être républicains*, Paris, UPblisher, 2016 : « S'il y avait du crime à quelque chose, ce serait plutôt de résister aux penchants que la nature nous inspire qu'à les combattre ».

Selon SADE, « la nature a enraciné dans notre esprit seulement un commandement : celui de jouir n'importe comment, n'importe à la dépense de qui »⁸⁶.

Cette conception implique de considérer l'autre « comme un objet de plaisir, récompensé par la souffrance sans pouvoir s'y opposer ou s'y dérober »⁸⁷. Ce rapport dominant-dominé, illustre, selon Jacques LACAN, « la division interne du sujet tenu de sacrifier à la loi la part sensible de lui-même »⁸⁸. Le plaisir vient se substituer à la loi et toute propriété sur les êtres (tel le mariage) est interdite⁸⁹. Au niveau étatique, un service public de débauche est institué par le gouvernement, lequel est tenu de fournir aux uns et aux autres les individus de l'un ou l'autre sexe. Le système policier assure l'application des mesures répressives, prenant la forme de sanctions corporelles graduées⁹⁰. Comme le souligne Bernard EDELMAN, « le pacte politique sadien est [ainsi] aux antipodes du pacte rousseauiste : les hommes ne sont pas réunis pour que chacun soit protégé par tous, mais pour que chacun jouisse de tous et tous de chacun »⁹¹.

Pour certains⁹², ce modèle sociétal nouveau se transforme en un « compendium de règles de ce qui, par essence, est la démolition de la règle »⁹³. Par cette tentative de systématisation radicale de la perversion elle-même, SADE s'inscrit dans le sillage de la tradition des Lumières. C'est pour cette raison – entre autres – que nombreux auteurs établissent une analogie entre KANT et SADE⁹⁴. Cette ressemblance nous apparaît cependant quelque peu hasardeuse et paradoxale. Selon le Professeur Carlo INVERNIZZI-ACCETTI, la seule ressemblance entre les deux philosophes réside dans l'importance qu'ils accordent à l'autonomie de la volonté⁹⁵. En démontrant le caractère contingent des normes éthiques et leur négation, SADE affirme « la valeur de l'autonomie, en niant toutes les lois hétéronomes au devoir »⁹⁶. Selon le philosophe Maurice BLANCHOT, le centre de la logique sadienne est « l'exigence de la souveraineté [individuelle], s'affirmant par une immense négation »⁹⁷.

⁸⁶ Propos tirés de *Les 120 Journées de Sodome - Huitième Journée*, cités par C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 154 ; D. DEMANGE, « Sade et la loi, de François Ost », *Le philosophe*, 1999/3, n° 9, p. 163 : « Toute liberté est illusoire, l'être humain est le jouet des lois aveugles de la nature ; la liberté de jugement est elle-même purement déterminée par la physique du corps [...] ; aucune instance ne peut donc venir détourner une créature du but que la nature a fixé en elle, à savoir la jouissance ».

⁸⁷ G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁸ J. LACAN, *Kant avec Sade*, Paris, Seuil, 1966, cité par G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁹ G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 120 ; B. EDELMAN, *op. cit.* p. 115 : SADE opère une distinction entre ce qui ressortit de la propriété et ce qui ressortit de la jouissance. Si chacun est propriétaire de son corps, il ne l'est pas de la jouissance qu'on peut en tirer, considérée comme une *res communes*, soit une chose qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous.

⁹⁰ G. OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 120 ; B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 112 : Dans la logique sadienne, « le républicain doit [en réalité], se comporter avec la république comme le libertin avec une femme ; il doit l'outrager en permanence, la tenir en éveil en la soumettant à son désir insatiable, sans quoi elle s'endormirait et sombrerait dans les marais de l'apathie ».

⁹¹ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 112 : « C'est un pacte d'immoralité, de férocité, un pacte du désir inassouvi qui ne se satisfait que de sa perpétuelle insatisfaction, un pacte de cruauté naturelle ».

⁹² T. ADORNO et M. HORKHEIMER, *Dialectique de la Raison*, (trad. E. KAUFHOLZ), Paris, Gallimard, 1974.

⁹³ C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 152.

⁹⁴ Voy. T. ADORNO et M. HORKHEIMER, *op. cit.*, p. 99 ; Selon ces auteurs, « le sujet sadien accompli correspondrait finalement aux exigences de l'impératif catégorique kantien puisque les crimes odieux qu'il commet sont compatibles avec les exigences de la théorie morale de Kant » (C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 153).

⁹⁵ C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 164.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 164.

⁹⁷ M. BLANCHOT, *Sade et Lautréamont*, Paris, Minuit, 1963, p. 34.

La métaphysique sadienne consiste, en effet, en « la négation absolue de toute universalité »⁹⁸. Ce principe s'intéresse tant à la nature de l'être humain, qu'à son rapport à la loi⁹⁹. Selon la logique sadienne de l'*isolisme*, « tout être humain est par nature refermé sur lui-même, il trouve en lui-même sa propre complétude et satisfaction. Toute passion, toute raison trouve donc son unique fondement dans la singularité de l'individu, annulant tout principe transcendant d'universalité »¹⁰⁰. La pensée prend sa source dans la constitution de l'individu, et non dans un sens transcendant¹⁰¹. Selon Dominique DEMANGE, « les conséquences d'une telle logique dans la sphère éthique et juridique sont radicales »¹⁰². Premièrement, la doctrine de l'*isolisme* entraîne le renversement complet de l'axiome kantien, en ce qu'elle conduit à considérer qu'autrui ne sera jamais pour l'individu qu'un moyen de jouissance personnelle, et non une fin en soi. Deuxièmement, cette doctrine nie toute loi universelle et tout contrat social¹⁰³. Pour SADE, les êtres humains n'ont jamais quitté l'état de nature. La loi ne traduit pas une victoire de la culture sur la nature, elle ne fait que conforter les rapports de force¹⁰⁴.

La métaphysique sadienne aboutit finalement à l'idée d'un « mal radical »¹⁰⁵ : « un mal qui ne serait plus le relatif d'un bien, qui ne serait plus compensable par aucun bien »¹⁰⁶. La théorie du droit exposée par SADE touche aux fondements de la société démocratique moderne, par la conciliation de l'intérêt général et de l'intérêt particulier¹⁰⁷. En effet, toute société dépend des individus et des communautés qui la composent. Chaque individu peut, à tout moment, invoquer son seul intérêt particulier et nier le principe d'universalité sur lequel repose toute loi, « en la dénonçant comme institution d'un rapport de domination »¹⁰⁸. En définitive, SADE nous amène à nous interroger sur le sens de la loi, à partir d'une récusation totale de sa légitimité¹⁰⁹.

⁹⁸ D. DEMANGE, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁹ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 111 : « La loi – et c'est même sa fonction primordiale – veut instituer l'homme, c'est-à-dire l'assigner à la fois dans l'espèce et dans la société, le constituer en citoyen rationnel, en *homo juridicus*, l'enfermer, à l'avance, dans un carcan institutionnel. Elle « oublie » [...] que c'est la passion, le plaisir, la jouissance d'être soi qu'elle assassine, le feu révolutionnaire qu'elle éteint, la fierté d'être unique et irremplaçable. En deux mots, la loi est glaciale, et tue l'individu en l'instituant. C'est pourquoi il faut la subvertir, car c'est la seule attitude qui préservera la passion de la liberté ».

¹⁰⁰ D. DEMANGE, *op. cit.*, p. 162.

¹⁰¹ Ainsi affirme-t-il : « Les mœurs ne dépendant pas de nous, elles tiennent à notre construction, à notre organisation. [...] Voilà mon éternelle philosophie et je n'en changerai jamais. [...] Ma façon de penser, dites-vous, ne peut être approuvée. Et, que m'importe ! Bien fou celui qui adopte une façon de penser pour les autres ! Ma façon de penser est le fruit de mes réflexions ; elle tient à mon existence, à mon organisation. Je ne suis pas le maître de la changer » (D. A. F. DE SADE, « Lettre de Sade à sa femme (novembre 1783) », in *Lettres choisies par Jean-Jacques Pauvert*, UGE, 1963, p. 133).

¹⁰² D. DEMANGE, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 163.

¹⁰⁴ F. OST, *Sade et la loi*, Paris, Odile Jacob, 2005, p. 159 : « Pour Sade, il n'est de loi que privilège, et de droit que droit d'exception. Une loi ne consacre jamais d'un point de vue particulier à l'encontre d'un autre point de vue particulier, ce dont atteste son extrême variabilité dans le temps et l'espace ».

¹⁰⁵ F. OST, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁶ D. DEMANGE, *op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 164 : « En soutenant que l'intérêt général n'est toujours que le déguisement d'un intérêt particulier, et en soutenant que la loi, si changeante dans le temps, et l'espace, n'est toujours que relative à des individus donnés, Sade se place au point aveugle, inéliminable de toute conception juridique ».

¹⁰⁸ D. DEMANGE, *op. cit.*, p. 164.

¹⁰⁹ Voy. Propos tirés de *Histoire de Juliette* de SADE, cités par B. EDELMAN, *op. cit.*, pp. 110-111 : « Sans les lois et les religions, on n'imagine pas le degré de gloire et de grandeur où seraient aujourd'hui les connaissances humaines ; il est inouï comme ces indignes freins ont retardé le progrès ... ».

§ 4. Le libéralisme de John Stuart MILL (1806-1873)

Membre du Parlement britannique, John Stuart MILL est considéré comme l'un des philosophes les plus influents du 19^{ème} siècle. En tant que disciple de Jeremy BENTHAM, il défend la théorie utilitariste. Il s'en détache cependant quelque peu en défendant un idéal de justice fondé sur l'existence de droits moraux¹¹⁰.

John Stuart MILL appréhende la moralité en termes utilitaristes de bien-être social, de nuisibilité, et, plus fondamentalement, de plaisir et de peine¹¹¹. En effet, sa conception de la moralité est associée aux notions de justice, d'équité et d'honnêteté¹¹². Pour MILL, seront considérés comme « moralement mauvais » les actes pour lesquels une sanction est justifiée. Si une sanction n'est justifiée que lorsqu'une importante fraction de la société considère qu'un individu a injustement souffert d'un préjudice à l'encontre d'un « intérêt particulier »¹¹³, il reste que le seul intérêt dont la violation injuste justifie la désapprobation est nécessairement un « droit ». En effet, les seules valeurs susceptibles d'être largement intériorisées au sein d'une société donnée sont celles associées à certains droits et obligations, et particulièrement aux droits fondamentaux¹¹⁴.

La conception millienne du terme « droit » est double : elle renvoie, d'une part, aux « droits légaux », pouvant être considérés comme les droits issus du droit positif et plus particulièrement, les droits issus du droit constitutionnel (droits fondamentaux) ; et, d'autre part, aux « droits moraux », dont la violation peut procéder de l'adoption ou de l'application d'une loi positive¹¹⁵. Selon le philosophe Abraham I. MELDEN, les *droits moraux* de MILL s'ancrent dans ce que l'on qualifie de « droits de l'homme »¹¹⁶. La rupture d'une promesse ou d'un engagement entraîne la violation du

¹¹⁰ C. MCGLYNN et I. WARD, « Would John Stuart Mill have Regulated Pornography? », *Journal of Law and Society*, 2014/4, n° 41, p. 510.

¹¹¹ C. NOWLIN, « The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002/1, n° 24, p. 269 : Pour MILL, « *morality is concerned with social relations [...]. It is concerned largely with rules directing us to abstain from conduct calculated to harm others; thus, it is aimed at achieving interpersonal goods such as peace, justice, and honesty* » (A. RYAN, « John Stuart Mill's Art of Living », in J. S. MILL, *On Liberty In Focus* (sous la dir. de J. GRAY et G. W. SMITH), Abington-on-Thames, Routledge, 1991, p. 164).

¹¹² Voy. J. S. MILL, « Utilitarianism », in *Collected Works of John Stuart Mill* (sous la dir. de J. M. ROBSON), vol. X, Toronto, University of Toronto Press, 1969, pp. 240-259 ; Dans cette optique, l'immoralité d'un acte ne relève pas de son illégalité, mais des éléments de malhonnêteté, d'égoïsme et de déloyauté auxquels il renvoie. Ainsi que le souligne le Professeur David LYONS, MILL semble travailler avec « un modèle basé sur des règles sociales ordinaires », pouvant être reliées à des règles contractuelles informelles ou non-écrites, en vertu desquelles chacun s'attend à ce que l'autre agisse d'une certaine manière en fonction de circonstances données (traduction libre de D. LYONS, « Mill's Theory of Justice », in *Values and Morals* (sous la dir. de A. I. GOLDMAN et J. KIM), Reidel, Dordrecht, 1978, p. 10) ; Dans *De la liberté*, MILL considère que la société n'a un intérêt moral direct dans la vie d'un individu que dans la mesure où le comportement de ce dernier affecte ou touche d'autres individus sans leur « consentement libre, volontaire et exempt de vices » (traduction libre de C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 269).

¹¹³ Traduction libre de C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 272.

¹¹⁴ C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 272.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 273 ; Cette préoccupation est également adressée par le Professeur HART, lorsqu'il pose la question suivante : « *Is law open to moral criticism ?* » (H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963, p. 3) ; Pour MILL, lorsqu'une loi est considérée comme immorale ou « injuste », cette prétendue immoralité consiste, non pas en la violation d'un « droit légal » (puisque ce droit peut être associé à une loi injuste), mais à « dénier à une personne ce à quoi elle a moralement droit (« droit moral ») » (traduction libre de J. S. MILL, « Utilitarianism », *op. cit.*, p. 242).

¹¹⁶ A. I. MELDEN, « Dignity, Worth and Rights », in *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (sous la dir. de M. J. MEYER et W. A. PARENT), New-York, Cornell University Press, 1992, p. 43, cité par C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 274.

droit du bénéficiaire de « s'engager librement dans des programmes d'action »¹¹⁷, c'est-à-dire, le droit de poursuivre des intérêts ou de prendre des décisions qui touchent au bien-être ; et ce droit peut légitimement être considéré comme un droit *fondamental* de l'être humain. Par ailleurs, ces droits sont intimement liés à la notion de dignité humaine¹¹⁸. Selon MILL, la dignité humaine dépend du respect des droits de l'homme. Dans *Utilitarianism*, le philosophe affirme que les êtres humains disposent d'un « sens de la dignité », un désir de ne pas sombrer vers un « niveau de vie inférieure » ; désir associé à « l'amour de la liberté et l'indépendance personnelle » de l'homme¹¹⁹. Selon le Professeur Fred R. BERGER, ce que MILL tente de démontrer c'est que « *lack of freedom to determine one's own life results in a lessened sentiment of personal dignity, for one lacks a sense of having an entitlement as a human being like any other to choose one's own life* »¹²⁰. Le lien conceptuel qui existe entre les « droits moraux » de MILL et les droits de l'homme ou les droits fondamentaux repose sur l'idée selon laquelle les droits fondamentaux spécifiquement reconnus sont ancrés dans des valeurs largement intériorisées. Et ces valeurs sont fondamentalement : traiter autrui avec dignité, permettre aux individus de satisfaire leurs désirs, faire preuve de générosité et de tolérance¹²¹.

Le plus grand héritage de MILL repose sur sa conception de la liberté individuelle. Pour le philosophe, chacun devrait être libre de mener sa vie comme il l'entend, à moins que son action ne blesse autrui. Il s'ensuit que le gouvernement ne doit empiéter sur la liberté individuelle que lorsque la sécurité d'autrui ou de la société est compromise¹²². Si la liberté personnelle peut être limitée dès lors qu'une action est potentiellement préjudiciable pour la société, elle ne peut être limitée pour le seul motif qu'elle viole la morale sociale (voy. *infra* Chapitre III).

Quant à la question plus spécifique de la sexualité, la position de MILL est influencée des conceptions épousées par les utilitaristes classiques. Selon MILL, le bonheur provient, non pas de la satisfaction immédiate des désirs, mais de la poursuite des *plaisirs supérieurs* (tels ceux de l'intellect et des sentiments moraux) et de l'épanouissement personnel¹²³. L'État ne peut rester neutre dans sa promotion des conditions de la « vie bonne », nécessaires pour atteindre le bonheur¹²⁴. Plusieurs

¹¹⁷ C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 275.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 275.

¹¹⁹ Traduction libre de J. S. MILL, « Utilitarianism », *op. cit.*, p. 212, cité par C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 275.

¹²⁰ F. R. BERGER, *Happiness, Justice, and Freedom: The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*, Berkeley, University of California Press, 1984, p. 238.

¹²¹ C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 276.

¹²² Ce principe de liberté individuelle comprend une « liberté des goûts et des occupations, la liberté de tracer le plan de notre vie suivant notre caractère, d'agir à notre guise et risquer toutes les conséquences qui en résulteront et cela sans en être empêché par nos semblables tant que nous ne leur nuisons pas, même s'ils trouvent notre conduite insensée, perverse ou mauvaise » (J. S. MILL, *De la liberté*, (trad. L. LENGLET), Paris, Gallimard, 1990, p. 7).

¹²³ J. S. MILL, *L'utilitarisme*, (trad. C. AUDARD), Paris, PUF, 1998, p. 211 : « Les plaisirs des bêtes ne satisfont pas la conception que les hommes se font du bonheur. Les êtres humains ont des facultés plus élevées que les appétits animaux et, une fois qu'ils en sont conscients, ils ne considèrent pas [qu'une] chose peut leur donner le bonheur si [elle] n'inclut pas leur satisfaction ».

¹²⁴ R. BELLAMY, *Liberalism and Modern Society: A Historical Argument*, Pennsylvania, Pennsylvania State University, 1992, p. 106, cité par C. MCGLYNN et I. WARD, *op. cit.*, p. 511.

auteurs voient, dès lors, en MILL, un « ascétisme sexuel englobant »¹²⁵. Selon ces derniers, il semble peu probable que MILL ait milité pour une libéralisation de la sexualité. Nous considérons, cependant, que la conception millienne de la liberté et de la moralité s'oppose à ce que l'État puisse intervenir dans le cadre d'une sexualité librement consentie et non préjudiciable¹²⁶ (voy. *infra* Chapitre III).

SECTION 2. LES CONCLUSIONS

Dans la perspective juridique qui est la nôtre, il y a lieu de s'arrêter un instant sur les conclusions que nous pouvons tirer de cet examen et sur les pistes de réflexion qui nous apparaissent utiles pour l'étude des ressorts de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de sexualité. De cette brève analyse de théories philosophiques éparses – voire, parfois, diamétralement opposées –, nous pouvons percevoir, en filigrane, une certaine systématique. D'une part, nous constatons l'existence d'un *vocabulaire commun* aux auteurs. Les termes de raison, morale, liberté, dignité, et autonomie occupent une place centrale dans l'exposé de leur théorie philosophique. D'autre part, nous constatons l'apparition d'une *grille d'analyse commune*, articulant les éléments fondamentaux de toute société, que sont l'individu, la morale et l'État. Il en ressort une certaine mécanique qui, tout en articulant les différentes pièces que constituent les termes communs au travers de la grille d'analyse commune, permet de définir la limite entre le permis et l'interdit en matière de sexualité¹²⁷.

Pour Emmanuel KANT, « la vie de chaque agent rationnel autonome est une fin en soi, dotée d'une valeur absolue »¹²⁸. Si l'idéalisme kantien met en avant l'autonomie de la volonté comme élément fondamental de la personne, il reste que cette volonté n'atteindra sa plus haute expression que dès lors qu'elle sera au service de la *moralité*, c'est-à-dire « la volonté de tout être raisonnable conçue comme volonté instituant une législation universelle »¹²⁹. KANT est conscient que la seule façon de garantir la réalisation de la liberté et de l'égalité de chacun passe par l'établissement d'une organisation politique issue d'une forme de contrat social. La liberté ne peut, dès lors, être assurée que par l'État, « *wherein authority of the general will [is] made consistent with the perfect freedom of individual will* »¹³⁰. L'articulation de ces différentes considérations nous permet d'avancer que, dans la philosophie kantienne, la limite en matière de sexualité est la *dignité humaine*, « qualité de l'être

¹²⁵ C. MCGLYNN et I. WARD, *op. cit.*, p. 512 ; A. ROSSI, *John Stuart Mill and Harriet Taylor Mill*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, p. 50 ; S. MENDUS, « The Marriage of True Minds – the Ideal of Marriage in the Philosophy of John Stuart Mill », in *Mill's The subjection of women* (sous la dir. de M. MORALES), Maryland, Rowman & Littlefield, 2005, p. 141.

¹²⁶ Selon Christopher NOWLIN, dans la conception millienne, la sexualité est considérée comme « bonne » lorsqu'elle sert des objectifs louables (notamment, en rendant les gens heureux ou en reproduisant l'espèce humaine) et « mauvaise » lorsqu'elle ébranle des objectifs sociaux louables, lorsqu'elle entraîne une exploitation ou provoque de la souffrance. Il n'existe, dès lors, pas d'acte sexuel qui soit *en soi* moral ou immoral (C. NOWLIN, *op. cit.* p. 271).

¹²⁷ Nous remarquerons que plus les théories s'écartent des fondements religieux, plus l'interventionnisme de l'État est important. Le déclin de l'ordre moral comme référent conduit au renforcement de l'ordre juridique pour guider l'action humaine.

¹²⁸ M. LEVINET, *Théorie générale ...*, *op. cit.*, p. 340.

¹²⁹ E. KANT, *Fondements ...*, *op. cit.*, p. 108, cité par M. LEVINET, *Théorie générale ...*, *op. cit.*, p. 341.

¹³⁰ X., *op. cit.*, p. 278 : La volonté individuelle n'est pas, pour autant, subordonnée à la volonté générale ; Afin de prétendre à la moralité, l'État doit, à l'instar de la loi, être fondé sur la liberté et poursuivre la protection de l'autonomie individuelle.

raisonnable dont la volonté est exercée de manière à être législatrice universelle »¹³¹. Or, comme nous l'avons précédemment souligné, seule la relation sexuelle entre deux personnes de sexe différent et mariées permet à celles-ci de se concevoir comme des « fins en soi ».

Se détachant de toute conception naturelle ou religieuse, David HUME fonde les interdits sexuels sur des *constructions sociales* et appelle, ainsi, une importante *relativisation* des normes et des valeurs morales. Quant au rôle de l'État, la seule constatation empirique de son existence suffit à en démontrer la nécessité. Il est attendu de l'État qu'il édicte des normes et qu'il en assure l'application, mais seulement dans la mesure où celles-ci sont utiles aux intérêts de la société dans son ensemble (car seule une norme utile est susceptible de créer un sens d'obligation morale)¹³². La conception humienne de l'ordre social laisse peu de place à la liberté ou à la volonté individuelle. Pareille articulation des éléments fondamentaux de toute société nous permet de conclure que la limite, en matière de sexualité, est déterminée au regard de valeurs sociales utiles pour la survie de la société. Dès lors, seule est acceptée la relation sexuelle entre un homme et une femme au sein du mariage.

Rejetant également toute idée d'un ordre moral supérieur, Donatien A. F. DE SADE emprunte une position extrême, considérant que la liberté de l'individu ne peut connaître de limite. Dans l'anarchisme sadien, l'État continue d'exister mais est mis au service de l'individu, dont il doit assurer la réalisation de tous les désirs. Si SADE considère l'existence de l'État comme nécessaire à la garantie des droits et libertés de chacun, il reste que sa conception de celui-ci repose sur des fondements contradictoires : comment l'État peut-il garantir la liberté de chacun, si celle-ci ne connaît aucune limite ? Le droit de meurtre que s'arroge SADE annihile définitivement la liberté de sa victime. Pareil paradoxe nous amène à considérer que la théorie sadienne repose davantage sur une critique profonde d'une société opprimée par les dogmes moraux et religieux et par un absolutisme étatique, que sur un véritable modèle étatique idéal¹³³. Cette articulation des éléments fondamentaux de toute société que sont l'individu, la morale et l'État nous amène à avancer que la conception sadienne de la liberté sexuelle ne connaît aucune limite entre le permis et l'interdit.

Enfin, John Stuart MILL fait reposer l'ensemble de sa théorie philosophique sur la liberté de l'individu. Dans une telle conception, l'État se veut garant de la liberté de chacun et n'est appelé à intervenir que lorsque cette liberté porte atteinte aux intérêts d'autrui (et, dans certains cas, aux intérêts de l'individu-même). La seule limite tolérable à la liberté sexuelle est dès lors, le préjudice causé à autrui (voy. *infra* Chapitre III).

¹³¹ M. LEVINET, *Théorie générale* ..., *op. cit.*, p. 341.

¹³² A. DIEMER, *op. cit.*, p. 7.

¹³³ C. INVERNIZZI ACCETTI, *op. cit.*, p. 164 : En effet, « Sade souhaite sans cesse bousculer son lecteur. D'ailleurs, si chacune de ses affirmations devait être prise pour argent comptant [...] les nombreuses contradictions de l'œuvre de Sade nous empêcheraient d'en tirer tout projet cohérent ». Or, selon l'auteur, « à travers les contradictions, Sade essaie de montrer le caractère contingent de toutes les normes éthiques, en prouvant qu'elles peuvent toutes être niées ».

CHAPITRE II : LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA LIBERTÉ SEXUELLE

Par l'adoption de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹³⁴, les États membres du Conseil de l'Europe symbolisent « la nécessité vitale, affirmée après-guerre, de protéger coûte que coûte les droits de la personne humaine contre tout type d'ingérence en provenance des pouvoirs constitués des États »¹³⁵. Si une telle affirmation vaut particulièrement pour le domaine de la vie privée en général, elle est d'autant plus pertinente dans le cadre spécifique de l'intimité des relations sexuelles.

La Convention européenne des droits de l'homme contient un véritable vivier de dispositions concernant directement ou indirectement la sexualité¹³⁶. Dans le cadre de ce mémoire, nous nous limiterons à l'analyse de l'article 8 consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale et siège des développements les plus révolutionnaires en matière de liberté sexuelle. Après avoir abordé les grands principes entourant la mise en œuvre de cet article (**Section 1**), nous en étudierons les applications jurisprudentielles en matière de sexualité (**Section 2**). Nous nous procèderons, enfin, à quelques conclusions (**Section 3**).

SECTION 1^{ÈRE}. LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE (ART. 8 DE LA CEDH)

L'article 8 de la CEDH garantit un droit au respect de la vie privée et familiale. Si la consécration de ce droit dans un instrument international contraignant est relativement récente, son existence est bien évidemment antérieure à l'élaboration de la Convention européenne¹³⁷. Longtemps circonscrit au seul droit privé, ce droit protégeait uniquement des ingérences de particuliers contre des particuliers et ne pouvait, dès lors, s'opposer aux règles d'ordre public qui considéraient les attributs civils de l'état des personnes et de la famille comme étant indisponibles¹³⁸. Le XX^{ème} siècle marquera, cependant, la « transmutation » de ce « simple agglomérat d'attributs de droit privé en droit fondamental opposable à la puissance publique, y compris au législateur, par de solennelles déclarations et conventions internationales »¹³⁹. Dans le cadre de cette section, nous commencerons

¹³⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

¹³⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Lextenso, 2012, pp. 1 et s. ; F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 4^e éd., Paris, PUF, 2007, p. 1.

¹³⁶ Nous pouvons citer, notamment, le droit au respect de la vie privée (art. 8), le droit de se marier et de fonder une famille (art. 12), l'interdiction des discriminations (art. 14), la prohibition des traitements inhumains et dégradants (art. 3) et la garantie de la liberté d'expression (art. 10) (voy. F. CABALLERO, *Droit du sexe*, Paris, Lextenso, 2010, p. 59).

¹³⁷ Voy. M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, pp. 310 et s. : Dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les nouveaux moyens de reproduction et de diffusion des écrits et des images entraînent les balbutiements, dans le paysage du droit privé, de la protection de la vie privée, en tant qu'espace d'intimité et de propriété contre les ingérences extérieures de toute nature. Si, aux Etats-Unis, c'est à travers la jurisprudence des *Torts* que s'est amorcée la « construction jurisprudentielle progressive et complexe d'un *Right of Privacy* de droit commun » ; en Europe, l'émergence d'un droit au respect de la vie privée est à trouver dans la doctrine allemande des droits de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*).

¹³⁸ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, pp. 311-312 ; G. CORNU, *Droit civil : Introduction, les Personnes, les Biens*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, pp. 195 et s.

¹³⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 312.

par étudier la protection offerte par le principe posé au § 1^{er} de l'article 8 de la CEDH (§ 1^{er}), pour ensuite aborder les intérêts susceptibles d'en justifier des restrictions (§ 2).

§ 1^{er}. Le principe : le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8, § 1^{er})

L'article 8, § 1^{er} de la CEDH pose en principe que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Le libellé de cette disposition présente un caractère relativement général et indéterminé, ce qui vaut particulièrement pour la notion de « vie privée »¹⁴⁰, sur laquelle nous concentrerons nos développements. Dans son contentieux relatif au droit au respect de la vie privée, la Cour européenne des droits de l'homme s'efforce d'adopter une méthode d'interprétation « dynamique et évolutive »¹⁴¹ afin de garantir l'effectivité de ce droit. La Convention est, en effet, un « instrument vivant », à interpréter à la lumière de conditions toujours actualisées. Ce dynamisme interprétatif se matérialise tant dans l'élargissement de l'applicabilité du droit au respect de la vie privée (A), que dans l'extension de son contenu (B)¹⁴².

A. Un champ d'application en constante extension : de la protection de la sphère « privée » au droit à l'épanouissement personnel

Les nombreux renvois et constructions jurisprudentielles opérés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contentieux de l'article 8 ne participent guère à une clarification conceptuelle et conduisent à conclure que la portée de l'article « se sent plus qu'elle se définit »¹⁴³. Au fil de sa jurisprudence, la Cour confère au concept de « vie privée » une portée éminemment large. Le choix méthodologique de la Cour qui consiste à ne jamais définir cette notion¹⁴⁴ lui a permis de mettre en place un processus d'élargissement de l'applicabilité de ce droit¹⁴⁵. Pour le Professeur Frédéric SUDRE, l'éminente contingence et relativité de la notion de « vie privée », ainsi que l'imprécision qui se dégage de l'expression conventionnelle entraîne, en réalité, une quasi-impossibilité, pour la Cour d'en donner une définition exhaustive¹⁴⁶. Il en découle que « la définition de la sphère de la « vie privée » procède du seul choix du juge »¹⁴⁷. Son contenu est, dès lors,

¹⁴⁰ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 ... », *op. cit.*, p. 37.

¹⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, § 74 ; En vertu de l'article 32 de la CEDH, « la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles ».

¹⁴² F. SUDRE, « Rapport introductif : la « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 26-27.

¹⁴³ R. ERGEC et J. VELU, v° Convention européenne des droits de l'homme, *R.P.D.B.*, compl. VII, 1990, n° 652, cité par J.-M. LARRALDE, « L'article 8 ... », *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁴ Cour eur. dr. h., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, § 29 : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de « vie privée » » ; Cour eur. dr. h., arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 25 avril 2002, § 61 : « la notion de « vie privée » est une notion large non susceptible d'une définition exhaustive ».

¹⁴⁵ L. BURGOGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 97 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 308.

¹⁴⁶ F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 11 ; O. De SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 832 ; F. SUDRE, « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit tenu à Louvain-la-Neuve le 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1-2.

¹⁴⁷ F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 27.

particulièrement subjectif et fluctuant. Outre un « kaléidoscope aux mille facettes », le concept de vie privée se révèle être un véritable « nœud gordien », où tout s'entremêle inextricablement¹⁴⁸. Pour la Professeure Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, la vie privée est une « nébuleuse juridique », d'une « complexité inouïe », si bien que son contenu « polymorphe, protéiforme et hétéroclite » devienne de plus en plus « imprévisible et insaisissable » et son statut « incertain »¹⁴⁹.

1. La « vie privée-intimité »

Les travaux préparatoires de la Convention laissent entrevoir une conception de la « vie privée » en tant que sphère d'intimité de la personne, dont le droit de vivre à l'abri des immixtions arbitraires des pouvoirs publics doit être garanti¹⁵⁰. Cette conception classique et personnelle de la vie privée « recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle »¹⁵¹. En 1992, la Cour rend un arrêt de principe, dans lequel elle affirme que bien qu'il ne soit « ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de « vie privée » », « il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur »¹⁵².

2. La « vie privée-sociale »

Le « saut qualitatif considérable »¹⁵³ franchi par la Cour européenne dans son arrêt *Niemietz c. Allemagne*, aboutit à considérer la vie privée, non plus uniquement comme une sphère d'intimité, mais comme englobant également le droit pour l'individu « de nouer et développer des relations avec ses semblables » (§29)¹⁵⁴. Ainsi, « les relations personnelles, sociales et économiques sont constitutives de la vie privée de tout être humain »¹⁵⁵. Ce versant moderne de la vie privée mis en évidence par la Cour ouvre alors la voie à un déploiement qui semble infini¹⁵⁶.

3. La « vie privée-autonomie »

L'évolution de la notion de vie privée se poursuit et donne naissance à trois concepts fondamentaux. Déjà reconnu par la Commission européenne des droits de l'homme dès 1977¹⁵⁷, un

¹⁴⁸ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 307.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 307-311.

¹⁵⁰ Comité d'experts, Avant-projet de Convention (Doc. A 833, 15 février 1950), in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. du Conseil de l'Europe), vol. III, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977, p. 237, cité par F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 12.

¹⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt X et Y c. Pays-Bas du 26 mars 1985, § 22.

¹⁵² Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 29.

¹⁵³ F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁴ La Commission européenne des droits de l'homme est la première institution du Conseil de l'Europe à s'être prononcée sur la notion de vie privée, considérant que « le droit au respect de la vie privée n'est pas seulement le droit à l'intimité mais aussi, dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains » (Comm. eur. D. H., D 6825/74 (X. c. Islande), 13 mai 1976, D.R. 5, p. 88).

¹⁵⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, § 96.

¹⁵⁶ O. De SCHUTTER, « La vie privée... », *op. cit.*, p. 830.

¹⁵⁷ Comm. eur. D. H., D 6959/75 (*Brüggeman et Scheuten c. RFA*), 12 juillet 1977, § 55 : « le droit au respect de la vie privée assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personne ».

droit à l'*épanouissement personnel* est explicitement consacré par la Cour dans son arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni*¹⁵⁸. Dans son arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour considère que l'article 8 protège également un droit au *développement personnel* et à l'*autonomie personnelle*¹⁵⁹.

Ces arrêts semblent témoigner d'une réelle mutation de la notion classique de vie privée vers la consécration d'une « vie privée-liberté » (ou « vie privée-autonomie »¹⁶⁰). Depuis 1970, le débat porte, en effet, davantage sur l'affranchissement de l'individu de toutes limites dans sa vie personnelle, affective, sexuelle et familiale que sur la protection de son intimité, en tant qu'espace de tranquillité, de confidentialité ou de liberté de vaquer à ses activités¹⁶¹. Pour la Professeure Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, la vie privée – alors même qu'elle entraîne des répercussions sur la vie d'autrui et sur la société dans son ensemble – est devenue « la liberté individuelle par excellence »¹⁶². Pour le Professeur Oliver De SCHUTTER, la diversité des directions dans lesquelles évolue la notion de vie privée conduit au constat d'une prolifération de ses manifestations sans véritables limites¹⁶³. Au vu de cette extension spectaculaire, il y a lieu de se demander si la notion de vie privée n'est pas amenée à recouvrir l'ensemble des choix personnels, voire la totalité des aspects de la vie humaine¹⁶⁴.

B. Un contenu en constante extension : des obligations positives à l'« effet horizontal »

L'étude du contenu du droit au respect de la vie privée conduit à s'intéresser à ses conditions d'exercice. Afin d'assurer sa pleine effectivité, la Cour recourt, d'une part aux obligations positives à charge des États, et, d'autre part, à l'« effet horizontal » qu'elle induit de l'article 8¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, § 47.

¹⁵⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 61 ; La jurisprudence de la Cour n'est pas pour autant stabilisée (F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 19). La systématisation de celle-ci peut s'avérer difficile lorsque les trois concepts d'épanouissement, de développement et d'autonomie personnels sont utilisés de manière combinée. Si certains arrêts semblent mettre en évidence des trajectoires différentes pour ces trois notions, d'autres nous amènent à conclure qu'elles sont totalement interchangeables (Cour eur. dr. h., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, § 83 : « L'article 8 de la Convention protège le droit à l'*épanouissement personnel*, que ce soit sous la forme du *développement personnel* [...] ou sous l'aspect de l'*autonomie personnelle* qui reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (nous soulignons)). La solution qui tend à ressortir des développements récents de la Cour pourrait consister à « accorder à la finalité de l'épanouissement [personnel] une place centrale dans l'interprétation de l'article 8 » (M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009/1, n° 49, pp. 11-12) et à limiter les concepts de développement et d'autonomie personnels, respectivement, aux questions d'identité et aux choix concernant le corps humain (F. SUDRE *et al.*, *op. cit.*, p. 479). Néanmoins, il existe de sérieux doutes quant au potentiel de cette suggestion à « mettre un terme aux tâtonnements du juge européen » (M. LEVINET, « La notion ... », *op. cit.*, p. 12).

¹⁶⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 327 : Le « droit d'être laissé seul » se serait-il mué en « droit à l'autodétermination » ? L'avènement de la notion d'autonomie personnelle comme principe matriciel des droits garantis par l'article 8 semble l'attester.

¹⁶¹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 327.

¹⁶² *Ibidem*, p. 309 : Le concept de vie privée est, en effet, paradoxal en ce qu'il touche, « à la fois aux domaines les plus intimes de la vie individuelle et aux piliers anthropologiques de toute société humaine, aux sentiments affectifs, aux passions et aux émotions, aux libertés individuelles mais aussi à l'intérêt général, aux aspects philosophiques, politiques, juridiques et aux valeurs culturelles enracinées dans les croyances ». La vie privée est en cela « une source de conflits de valeurs et d'intérêts explosifs liés aux profonds bouleversements socio-économiques, idéologiques, politiques, technologiques et scientifiques des sociétés post-modernes contre toute philosophie heurtant les libertés individuelles ».

¹⁶³ O. De SCHUTTER, « La vie privée ... », *op. cit.*, p. 836.

¹⁶⁴ F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 14 ; F. SUDRE, « La vie privée ... », *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁵ F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 27.

1. Le recours aux obligations positives à charge des États

La technique des obligations positives est presque systématique dans le contentieux de la vie privée¹⁶⁶. Si l'existence d'une telle obligation était, au départ, relativement casuistique, force est désormais de constater que la quasi-totalité des droits et libertés conventionnels sont renforcés par une obligation de protection¹⁶⁷. Pour le Professeur Frédéric SUDRE, l'étude de la jurisprudence strasbourgeoise conduit à « relever que les obligations positives dégagées au titre de la « vie privée » le sont au terme d'une interprétation proprement « constructive » et de l'affirmation, expresse ou implicite, que l'obligation est inhérente au droit garanti parce que nécessaire à son effectivité »¹⁶⁸.

2. L'effet horizontal du droit au respect de la vie privée

L'extension de la protection de la vie privée au-delà d'une garantie contre les immixtions étatiques a pour corollaire l'application de l'article 8 aux relations interindividuelles. Dans l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*¹⁶⁹, le juge européen a affirmé que les obligations positives inhérentes au droit au respect de la vie privée « peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (§23). En vertu de l'effet horizontal reconnu à l'article 8, l'intégrité physique et morale d'une personne est ainsi protégée contre les menaces, les violences physiques et les abus sexuels commis par autrui (et plus uniquement commis par l'État)¹⁷⁰.

§ 2. Les intérêts susceptibles de justifier des restrictions au droit à la vie privée et familiale (art. 8, § 2)

La reconnaissance d'un droit (ou d'une liberté) ne suppose pas que ce dernier ne connaisse aucune limite. Un certain nombre de principes supérieurs sont, en effet, à même de venir circonscrire les contours du droit au respect de la vie privée¹⁷¹. Des normes sont nécessaires, non seulement pour garantir l'exercice de ce droit contre les ingérences d'autrui, pour assurer la coexistence entre des

¹⁶⁶ Citons, par exemple, l'obligation positive pour l'État de protéger l'intégrité physique de la personne, celle de procéder à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle d'un transsexuel, ou celle de tout mettre en œuvre pour assurer la criminalisation et la sanction du viol, même entre époux. Ainsi, seule une législation condamnant l'impunité du mari pour le viol de sa femme sera « conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines » (Cour eur. dr. h., arrêts S.W. c. Royaume-Uni et C.R. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, §§ 44 et 42). Dans l'affaire *X et Y c. Pays-Bas*, la Cour a considéré que l'État n'avait pas satisfait à son obligation positive de protection concrète et effective de la victime handicapée mentale abusée sexuellement en empêchant son représentant légal de porter plainte pour elle (Cour eur. dr. h., arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985) ; voy. G. GONZALES, « La liberté sexuelle », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 170.

¹⁶⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, p. 306 ; Cour eur. dr. h., D 6525/00 (Libor Nowak c. République Tchèque), 13 novembre 2003 : « La Convention ne se contente pas d'astreindre les États contractants à respecter les droits et libertés qu'elle consacre ; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou en corriger la violation. L'obligation d'assurer un exercice efficace des droits énoncés par la Convention peut donc comporter pour un État des obligations positives dans un certain nombre de domaines, et ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même en ce qui concerne les relations des individus entre eux ».

¹⁶⁸ F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, § 23.

¹⁷⁰ F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 30.

¹⁷¹ D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, p. 23 ; E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 494.

droits et libertés susceptibles d'entrer en conflit, mais aussi – et surtout – afin de « concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société »¹⁷².

Certes l'interprétation que fait le juge européen du droit au respect de la vie privée est susceptible d'en limiter la portée et l'applicabilité, mais le droit au respect de la vie privée connaît également des limites plus explicites, énumérées par la Convention¹⁷³. Le second paragraphe de l'article 8 vient, en effet, préciser les conditions des éventuelles restrictions dont le droit au respect de la vie privée peut faire l'objet¹⁷⁴. Parmi les différents objectifs légitimes énumérés, il y a lieu de distinguer les justifications dites « objectives » (A), des justifications dites « subjectives » (B). Nous nous pencherons également, en particulier, sur la possibilité laissée aux États de restreindre les droits garantis par l'article 8 au nom de la protection des droits et des libertés d'autrui, en tant qu'elle est susceptible d'entraîner des conflits entre des droits protégés par la Convention (C)¹⁷⁵.

A. Les justifications objectives : la protection de l'intérêt général

Les justifications objectives sont celles « dont la légitimité n'est pas contestée, dès lors qu'un consensus paraît exister sur le fait qu'[elles] correspondent aux missions indiscutables de l'État »¹⁷⁶. Il s'agit de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays, de la défense de l'ordre, de la prévention des infractions pénales et de la protection de la santé publique. L'essentiel du débat porte davantage sur le poids qu'il y a lieu de leur accorder que sur leur légitimité¹⁷⁷.

B. Les justifications subjectives : la protection des valeurs traditionnelles et morales

À l'inverse des justifications objectives, il existe des justifications plus subjectives (la morale et les traditions) dont la légitimité est particulièrement remise en question à l'heure actuelle¹⁷⁸. Le second paragraphe de l'article 8 de la CEDH reconnaît expressément la morale comme un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions au droit au respect de la vie privée. Si certains considèrent encore que le rôle de l'État – ou plus généralement du droit – est de protéger les valeurs morales de la communauté humaine, nombreux sont ceux qui soutiennent le retrait de la morale du champ du droit, en raison de la subjectivité attachée à cette valeur¹⁷⁹. La jurisprudence de la Cour ne

¹⁷² D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷³ S. GREER, « Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme n° 15*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1997, p. 5, disponible à l'adresse <http://www.echr.coe.int> (10 avril 2017) ; Notons qu'il s'agit d'une *faculté* donnée aux États de limiter les droits garantis au nom de certains intérêts et non pas d'une *obligation* qui leur serait imposée (S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, p. 314).

¹⁷⁴ Art. 8, § 2, CEDH : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁷⁵ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 117.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹⁷⁸ C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 285.

¹⁷⁹ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 125.

reste pas insensible devant chacune de ces deux conceptions conservatrice ou libérale du rapport entre le droit et la morale¹⁸⁰. Suivant l'évolution de la société et des mœurs, l'attitude de la Cour – oscillant entre « déférence excessive » et « désapprobation frontale » – est, selon le Professeur Geoffrey WILLEMS, « profondément ambivalente »¹⁸¹.

C. Les conflits de droits fondamentaux : La protection des droits et libertés d'autrui

Il semble qu'à l'heure actuelle, dans une société démocratique dont tolérance, esprit d'ouverture et pluralisme sont les mots d'ordre, la seule justification certaine de trouver grâce aux yeux de l'opinion publique et du juge soit celle de la volonté de protéger les droits et les libertés garantis par la Convention¹⁸². De cette nouvelle réalité découle une multiplication des conflits de droits fondamentaux, occupant une place importante dans le contentieux européen. Si leur prolifération émane, avant tout, de l'interprétation extensive que fait la Cour du domaine de garantie des droits et libertés conventionnels alors susceptibles d'entrer en conflit, leur visibilité accrue procède également d'un « changement de « stratégie marketing » de la part du politique »¹⁸³. Les gouvernements défenseurs se rendent, en effet, compte que les valeurs (policières ou collectives classiques) au nom desquelles ils entendaient limiter les droits et libertés n'ont plus le succès d'antan. Si le changement de stratégie est nécessaire, il est aussi facilité par la circonstance que « n'importe quel intérêt collectif peut être présenté comme un intérêt individuel »¹⁸⁴.

1. La protection du système des droits et libertés : l'article 17 de la CEDH

Au lendemain des grandes dérives totalitaires, les États tiennent à instaurer des mécanismes permettant aux démocraties de se défendre. C'est dans cette optique qu'est inséré, dans la Convention européenne, l'article 17¹⁸⁵, consacrant une clause « anti-abus de droit »¹⁸⁶. Les pères fondateurs des droits de l'homme ont expressément condamné l'usage détourné de leur fonction pour justifier qu'il soit porté atteinte à d'autres droits considérés comme fondamentaux. Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, « les droits de l'homme ne peuvent que se pervertir s'ils sont utilisés, non plus pour faire sanctionner leur violation, mais au contraire pour la justifier »¹⁸⁷. La clause prévue par l'article

¹⁸⁰ G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 125.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 126 : « D'un côté, il est clair que la référence à toute forme d'« au-delà du droit » est frappée de suspicion au regard de l'inclinaison libérale des droits de l'homme et il apparaît parfois clairement que la Cour évite autant que possible de mettre le pied sur le terrain de la morale. Il n'empêche, d'un autre côté, que la Cour admet – régulièrement – à la table des négociations des motifs indubitablement moraux sans en questionner la pertinence ou la légitimité en sorte qu'il [est impossible] de conclure péremptoirement au déclassement du but de protection de la morale prévu par la Convention ».

¹⁸² G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 147 ; D. LOCHAK, op. cit., p. 35.

¹⁸³ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », op. cit., pp. 305 et 307.

¹⁸⁴ G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 147.

¹⁸⁵ Art. 17, CEDH : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention » (nous soulignons).

¹⁸⁶ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (sous la dir. de H. DUMONT et al.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 28 et s.

¹⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, n° 43, p. 2973.

17 s'analyse donc comme la possibilité de déchoir les discours et autres activités liberticides de toute protection conventionnelle. L'usage de cet article doit bien entendu rester exceptionnel et toujours satisfaire le principe de proportionnalité. En filigrane, apparaît l'idée que les droits et libertés fondamentaux ne sont pas à l'entière disposition de leurs titulaires et qu'un contrôle de leur exercice peut s'avérer nécessaire¹⁸⁸. Pour le Professeur Sébastien VAN DROOGHENBROECK, le procédé présente certes un certain intérêt en termes de technique juridique, mais son utilité reste limitée. Tous les conflits susceptibles de survenir entre les garanties conventionnelles ne peuvent se résoudre par une telle déchéance. En effet, « il ne pourrait être sérieusement soutenu qu'en chacune de ces hypothèses de conflits, s'observe l'utilisation d'un droit aux fins de « destruction » de l'autre »¹⁸⁹. Pour la juge Françoise TULKENS, il s'agit d'une « mesure mécanique », « frustrante » et « peu nuancée », dont l'application néglige toute balance d'intérêts, tout examen des circonstances de la cause, ainsi que toute analyse de l'importance des droits déchus et du préjudice causé par la déchéance¹⁹⁰.

2. La protection des droits d'autrui : les conflits interpersonnels¹⁹¹

Dans l'affaire *Chassagnou c. France*, concernant l'article 11 de la Convention, la Cour a souligné que « c'est précisément [la] constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique ». La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire [...]. Il en va différemment lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des « droits et libertés » qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti » (§113). Ainsi que le souligne le Professeur Sébastien VAN DROOGHENBROECK, les conflits entre droits fondamentaux appellent « une méthode de résolution et d'adjudication distincte de celle qui, usuellement, est mobilisée pour arbitrer les conflits « classiques » survenant entre, d'une part, un droit fondamental et, d'autre part, un intérêt qui, pour être juridiquement protégé, ne revêt cependant pas le statut de

¹⁸⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droits* (sous la dir. de H. DUMONT et al.), Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la culture des Facultés universitaires Saint-Louis le 14 février 2000, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 145 ; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 29 ; M. OETHEIMER, « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 69, p. 66.

¹⁸⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁰ Intervention de Françoise TULKENS dans M. FABRE-MAGNAN et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n° 48, p. 33 : « De la « balance » au « glaive » que constitue l'article 17 comme déchéance pure et simple, n'y a-t-il pas un danger pour la démocratie d'employer – pour se défendre – les propres armes de ses ennemis ? ».

¹⁹¹ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 278 ; Les conflits *interpersonnels* surviennent lorsque deux personnes distinctes font valoir des prétentions opposées l'une à l'autre, en se fondant, soit sur le même droit ou la même liberté, soit sur des droits et libertés distincts (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, pp. 299-303).

droit fondamental »¹⁹². Si les seconds renvoient à la technique de la proportionnalité, les premiers s'en remettent à la technique de pondération des intérêts en présence¹⁹³.

3. La protection de ses propres droits : les conflits intrapersonnels¹⁹⁴ ou la renonciation aux droits fondamentaux

Bercés par l'idéologie libérale et individualiste contemporaine, les individus désirent se voir reconnaître le droit de disposer librement de leurs droits et libertés. Un tel choix peut se matérialiser dans la renonciation de l'individu à certains de ses droits fondamentaux au profit d'activités dont l'exercice est protégé par un autre droit fondamental¹⁹⁵. La renonciation peut être définie comme l'« acte unilatéral ou conventionnel par lequel un sujet de droit international manifeste expressément ou tacitement sa volonté d'abandonner un droit ou une prétention »¹⁹⁶. La question reste de savoir si les bénéficiaires de la Convention peuvent refuser de se voir appliquer la protection de celle-ci contre leur gré¹⁹⁷ ? Si, à première vue, le principe d'inaliénabilité des droits fondamentaux s'oppose à la possibilité pour l'individu d'y renoncer ou d'en disposer¹⁹⁸, pour les Professeurs François OST et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, la solution serait de considérer, *in fine*, qu'il est possible de renoncer à chacun des droits ou libertés conventionnels, moyennant certaines limites, tant

¹⁹² S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, p. 299 ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 214.

¹⁹³ Pour un approfondissement de cette question, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, pp. 308 et s.

¹⁹⁴ Les conflits *intrapersonnels* surviennent lorsque s'opposent, dans le chef d'un seul et même individu, des requêtes contradictoires issues, soit d'un seul et même droit ou d'une seule et même liberté, soit de deux droits ou libertés distincts garantis à son bénéfice (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, pp. 303-304).

¹⁹⁵ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights and state paternalism under the European Convention on Human Rights », *Northern Ireland legal Quarterly*, 2000, p. 495 ; O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (sous la dir. de H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 445-446.

¹⁹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, PUF, 2012, p. 884 ; Selon nous, la renonciation s'effectue au cas par cas et s'identifie, dès lors, davantage à un refus d'exercer un droit ou une liberté qu'à un abandon définitif de celui ou celle-ci. Notons que la problématique de la renonciation par un individu à un droit fondamental peut s'appréhender de plusieurs façons selon la signification qui lui est reconnue. Si certains identifient la renonciation à l'exercice de l'aspect négatif d'un droit ou d'une liberté fondamental, elle peut également s'assimiler au refus d'exercer le droit ou la liberté en cause. La première hypothèse part du postulat que chacune des dispositions de la Convention renferme, en elle-même, deux droits distincts : l'un garanti, en tant que tel, par la Convention et l'autre correspondant au droit de ne pas se prévaloir du premier (O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights ... », *op. cit.*, p. 495). Pareille conception, qui suppose, dans le chef de l'individu, l'existence d'un « droit de renoncer » pouvant être déduit de chacun des droits ou libertés conventionnels, n'est, cependant, pas consacrée dans son intégralité par la Cour européenne, qui ne reconnaît l'existence de ce droit qu'à l'égard de certaines dispositions (O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights ... », *op. cit.*, p. 508). Pour Philippe FRUMER, la renonciation ne peut s'assimiler à l'aspect négatif d'un droit ou d'une liberté conventionnel, dans la mesure où ce dernier correspond seulement à l'exercice d'une modalité (négative) de ladite liberté et non à son abandon (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, p. 17). Il ressort de ces considérations que la renonciation à un droit ou une liberté fondamental s'appréhende davantage comme le refus, dans le chef de l'individu, d'exercer ledit droit ou ladite liberté.

¹⁹⁷ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights ... », *op. cit.*, pp. 481 et 495.

¹⁹⁸ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 39 ; L'idée d'une indisponibilité absolue des droits fondamentaux tend, cependant, à être remise en question. La prétention des autorités publiques à pouvoir désigner mieux que (et à l'encontre de) la personne ce qui est meilleur pour son épanouissement peut s'avérer, en effet, douteuse (G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 141 ; P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 280 ; D. BORRILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle » », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 44-45). La renonciation à un droit peut ainsi être invoquée par l'individu pour dénoncer le paternalisme d'un État qui entend imposer le bénéfice d'un droit indésiré à l'encontre de la volonté même de son titulaire (O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights ... », *op. cit.*, p. 495).

substantielles que procédurales¹⁹⁹. Ainsi, « en chacun des droits s'articuleraient une dimension de prérogative individuelle laissée à la maîtrise du titulaire, et une dimension de valeur objective institutionnelle, un intérêt général à l'exercice du droit concerné transcendant le titulaire et soustraite à sa libre disposition »²⁰⁰. Dans cette optique, la renonciation à un droit fondamental ne peut concerner que les aspects périphériques du « noyau dur inaliénable » de ce droit²⁰¹. Si pareille renonciation découle du principe général de liberté et d'autonomie personnelle, elle reste une simple « faculté » et non un « droit »²⁰². En effet, l'individu pouvant renoncer à la protection qu'un État paternaliste désire lui imposer, ne peut exiger de celui-ci qu'il prenne les mesures nécessaires au soutien de cette renonciation. Dans la plupart des cas, cependant, renoncer à un droit revient à en exercer un autre. La renonciation met, dès lors, en avant le conflit sous-jacent entre deux droits qui s'opposent. À cet égard, il semble que l'article 8, en tant que « méta-droit » à l'autonomie, soit de plus en plus susceptible de servir de justification à de telles renonciations, s'imposant même comme « un droit général à la renonciation aux autres droits »²⁰³.

Il reste que la possibilité pour l'individu de renoncer ou de disposer de ses droits peut, se retourner contre lui lorsque ce choix procède de la marchandisation du droit fondamental²⁰⁴. Entre les droits subjectifs que représentent les droits fondamentaux et les principes objectifs sur lesquels ils reposent, la délicate mission de la Cour tient dans la recherche constante d'un équilibre satisfaisant « entre la liberté de l'individu d'éventuellement renoncer à ses droits fondamentaux, et la protection des valeurs fondamentales qu'incarnent les droits de l'homme »²⁰⁵. Au vu de ces considérations, il nous semble que le principe de renonciation aux droits et libertés fondamentaux n'est acceptable que lorsqu'il s'exerce dans le cadre d'un rapport individuel. Ainsi, toute personne qui entend défendre juridiquement la validité d'un acte posé par un tiers mais le concernant (telle l'atteinte à son intégrité physique), se verra contrainte – à défaut de pouvoir se prévaloir de la renonciation à son droit – de justifier celle-ci par l'invocation d'un droit subjectif à part entière.

¹⁹⁹ Voy. O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, pp. 442 et s. : Pour les deux auteurs, la validité d'une renonciation s'apprécie moins en fonction de la nature du droit en cause ou d'une théorie générale de la renonciation, que « sur la base d'un examen, aussi individualisé que possible, des circonstances entourant la renonciation, et notamment de l'autonomie dont dispose le sujet lorsqu'il prend cette décision ». La solution serait donc davantage procédurale que substantielle. Dans ce contexte, il y a lieu de distinguer, au cas par cas, la renonciation qui équivaut à un « moindre mal » de celle qui exprime une véritable préférence (O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 454 : « Plus la renonciation s'impose comme la solution évidente pour l'individu, compte tenu du caractère peu satisfaisant des alternatives qui lui sont ouvertes, et moins elle pourra être considérée comme valable, alors même qu'elle présente, pour l'individu, les avantages les plus importants »). Il reste donc à déterminer les conditions nécessaires à la manifestation d'une renonciation « authentique ». Une telle renonciation requiert la réunion de conditions matérielles (consentement libre et constant) et informationnelles (consentement éclairé). Le consentement sera libre dès lors qu'il ne répond pas à un besoin, économique ou autre. La renonciation faite en contrepartie d'avantages matériels est, en effet, douteuse en ce qu'elle procède de la « marchandisation » d'un droit. Le consentement ne sera éclairé que pour autant que l'individu dispose des informations nécessaires à l'expression d'une renonciation réfléchie, en pleine connaissance de cause.

²⁰⁰ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 47-48.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 48.

²⁰² O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 449.

²⁰³ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 42.

²⁰⁴ O. DE SCHUTTER, « Waiver of rights ... », *op. cit.*, p. 481.

²⁰⁵ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 142.

SECTION 2. LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE SEXUELLE

En ce que le domaine des relations sexuelles constitue l'un des aspects les plus intimes de la sphère privée, il est, à ce titre, protégé par l'article 8 de la CEDH. Dès 1976, la Commission indique, en effet, que le droit au respect de la vie privée « comprend également, dans une certaine mesure, le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité »²⁰⁶. En 1985, la Cour européenne des droits de l'homme confirme, à son tour, de manière plus explicite, que « la « vie privée » recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle »²⁰⁷. Plus récemment, elle a reconnu que, du principe d'autonomie personnelle qui sous-tend l'interprétation du droit au respect de la vie privée, se déduisait un droit de disposer de son corps, duquel découle un « droit d'entretenir des relations sexuelles »²⁰⁸. Le juge européen, « palliant ainsi le silence du droit écrit »²⁰⁹, établit un lien direct entre vie privée, autodétermination, libre disposition de son corps et liberté sexuelle²¹⁰.

Pour certains, l'idée d'une libre disposition de la personne sur son corps est susceptible de conduire à l'avènement d'une liberté individuelle souveraine et sans limites, faisant fi des considérations morales et d'ordre public. La liberté sexuelle n'échappe cependant pas au sort commun des libertés individuelles, et est susceptible de connaître des restrictions²¹¹. La question reste celle de la détermination de la marge d'intervention revenant à l'État en matière sexuelle, ainsi que des raisons légitimes pouvant conduire à encadrer, voire interdire certaines formes de sexualité. Selon nous, comme le souligne la Professeure Danièle LOCHAK, la réponse doit s'articuler autour du paradigme fondamental propre aux restrictions des libertés dans une démocratie libérale, selon lequel la liberté de chacun ne trouve de limites que dans la liberté d'autrui et le bien commun²¹².

Quoi qu'il en soit, nous sommes en mesure d'affirmer qu'au terme d'une lente évolution de la jurisprudence strasbourgeoise au cours des quarante dernières années, le domaine de la vie privée sexuelle s'est considérablement élargi et affiné quant à ses frontières. Si les décisions de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme sont manifestement d'une « grande richesse

²⁰⁶ Comm. eur. D. H., D 6825/74 (X. c. Islande), 13 mai 1976, D.R. 5, p. 88.

²⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt X et Y c. Pays-Bas du 26 mars 1985, § 22.

²⁰⁸ Cour eur. dr. h., arrêt K.A. et A.D. du 17 février 2005, § 83.

²⁰⁹ D. ROMAN, « Le corps ... », *op. cit.*, p. 1509.

²¹⁰ Pour la Professeure Diane ROMAN, la subsomption de la liberté sexuelle au droit au respect de la vie privée soulève deux remarques. D'une part, par l'établissement d'un lien entre sexualité et développement ou autonomie personnels, la Cour marque l'importance qu'elle attache à la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend. L'épanouissement personnel est ainsi, en quelque sorte, conditionné à la possibilité pour le sujet de poser sa propre norme. D'autre part, il en découle une nécessaire limitation du droit dans le domaine de la sexualité. Le juge européen marque ainsi le rejet du rôle du droit comme transcription mécanique de la morale ou du dogme religieux. Le but poursuivi par l'ordre juridique est, en effet, susceptible d'inférer sur la frontière tracée entre le licite et l'illicite (D. ROMAN, « Le corps ... », *op. cit.*, pp. 1509-1510).

²¹¹ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 494 ; D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 23.

²¹² D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 24 : « Reste bien sûr, dans chaque cas, à déterminer la consistance de ce « bien commun » et les conditions d'un équilibre entre les exigences de la vie en société et les libertés individuelles ».

anticipatrice »²¹³, nous limiterons notre propos à l'étude de quelques arrêts phares de la Cour européenne des droits de l'homme, permettant de donner un aperçu de cette évolution en la matière. Ainsi, nous traiterons successivement de la répression pénale de l'homosexualité (§ 1^{er}), du sadomasochisme (§§ 2 et 3) et de l'inceste (§ 4).

§ 1^{er}. L'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*²¹⁴

L'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* de 1981 est considéré comme l'« un des plus grands arrêts jamais rendus par la Cour de Strasbourg »²¹⁵. En l'espèce, le requérant, un homosexuel résidant en Irlande du Nord, y dénonçait l'existence de lois érigeant en infraction certains actes homosexuels entre adultes consentants (§13). Il avait été longuement interrogé sur sa vie sexuelle, après que la police eut découvert, à son domicile, un journal intime décrivant ses relations homosexuelles. Aucune poursuite ne fut cependant engagée, en raison de l'absence d'intérêt général (§33).

Bien que la Commission européenne des droits de l'homme ait longtemps reconnu la possibilité d'ériger l'homosexualité en infraction au nom de la protection de la santé ou de la morale, elle opère un grand revirement, dès 1980, dans son appréciation de l'affaire *Dudgeon*. Sur base de cette appréciation, la Cour considère que le maintien en vigueur de la législation litigieuse représente « une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) » (nous soulignons). Cette ingérence « se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci » (§41). Pour qu'elle soit justifiée, l'ingérence doit être prévue par la loi, inspirée par un ou plusieurs buts légitimes inscrits au § 2 de l'article 8 et être nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ce ou ces buts. Si la validation de la première condition ne prête guère à controverse, la légitimation de l'ingérence par la protection de la morale ou des droits et libertés d'autrui ainsi que sa nécessité dans une société démocratique appellent de plus longs développements (§§43-45).

Puisque les lois en cause avaient été adoptées « pour imposer la conception alors dominante de la morale sexuelle », et que l'abandon du projet d'amendement de celles-ci se justifiait par « l'opinion que pareille réforme y affaiblirait beaucoup les structures morales de la société », il y a lieu de conclure, selon la Cour, que « le but général de la législation incriminée demeure la protection de la morale, au sens de normes morales reçues en Irlande du Nord » (§46). Quant à la protection des droits et libertés d'autrui, le juge européen considère « assez artificiel » d'établir une distinction rigide entre cette dernière et la protection de la morale (§47). La Cour poursuit en affirmant que « sans contredit, une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel masculin, comme

²¹³ J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, 2009/1, n° 49, p. 21.

²¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981.

²¹⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté ... », *op. cit.*, p. 21.

du reste d'autres formes de comportement sexuel, peut se justifier comme « nécessaire dans une société démocratique » [...] même à [l'égard] des actes accomplis d'un commun accord et en privé » (§49). Quant à la nécessité dans une société démocratique, celle-ci doit s'analyser comme un « besoin social impérieux » dans une société « dont tolérance et esprit d'ouverture constituent deux des caractéristiques » (§53). Et puisque « la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée, seules des « raisons particulièrement graves » sont susceptibles de justifier une ingérence des pouvoirs publics » (§52).

Selon la Cour, la circonstance de l'existence d'un consensus, dans d'autres États membres, qu'une telle ingérence ne puisse être justifiée n'induit pas que les mesures prises en Irlande du Nord soient inacceptables. En effet, « dans un État où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux » (§56). Dans ce contexte, « le climat moral de l'Irlande du Nord en matière sexuelle » et « la conviction authentique et sincère, partagée par nombre d'esprits réfléchis de la province, qu'amender la législation y affaiblirait beaucoup les structures morales de la société », figurent « parmi les données dont les autorités nationales sont en droit de tenir compte en usant de leur pouvoir d'appréciation ». Que cette opinion soit fondée ou non, ou qu'elle s'écarte des conceptions dominantes ailleurs, « son existence dans de larges milieux de la société nord-irlandaise est assurément pertinente sous l'angle de l'article 8 par. 2 » (§57).

Au regard de ces diverses considérations, la Cour considère que le gouvernement britannique a « agi avec soin et de bonne foi ». Cependant, le fait que l'État n'ait « pas ménagé ses efforts pour arriver à une solution équilibrée » ne suffit pas, en lui-même, à démontrer que l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique (§59). Dans le contexte d'une meilleure compréhension et d'une plus grande tolérance à l'égard du comportement homosexuel, même en Irlande du Nord, « on ne saurait [...] parler d'un « besoin social impérieux » d'ériger de tels actes en infractions ». Si « l'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale », « cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants » (§60) (nous soulignons)²¹⁶. « Ni les attitudes morales envers l'homosexualité masculine en Irlande du Nord ni la crainte qu'une atténuation de ces règles n'aboutisse à miner les valeurs morales existantes ne

²¹⁶ Il s'agit d'une rédaction prudente qui laisse entendre qu'une pénalisation reste possible si elle est combinée à d'autres éléments factuels. Dans un *obiter dictum*, la Cour ajoute, en effet, que « dépenaliser ne veut pas dire approuver » (§ 61). Par ailleurs, elle admet expressément une différence de traitement quant à l'âge du partenaire selon les rapports sexuels en cause, au nom de la « la nécessité, dans une société démocratique, d'un certain contrôle du comportement homosexuel afin notamment de lutter contre l'exploitation et la corruption de personnes spécialement vulnérables à cause, par exemple, de leur jeunesse » (§ 62) (voy. G. GONZALES, « La liberté sexuelle », *op. cit.*, p. 162).

permettent en soi une ingérence si étendue dans la vie privée du requérant » (§61). La Cour conclut ainsi majoritairement (mais non à l'unanimité²¹⁷) à la violation de l'article 8.

L'arrêt *Dudgeon* peut légitimement être considéré comme un arrêt de principe, en ce qu'il pose – avec quelques précautions de langage – les fondements de l'examen des décisions ultérieures en matière de sexualité²¹⁸. Puisque la vie sexuelle est considérée comme un aspect particulièrement intime de la vie privée, seules des raisons particulièrement graves justifient qu'une restriction y soit apportée. Parmi ces « raisons », la Cour ne néglige pas la pertinence des perceptions morales dominantes, si relatives ou infondées soient-elles. Cette pertinence perd, cependant, toute valeur lorsque ces perceptions morales ne peuvent être rattachées à un risque de dommages pour l'individu ou la communauté. La circonstance que l'État ait agi de bonne foi ou n'ait engagé aucune poursuite ne peut suffire à justifier la nécessité d'une interdiction absolue, assortie de sanctions pénales. Comme le souligne Gérard GONZALES, « l'argument de la protection de la morale par le moyen de la pénalisation et sur le terrain de l'article 8 paraît voué à l'échec, ne supportant pas la confrontation avec l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, sauf à se confondre avec les exigences de l'ordre public ou avec les droits d'autrui »²¹⁹.

§ 2. L'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*²²⁰

En 1997, la Cour est amenée à se prononcer sur la conventionalité de la répression pénale de pratiques sadomasochistes. Dans la présente affaire, les intéressés – homosexuels pratiquant des actes sadomasochistes avec une quarantaine d'autres hommes – ont été poursuivis, notamment pour coups et blessures, après que des vidéocassettes enregistrées lors de leurs séances fussent tombées entre les

²¹⁷ Quatre juges ont, en effet, exprimé une opinion dissidente. Au centre de celles-ci, c'est essentiellement la question de l'importance devant être accordée à la morale qui est débattue. Nous retiendrons l'opinion dissidente du juge WALSH, pour qui la question de savoir si l'ingérence de l'État défendeur était nécessaire dans une société démocratique à la protection de la morale nous amène à « la question philosophique séculaire de savoir quel est le but du droit ». Il s'interroge sur le fait de savoir s'il existe un domaine de la morale qui ne concerne pas le droit, ou si ce dernier se préoccupe à juste titre de principes moraux (§ 9). Renvoyant aux théories contemporaines de philosophie du droit, le juge oppose le Professeur Herbert L. A. HART à Lord DEVLIN. Selon ce dernier, « la morale relève à juste titre du droit ». La mission du droit de protéger la société dépasse la simple protection de l'individu contre les éventuels dommages ; elle implique également de protéger « les institutions et la communauté d'idées, politiques et morales, sans lesquelles les gens ne peuvent pas vivre ensemble ». « La société ne peut faire abstraction de la morale de l'individu pas plus que de sa loyauté ; elle puise sa force dans les deux et à défaut de l'une ou l'autre elle meurt ». La thèse opposée, défendue par Herbert L. A. HART, s'inspire de la philosophie de John Stuart MILL, considérant que « le droit ne doit pas s'ingérer dans des questions de morale privée plus qu'il n'est nécessaire pour préserver l'ordre public et protéger les citoyens contre ce qui est blessant et choquant et qu'il existe une sphère de la morale qu'il vaut mieux laisser à la conscience individuelle, comme s'il s'agissait d'une liberté de pensée ou de croyance » (§ 11). Il s'ensuit que – et la Commission Wolfenden l'a défendu – la loi pénale ne devrait pas intervenir dans le cadre de relations homosexuelles entre hommes adultes consentants. Pour le juge WALSH, « la prééminence du droit elle-même dépend d'un consensus moral de la société et dans une démocratie, la loi ne peut faire abstraction de ce consensus. Si la loi est sans rapport avec lui, en étant soit beaucoup trop en deçà, soit beaucoup trop au-delà, elle est traitée par le mépris. La loi ne peut contraindre la vertu à exister, mais elle peut y contraindre la non-vertu si elle rend la lutte pour la vertu par trop difficile. Une telle situation peut éroder l'éthique de la société dont il s'agit ». Il poursuit en considérant que « la justification finale de la loi est qu'elle serve des fins morales » (§ 14). Au nom de la protection contre la corruption et du maintien de l'éthique de la société, l'État serait donc, selon lui, en « droit de promulguer les lois qu'il peut raisonnablement juger nécessaires à la réalisation de ces objectifs » (§ 14).

²¹⁸ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêts *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988 et *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993 ; G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 314.

²¹⁹ G. GONZALES, « Une nouvelle dimension ... », op. cit., p. 106.

²²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997.

maines de la police. La condamnation portait essentiellement sur la teneur des cassettes et non sur leur éventuelle distribution. Si les autorités anglaises ont concédé être en présence de pratiques sexuelles consensuelles²²¹, leur caractère violent²²² justifiait qu'elles soient réprimées par l'État.

Devant la Cour européenne, les requérants invoquent la violation de leur droit au respect de leur vie privée garanti par l'article 8, alléguant du caractère consenti, discret, discipliné et responsable de pratiques qui relèvent avant tout de la morale privée²²³. La Cour précise, toutefois, que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 » (§36). Malgré le doute sérieux exprimé quant au caractère « privé » de ces actes²²⁴, elle considère qu'il ne lui revient pas d'examiner la question de sa propre initiative (§36). Il s'agit donc, pour la Cour, d'une simple « gymnastique intellectuelle »²²⁵, lui permettant de souligner les limites d'un champ d'application en constante extension.

Si la question de l'existence d'une ingérence de l'État dans la vie privée des requérants, ainsi que de son fondement dans une loi, n'a pas soulevé de débats, reste au juge européen le soin de déterminer si cette ingérence est nécessaire dans une société démocratique (§36)²²⁶. Pour ce dernier, « l'un des rôles incontestablement dévolu à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien » (§43). À cet égard, les autorités étaient en droit, conformément à leur marge d'appréciation, de prendre en compte, non seulement, la gravité des dommages réellement commis mais également le préjudice potentiel inhérent à ces pratiques. Selon la Cour, la circonstance que « les pratiques sadomasochistes des requérants ont entraîné des lésions ou blessures d'une gravité certaine et non pas seulement légères ou passagères » « suffit à distinguer la cause d'affaires

²²¹ « Ces activités étaient librement consenties et menées en privé, apparemment sans autre but que la recherche du plaisir sexuel. Les souffrances étaient infligées selon certaines règles, dont un mot de code qui permettait à la « victime » de mettre un terme à l'« agression », et ne donnèrent lieu en aucun cas à des infections ou à des lésions permanentes ni ne nécessitèrent l'assistance d'un médecin » (§ 8).

²²² « Ces actes consistaient essentiellement en mauvais traitements infligés sur les parties génitales (à l'aide de cire chaude, de papier de verre, d'hameçons et d'aiguilles par exemple) et en rituels de flagellation soit à mains nues soit au moyen de divers objets tels que des orties, des ceintures à pointes ou des martinets. Dans certains cas, le marquage au fer rouge ou les lésions infligées provoquèrent des saignements et laissèrent des cicatrices » (§ 8).

²²³ F. SUDRE *et al.*, *op. cit.*, p. 439.

²²⁴ « Il ne fait aucun doute que les tendances et le comportement sexuels se rapportent à un aspect intime de la vie privée. Cependant, un nombre considérable de personnes ont pris part à ces actes, qui comportaient notamment le recrutement de nouveaux « membres », la mise à disposition de plusieurs « chambres » équipées spécialement et l'enregistrement de nombreuses vidéocassettes distribuées parmi les « membres » en question [...]. Il est donc permis de se demander, vu les circonstances particulières de l'espèce, si les pratiques sexuelles des requérants relèvent entièrement de la notion de « vie privée » » (§ 36). Dans son opinion concordante, le juge PETTITI considère qu'« il n'y avait pas même applicabilité de cet article (art. 8). On ne peut en effet donner une extension illimitée à la notion de vie privée. Tout ce qui concerne la vie privée ne peut automatiquement entrer dans le champ de protection que veut assurer la Convention. Il ne suffit pas que les comportements considérés aient lieu au domicile privé pour être assurés de toute immunité et impunité. Tout ce qui est à huis clos n'est pas forcément admissible ».

²²⁵ G. GONZALES, « La liberté sexuelle », *op. cit.*, p. 159 ; J.-M. LARRALDE, « L'article 8 ... », *op. cit.*, p. 48.

²²⁶ Alors que la Chambre des Lords invoquait, à la fois, le droit et le devoir de toute société « de se protéger contre le culte de la violence, lorsque celle-ci est inspirée par le plaisir de la souffrance d'autrui » et la dangerosité potentielle de telles pratiques pour la santé ; les requérants, défendaient que leurs comportements se rapportaient « à des questions d'expression sexuelle plutôt que de violence » et qu'ils n'avaient pas entraîné de « risques de blessures graves ou de corruption morale » (J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? À propos de l'arrêt K.A. c/ Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H. », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1311).

antérieurement examinées par la Cour, qui avaient trait à des actes homosexuels auxquels des adultes consentants s'étaient livrés en privé, et ne présentaient pas une telle caractéristique » (§45).

Après avoir affirmé que les mesures adoptées par les autorités britanniques étaient proportionnées aux buts légitimes poursuivis (§49), la Cour considère que « les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé » (§50). Partant, il n'est pas « nécessaire de rechercher si l'ingérence dans l'exercice par les requérants du droit au respect de leur vie privée pouvait également se justifier par la protection de la morale ». Toutefois, pareil constat ne doit « pas s'interpréter comme mettant en cause le droit de l'État de chercher à détourner de l'accomplissement de tels actes au nom de la morale » (§51). Elle conclut, dès lors, à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

En conclusion, tout en reconnaissant un droit au respect de la vie privée en matière sexuelle, la Cour – qui s'appuie sur le « caractère extrême » des pratiques en cause – reconnaît expressément aux États le droit de condamner les pratiques sexuelles librement consenties pouvant être à l'origine de dommages corporels²²⁷, sans exclure (mais, tout en évitant de s'y aventurer) le droit pour l'État de réglementer l'accomplissement de tels actes au nom de la protection de la morale²²⁸.

L'arrêt de la Cour de Strasbourg a fait l'objet d'un certain nombre de critiques. Certains regrettent l'absence de référence au principe de dignité²²⁹ ainsi que la non-mise en œuvre de l'article 17 de la CEDH portant interdiction de l'abus de droit²³⁰. La clause de déchéance qu'il contient aurait dû, selon ces derniers, être mise en œuvre par la Cour pour déchoir les requérants de leur droit à la protection de leur vie privée, en ce que ce droit est exercé à l'encontre d'un autre droit fondamental (de surcroît, « absolu ») qu'est l'interdiction de traitements inhumains et dégradants²³¹. D'autres s'inquiètent de voir cette décision s'écarter, de manière surprenante et significative, de la jurisprudence antérieure de la Cour en matière de sexualité²³², qui avait, pourtant, reconnu la liberté d'entretenir des relations sexuelles comme condition d'épanouissement et de développement de la personnalité²³³. Dès lors qu'il s'agit de sadomasochisme, la Cour devient particulièrement restrictive.

²²⁷ Selon la Cour, « certains de ces actes peuvent fort bien se comparer à des « tortures génitales » et l'on ne saurait dire qu'un État contractant se trouve dans l'obligation de tolérer des actes de torture sous prétexte qu'ils sont commis dans le cadre d'une relation sexuelle consentie » (§ 40). Il s'ensuit que « les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé au sens de l'article [8, § 2] » (§ 50).

²²⁸ F. SUDRE *et al.*, *op. cit.*, p. 439.

²²⁹ Dans son opinion concordante, le juge Louis-Edmond PETTITI a souligné qu'il lui paraissait nécessaire que la Cour reconnaisse également la légitimité du rôle dévolu à l'État de réguler et sanctionner des « pratiques d'abus sexuels même si ceux-ci n'entraînaient pas de dommages corporels mais des atteintes à la dignité ».

²³⁰ Intervention de Michel LEVINET dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 10.

²³¹ *Ibidem*, p. 21.

²³² Intervention de Jean-Pierre MARGUÉNAUD dans *Ibidem*, p. 12 ; E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 479.

²³³ Comm. eur. D. H., D 6825/74 (X. c. Islande), 13 mai 1976, D.R. 5, p. 88.

En se référant au « caractère extrême » des pratiques en cause, la Cour « chercherait-elle à poser les critères d'une sexualité normale²³⁴ ? »²³⁵ Pour le Professeur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, il est difficilement acceptable que la liberté sexuelle des uns puisse être limitée par la morale sexuelle des autres²³⁶. Toute ingérence étatique fondée sur la protection de la morale présente un risque d'arbitraire puisqu'elle est exclusivement dépendante de la morale majoritaire. Comme le souligne Évelyne LANGENAKEN, « cette volonté de clivage entre sexualité normale et anormale risque d'aboutir à un droit au respect de la vie privée « à la tête du client » »²³⁷. En définitive, cet arrêt a pour conséquence d'accorder la primauté à l'intégrité physique sur l'intégrité psychique des requérants. Animée par les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité de la personne humaine, la Cour délaisse le critère du consentement et « opte pour une protection de l'individu *contre son gré* »²³⁸. En ne percevant que du sadisme là où les requérants invoquent une jouissance sexuelle, la Cour nie l'existence d'un désir masochiste et, partant, du sadomasochisme en tant que pratique sexuelle²³⁹. Pour les Professeurs Daniel BORRILLO et Danièle LOCHAK, une telle argumentation témoigne de « l'arbitraire des qualifications judiciaires qui n'arrivent pas à s'affranchir des jugements de valeur et aboutissent à imposer une morale qui réduit d'autant la portée du consentement et de l'autonomie individuelle »²⁴⁰. L'absence de considération pour les désirs et aspirations des intéressés ainsi que l'emphase placée sur le préjudice potentiel des actes en question témoignent, pour Christopher NOWLIN, d'une approche paternaliste déplacée²⁴¹. La justification de l'ingérence par souci de protection de la santé serait, dans cette hypothèse, « une habile couverture pour cacher ses véritables intentions d'ordre moral »²⁴². À cet égard, l'on pourrait alors légitimement se demander si la véritable motivation du juge européen ne se trouve pas davantage inscrite dans l'opinion concordante du juge français Louis-Edmond PETTITI, qui considère que « la protection de

²³⁴ J.-M. LARRALDE, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Jaggard, Laskey et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, *D.*, 1998, p. 99.

²³⁵ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 479.

²³⁶ Intervention de Jean-Pierre MARGUÉNAUD dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 12.

²³⁷ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 479.

²³⁸ *Ibidem*, p. 479.

²³⁹ On notera l'ambiguïté du terme « sadomasochisme », qui ne représente en rien le vécu de ceux qui s'y adonnent. En effet, « par définition, le masochiste est consentant à la douleur qui conditionne son plaisir, tandis que le sadique recherche le plaisir prioritairement par l'administration de la douleur à une victime non consentante. Autrement dit, la rencontre d'un sadique et d'un masochiste est une configuration impossible puisque les conditions de leur accès respectif au plaisir s'excluent mutuellement », (O. CAYLA, « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », in *Liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, p. 96) ; O. CAYLA, *op. cit.*, pp. 101 et s. : Bien que les requérants considèrent – subjectivement – que leurs pratiques étaient consenties, maîtrisées et ajustées « à ce qui est seulement requis pour susciter un plaisir érotique et qui relève du consentement du masochiste », la Cour, quant à elle, y voit – objectivement – des actes sadiques, qui, par définition, défient toute logique de maîtrise et ne sont que débordement par essence. Le préjudice pour la santé est, dès lors, immanquable, même si la réalisation actuelle n'est pas établie. Si les pratiques en cause « ne donnèrent lieu en aucun cas à des infections ou à des lésions permanentes ni ne nécessiteraient l'assistance d'un médecin », la Cour considère, néanmoins, qu'il y a lieu de « prendre en compte, non seulement la gravité des dommages réellement causés [...] mais également, [...] le préjudice potentiel inhérent aux actes en question » (§ 46). Ainsi, « si les actes incriminés n'étaient pas de nature à nuire *effectivement* à la santé des masochistes, ils l'étaient malgré tout *potentiellement* ». La constatation de blessures graves importe peu, puisque la nature (« caractère extrême ») des pratiques en question suffit à justifier la prise en compte de préjudices potentiels.

²⁴⁰ D. BORRILLO et D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 4.

²⁴¹ C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 284.

²⁴² E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 478.

la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non pas la protection de l'indignité de celle-ci ni la promotion de l'immoralisme délictuel ».

§ 3. *L'arrêt K.A. et A.D. c. Belgique*²⁴³

En 2005, dans l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique*, la Cour est appelée à se prononcer sur la condamnation de deux hommes (un magistrat et un médecin) qui se sont livrés à des pratiques sadomasochistes extrêmes²⁴⁴ à l'égard de l'épouse de l'un d'eux sans s'interrompre lorsque leur « victime » avait cessé d'y consentir. Si aucune plainte ne fut jamais déposée par elle, certaines scènes filmées, où il apparaît qu'elle avait fini par crier « pitié » – « mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours » (§15), – ont permis au Parquet d'introduire des poursuites. La première étape du jugement est de vérifier que les actes concernés entrent effectivement sous le qualificatif de « vie privée » au sens de l'article 8 de la CEDH. Cette question – soulevée dans la précédente affaire de sadomasochisme²⁴⁵ – n'est que peu adressée par la Cour dans la présente affaire²⁴⁶. Après avoir

²⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005.

²⁴⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, §§ 12-17 : « La nature des pratiques [...] était connue, car ces pratiques avaient été enregistrées sur des cassettes vidéo qui avaient été saisies lors de l'instruction. On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids ». « Ainsi 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 ». « La cour d'appel nota aussi que plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. Ainsi par exemple quand la victime, suspendue, se voyait planter des aiguilles dans les seins (au moins sept aiguilles dans chaque sein), les mamelons, le ventre et le vagin, elle se voyait ensuite introduire une bougie dans le vagin, puis fouetter les mamelons. Quand elle hurlait de douleur et criait « pitié ! » en pleurant, les prévenus continuaient de lui planter d'autres aiguilles dans les seins et dans les cuisses, au point qu'un des seins se mit à saigner. Peu après, la victime, qui était alors suspendue par les pieds, se voyait administrer cinquante coups de fouet, pendant qu'on lui faisait couler de la cire brûlante sur la vulve puis qu'on lui introduisait des aiguilles dans les seins et les lèvres vulvaires ». « Même si ces faits n'ont pas laissé de séquelles durables, à part quelques cicatrices, ils étaient, de l'avis de la cour d'appel, d'une particulière gravité et susceptibles de provoquer des blessures et lésions sérieuses, en raison de la violence utilisée à cette occasion ainsi que de la douleur, de l'angoisse et de l'humiliation infligées à la victime ». « La cour d'appel releva en outre que pendant leurs ébats, et contrairement à la norme dans ce domaine, les requérants buvaient toujours de grandes quantités d'alcool, ce qui leur faisait rapidement perdre tout contrôle de la situation ».

²⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, § 36.

²⁴⁶ Cette qualification aurait, cependant, selon certains, pu être contestée au regard du nombre de personnes impliquées (au sein du club), de l'enregistrement des pratiques sur cassettes vidéo et de la rémunération de la « victime » de celles-ci (voy. M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2974). La Cour d'appel belge avait, en effet, également considéré que le premier requérant s'était « rendu coupable d'incitation à la débauche et à la prostitution [...], dès lors qu'il avait lui-même proposé aux dirigeants d'un club sadomasochiste que son épouse s'y livrât, comme « esclave » et moyennant rémunération, à des pratiques très violentes relevant de la débauche et de la prostitution, qu'il avait implicitement consenti à l'insertion de petites annonces dans ce but et avait fourni une aide matérielle en conduisant quelques fois son épouse au club en question et en allant chaque fois la rechercher et réceptionner l'argent, et cela pendant des mois » ; Voy. Comm. eur. D. H., D 11680/85 (F. c. Suisse), 10 mars 1988, où la Commission avait considéré que « le droit d'entretenir des relations sexuelles contre rémunération et par métier n'[était] pas garanti par la Convention ». Notons que l'arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni* nous amène à conclure, qu'en dépit de l'enregistrement et de l'implication de plusieurs personnes, les relations sexuelles pratiquées en privé peuvent prétendre à la protection de l'article 8 (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni* du 31 juillet 2000 : Pour la Cour, en « l'absence de toute considération de santé publique » et compte tenu du fait qu'il était guère probable que les enregistrements vidéos entrent dans le domaine public, les motifs invoqués par le Gouvernement – selon lesquels il y aurait absence d'ingérence dans la vie privée des requérants au sens de l'article 8, dès lors que les actes sexuels sont commis à plusieurs et enregistrés sur des cassettes vidéo (§ 21) – « ne suffisent à justifier ni la législation ni les poursuites » (§§ 37-38)).

reconnu qu'il y avait effectivement ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par l'article 8 de la CEDH, reste à établir si cette ingérence était prévue par la loi, inspirée par un des objectifs légitimes énoncés au § 2 de l'article et nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de cet objectif (§79). L'ingérence était prévue par la loi, puisque les pratiques pouvaient tomber sous la qualification de « coups et blessures volontaires » et poursuivait un objectif légitime, en ce que les condamnations visaient la protection des droits et libertés d'autrui, ou la protection de la santé²⁴⁷ (§81). La Cour se penche alors sur la question de savoir si la condamnation des requérants était nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ces objectifs. Son raisonnement se développe en trois temps²⁴⁸.

Dans un premier temps, la Cour, rappelant sa jurisprudence novatrice de ce début de XXI^{ème} siècle, relève que l'article 8 protège un droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel ou de l'autonomie personnelle, qui reflète un principe important, sous-tendant l'interprétation des garanties de l'article 8. Renvoyant à son arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*²⁴⁹, elle déduit du principe d'autonomie personnelle, un droit pour l'individu « d'entretenir des relations sexuelles », découlant du droit de disposer de son corps. À cet égard, la Cour rappelle que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne » (§83). Dans un second temps, la Cour se prononce sur l'usage du droit pénal. Ensuite des développements qui précèdent, elle conclut « que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus ». Seules des « raisons particulièrement graves » sont susceptibles de justifier une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité aux fins de l'article 8, § 2 de la Convention (§84). Enfin, dans un troisième temps, la Cour se penche sur les limites pouvant être

²⁴⁷ Seule la protection des droits et libertés d'autrui a cependant été mobilisée par la suite. Si le Gouvernement belge avait fait valoir que les ingérences dans la vie privée des requérants s'autorisaient de trois buts légitimes qu'étaient la protection de la santé, la protection des droits et libertés d'autrui et, enfin, la protection de la morale (en raison de l'atteinte portée au respect que les êtres humains se doivent entre eux), les requérants soutenaient, au contraire, que leurs pratiques sexuelles n'avaient provoqué aucune lésion définitive importante, que l'épouse était toujours restée consentante et qu'il ne pouvait être question de « morale » « eu égard à la grande tolérance de la société moderne à l'égard de toutes formes d'expériences sexuelles, y compris le sadomasochisme » (§ 76). Sur ce dernier point, la Cour semble avoir suivi l'avis des requérants, puisque l'objectif de protection de la morale n'a pas été retenu par celle-ci (voy. J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 1314).

²⁴⁸ Intervention de Françoise TULKENS dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 19.

²⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 : L'arrêt *Pretty* est considéré comme un arrêt de principe. Si les faits (suicide assisté) ne concernent en rien la vie sexuelle, les développements de la Cour sont fondamentaux dans l'appréhension des affaires ultérieures en matière de sexualité. Bien que la jurisprudence strasbourgeoise n'ait, à cette heure, jamais étendu le champ d'application de l'article 8 au droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour affirme que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties [de cet article] » (§ 61). Selon la Cour, la notion d'autonomie découle de la dignité et de la liberté de l'homme, essence même de la Convention. Sans nier le caractère sacré de la vie, la Cour observe que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne » (§ 62). Tout en reconnaissant le débat, tant moral que jurisprudentiel, concernant « la mesure dans laquelle un État peut recourir à la contrainte ou au droit pénal pour prémunir des personnes contre les conséquences du style de vie choisi par elles », la Cour « considère l'imposition par l'État de mesures contraignantes [...] comme attentatoire à la vie privée [...], et comme nécessitant une justification conforme au second paragraphe [de l'article 8] ». Cela vaut « même lorsque le comportement en cause représente un risque pour la santé ou lorsque l'on peut raisonnablement estimer qu'il revêt une nature potentiellement mortelle » (§ 62). Toutefois, la Cour admet que « les États ont le droit de contrôler, au travers de l'application du droit pénal général, les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui » (§ 74).

opposées à cette liberté sexuelle tout juste consacrée. À cet égard, la Cour estime qu'« en l'espèce, en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée ». En effet, « si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti ». À la lumière des faits, il apparaît « que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés », que « toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents » et qu'« il y [avait] eu une escalade de violence et les requérants [avaient] eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas où elle se serait terminée » (§85). La Cour considère alors, à l'unanimité, que l'ingérence des autorités belges constituée par la condamnation pénale des requérants apparaissait comme nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits et libertés d'autrui (§87). Il n'y a donc pas de violation de la Convention.

Si le dispositif de l'arrêt *K.A. et A.D.* est « plutôt de nature à inquiéter ceux qui dénoncent « l'arbitraire pénalisation du plaisir »²⁵⁰ »²⁵¹, les critiques les plus acerbes proviennent, en réalité, du courant doctrinal adverse. Beaucoup se sont inquiétés de voir la Cour – au travers d'une « lecture hyperlibérale »²⁵² des agissements de l'espèce – reconnaître aux individus le droit de porter atteinte à leur intégrité physique dans le seul but de jouissance sexuelle, considérant qu'il s'agit d'une limite que l'on ne peut dépasser sans ébranler le système des droits de l'homme²⁵³. Il reste que les critiques virulentes dont la Cour a fait l'objet s'expliquent, selon nous, principalement, par la nature extrême des faits de l'espèce. Par conséquent, il nous semble souhaitable d'aborder quelques généralités relatives aux pratiques sadomasochistes, en général et dans le cadre particulier des actes litigieux. Ainsi que le souligne la sociologue Véronique POUTRAIN, la relation sadomasochiste est « une relation consentante, négociée, contractualisée, mais qui se vide, en réalité, de ce que le sens courant, en le doublant d'une connotation extrêmement dépréciative, appelle masochisme ou sadisme »²⁵⁴. Les pratiques sadomasochistes ne manquent pas d'une certaine dimension éthique : elles reposent sur un dispositif de réglementations et de codifications qui interdit tout débordement²⁵⁵. Le sadomasochisme n'est jamais « négateur de l'autre » ; il s'accomplit dans la prise en compte du désir et du plaisir de l'autre. La relation repose sur la recherche d'un consensus, la délimitation d'un

²⁵⁰ O. CAYLA, *op. cit.*, p. 89.

²⁵¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, pp. 85-86.

²⁵² J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 1309.

²⁵³ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2975 ; B. EDELMAN, *op. cit.*, pp. 119-120 ; Intervention de Michel LEVINET dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 24 ; M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 111.

²⁵⁴ V. POUTRAIN, « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », *Cités*, 2005/1, n° 21, p. 33.

²⁵⁵ Le sadomasochisme se structure autour de trois grands principes que sont « le consentement, l'exclusion de toute exploitation et la sécurité de chacun », voy. M. MARZANO, *Je consens donc je suis ... Ethique de l'autonomie*, Paris, PUF., 2006, p. 164.

territoire où chacun des protagonistes trouvera plaisir et satisfaction²⁵⁶. Chacun d'eux peut, à tout moment, décider – souvent par le biais d'un mot de passe convenu à l'avance – de mettre un terme à la séance²⁵⁷. « 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 »²⁵⁸. Le « dominé » conserve, en tout temps, la maîtrise de son corps. À la lecture des faits tels que décrits dans l'affaire *K.A. et A.D.*, nous sommes forcés de constater que les requérants se sont adonnés à des pratiques d'une violence rare et – d'après ce que nous avons pu lire – peu rencontrée dans le milieu sadomasochiste. Selon nous, les faits de l'espèce relèvent davantage de l'article 3 que de l'article 8 et doivent absolument être distingués des pratiques qui s'inscrivent dans l'univers « BDSM ». Les pratiques litigieuses restant marginales, il convient d'éviter les écueils d'une stigmatisation malheureuse des pratiques sadomasochistes comme étant intrinsèquement « épouvantables, indignes et dégradantes »²⁵⁹. La perte de contrôle et l'escalade de violence sont un risque attaché à ces pratiques, mais quelles activités n'en présentent aucun ?

Forts de ces précisions, nous pouvons nous pencher sur la lecture de l'arrêt *K.A. et A.D.* Selon le Professeur Geoffrey WILLEMS, l'interprétation qui se déduit de cette jurisprudence est double²⁶⁰. Une première lecture nous amène à conclure à « l'évacuation définitive de toute possibilité pour l'État de limiter la liberté sexuelle à d'autres fins que la protection de cette même liberté »²⁶¹. L'affirmation de la Cour selon laquelle « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus » témoigne,

²⁵⁶ V. POUTRAIN, *op. cit.*, pp. 33 et s. : La négociation des fantasmes prend la forme d'un contrat par lequel « un ou plusieurs individus s'obligent, mutuellement, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Ainsi, le domaine sadomasochiste n'est en rien « l'invention d'un espace où tout serait permis, mais au contraire la création d'un territoire savamment limité et réglementé ». Ce contrat comprend deux dimensions : l'une permet de créer un lien, de confier et d'abandonner son corps et l'autre fixe les limites et les bornes de l'échange. Il n'y a pas un individu qui s'approprie le corps d'un autre mais deux individus – dont les identités sont en perpétuelle construction – qui s'investissent dans un univers où les règles sont fixées, non seulement par le contrat, mais aussi, plus profondément, par le jeu social lui-même. « C'est pourquoi ces pratiques, qui ne sont transgressives qu'en apparence, se donnent pour principe de fonctionnement le respect mutuel, la consensualité et la négociation. Loin d'être des « pratiques sauvages », elles sont au contraire socialisantes. C'est paradoxalement en usant de masques, en ritualisant et en théâtralisant l'échange, que les individus ont la possibilité de s'affirmer comme personnes à part entières et responsables ».

²⁵⁷ M. MARZANO, *Je consens ...*, *op. cit.*, p. 166.

²⁵⁸ V. POUTRAIN, *op. cit.*, p. 33.

²⁵⁹ Intervention de Françoise TULKENS dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, *op. cit.*, p. 20 : Pour la juge Françoise TULKENS, si les pratiques auxquelles se sont adonnés les requérants sont singulièrement préoccupantes dans leurs excès, l'on ne peut soutenir qu'il ressort de la nature des pratiques sadomasochistes qu'elles sont inhumaines ou dégradantes. « Ne disait-on pas aussi, il y a quelques années, que les pratiques homosexuelles étaient contre nature ? Bien sûr [...] il y a une différence de nature et de degré. Mais je suis toujours méfiante devant des indignations qui relèvent parfois du sens commun et qui sont davantage fondées 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 nous font parfois peur » ; Pour Bernard PELLEGRINI, si les pratiques sexuelles sadomasochistes ont tant de mal à se voir appliquer le régime général relatif aux relations sexuelles « classiques », c'est en raison de la particularité, délicate pour le juriste, que présentent ces actes de lier « deux domaines qui se brouillent : celui de la violence dans lequel [le consentement] importe peu et celui de la liberté sexuelle où il fait toute la différence » (B. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 120) ; *Contra* : J.-L. RENCHON, « La liberté ... », *op. cit.*, p. 1319 : « N'est-il vraiment pas admissible [...] qu'un système juridique choisisse d'investir chaque être humain, par respect pour la dignité de l'homme dont il est dépositaire, de la responsabilité morale et sociale de refuser de se livrer à de tels comportements dégradants ou avilissants, quel que pourrait être le plaisir sexuel qu'il y rechercherait ».

²⁶⁰ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 321.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 321.

pour de nombreux auteurs, d'un grand revirement de jurisprudence²⁶² par rapport à l'arrêt *Laskey*, *Jaggard et Brown*, aux termes duquel la Cour admettait encore que le droit pénal avait incontestablement un rôle à jouer dans la régulation des pratiques qui entraînent des dommages corporels (§43). Désormais, il faut qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8, § 2 de la Convention, une ingérence étatique dans le domaine de la sexualité. Eu égard à ces considérations, la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN s'inquiète de voir la liberté sexuelle devenir un « fait justificatif »²⁶³, permettant de justifier juridiquement des atteintes à l'intégrité physique, dès lors qu'elles s'inscrivent dans un contexte sexuel²⁶⁴. Pour le Professeur Jean-Louis RENCHON, « il n'y aurait [dès lors] plus d'autre limitation à admettre dans ce domaine que de garantir « le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité » de son ou de ses partenaires sexuels »²⁶⁵. La seule limite acceptable à la liberté sexuelle ne serait plus que le respect de cette même liberté. Aussi relève-t-il que le juge européen a ainsi balayé « les impératifs sociaux et/ou moraux qui, jusque-là, avaient fait considérer que la recherche du plaisir sexuel ne pouvait subitement légitimer, malgré la permissivité ambiante, des coups et blessures volontairement portés à autrui, à tout le moins, lorsqu'ils présentent un certain caractère de gravité »²⁶⁶. Pour le Professeur Michel LEVINET, le raisonnement suivi dans l'arrêt « montre un juge qui, manifestement soucieux de ne pas s'exposer au reproche de moralisme, [...] demeure largement en deçà de son office de conservateur des valeurs fondatrices de l'ordre public européen »²⁶⁷. Beaucoup regrettent que la Cour n'ait pas affirmé, à l'instar de la Cour d'appel d'Anvers, qu'il existe des limites à la liberté sexuelle et au « droit de disposer de soi », dont les principales seraient, « du point de vue de la santé publique, le danger potentiel de lésions et de mutilations » et « du point de vue de la moralité publique, le respect de la dignité de la personne humaine »²⁶⁸.

²⁶² B. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 119 ; J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 1309 ; Le revirement de jurisprudence est loin d'être explicitement consacré par la Cour, qui ne renvoie, à aucun moment, à ce qui se présentait pourtant comme un incontournable précédent. Selon la juge Françoise TULKENS, si la Cour se garde de se référer au précédent de l'arrêt *Laskey*, c'est notamment parce que « cet arrêt date de 1997 et [...] qu'en ces matières, l'évolution de ce que l'on pourrait appeler la conscience sociale est un élément à prendre en considération si l'on veut faire de la Convention « un instrument vivant » adapté aux réalités d'aujourd'hui » (Intervention de Françoise TULKENS dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 18).

²⁶³ La Cour, se référant aux développements de la Cour de cassation belge, a, toutefois, rappelé le droit interne pertinent selon lequel le consentement de la victime n'annule ni le caractère illégal de ces faits, ni la culpabilité de l'auteur et, dès lors, ne constitue pas une cause de justification conférant à son auteur une forme d'immunité pénale mais peut, dans certaines limites, constituer une cause d'excuse (Intervention de F. TULKENS dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 46).

²⁶⁴ Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, si les pratiques sexuelles peuvent conduire à tolérer certaines atteintes mineures à l'intégrité physique d'autrui, à titre d'exception ; il est « difficile d'admettre que, désormais, par principe, des coups et blessures seraient admis au nom de la liberté sexuelle, les « raisons particulièrement graves » justifiant une intervention des pouvoirs publics devenant l'exception ». Ainsi, considère-t-elle qu'« au nom du droit au respect de la vie privée, ce qu'a finalement entériné la Cour c'est un droit de frapper et blesser autrui dans un but de jouissance sexuelle, donc ce qu'on pourrait appeler un « droit au sadisme », qui deviendrait même un droit de l'homme puisque la Cour le déduit de l'article 8 de la Convention » (M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2975).

²⁶⁵ J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 1315.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 1316.

²⁶⁷ M. LEVINET, « La notion ... », *op. cit.*, p. 17.

²⁶⁸ Anvers, 30 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 749.

Une deuxième lecture, à laquelle nous nous rattachons, est que « la Cour ne s'est simplement pas prononcée sur les autres motifs parce que ce n'était pas nécessaire à la résolution du cas qui lui était présenté »²⁶⁹. Pour le Professeur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, si l'arrêt – qui confirme pourtant la condamnation des requérants – a fait l'objet de critiques aussi virulentes, c'est parce que ses détracteurs « sont tombés dans les affres de l'interprétation *a contrario* »²⁷⁰, considérant que la Cour, aveuglée par le principe d'autonomie personnelle et de libre disposition de son corps, aurait nécessairement conclu à l'existence d'une violation du droit au respect de la vie privée si l'épouse avait pleinement consenti aux actes en cause²⁷¹. Or, selon l'auteur, dès lors que les actes litigieux sont aisément qualifiables de torture, ou, du moins, de traitement inhumain ou dégradant, il peut être raisonnablement soutenu que la Cour se serait référée à la « notion d'ordre public européen » pour s'opposer à la renonciation des victimes au droit garanti par l'article 3 de la CEDH²⁷². Parler de la consécration d'un « droit au sadisme »²⁷³ nous apparaît donc relativement hasardeux²⁷⁴. Un tel droit ne pourrait, en effet, être évoqué que dans l'hypothèse où la Cour constaterait la non-violation de l'article 3 de la CEDH, à la suite de la plainte d'une personne – ayant été soumise sans son consentement à des actes de même nature que l'affaire *K.A. et A.D.* – que ses deux bourreaux n'auraient pas été condamnés par les juridictions internes. Une telle dérive est, cependant, peu susceptible de se produire si l'on en réfère aux garanties offertes par les arrêts *X et Y c. Pays-Bas*, *S.W. et C.R. c. Royaume-Uni* et *M.C. c. Bulgarie*²⁷⁵, consacrant le droit de ne pas mettre son corps à disposition d'autrui²⁷⁶. Selon nous, si la constatation de l'absence de consentement suffisait à justifier la condamnation des requérants, de sorte qu'il n'était pas nécessaire, pour la Cour, de se pencher sur les autres motifs susceptibles de restreindre la liberté sexuelle, « la voie de la sagesse » aurait été, cependant, d'opposer aux requérants la clause « anti-abus-de-droit » contenue dans l'article 17 de la

²⁶⁹ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 321 ; Intervention de J.-P. MARGUÉNAUD dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

²⁷⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 26.

²⁷¹ Voy. M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2975, M. LEVINET, « La notion ... », *op. cit.*, pp. 16-17 et J.-L. RENCHON, « La liberté ... », *op. cit.*, pp. 1314 et s. : Ainsi, le Professeur Jean-Louis RENCHON considère-t-il que « si la Cour européenne des droits de l'homme rejette, en définitive, le recours introduit à l'encontre des actes des autorités judiciaires belges, c'est pour la seule raison que, dans le cas d'espèce, la liberté de la victime n'avait pas été respectée, dès lors que certains des agissements sadiques n'avaient pas été arrêtés alors même qu'elle avait crié « pitié » ou « stop » » (nous soulignons).

²⁷² Si, dans le cas d'espèce, la Cour n'avait pas – d'un point de vue juridique – à se prononcer sur la violation de l'article 3, il nous semble, qu'eu égard aux faits – particulièrement scabreux – de l'espèce, une prise de position sur le terrain de cet article aurait été bienvenue pour condamner de telles atrocités, surtout dans l'hypothèse où la « victime » n'aurait jamais cessé d'y consentir. Nous considérons en revanche, à l'instar du Professeur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « que des activités sadomasochistes du type *Laskey Jaggard et Brown* ont vocation à relever de l'article 8 où elles peuvent être protégées au titre du droit au respect de l'intimité de la vie privée dans les limites fixées par le § 2 de l'article 8 heureusement amputé de la morale par l'arrêt *K. A. et A. D.* ». Reste évidemment la difficulté de situer la frontière entre les activités sexuelles qui relèvent de l'article 8 et celles qui tombent dans le champ de l'article 3 (J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle ... », *op. cit.*, pp. 26-27).

²⁷³ Voy. M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, pp. 2973 et s.

²⁷⁴ Comme le souligne Jean MOULY, il est difficile de soutenir que la valorisation du consentement de la victime comme « fait justificatif » vaudrait consécration d'un « droit au sadisme ». En effet, seules les pratiques librement consenties sont visées par la Cour (Intervention de Jean MOULY dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 4) ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadisme ... », *op. cit.*, p. 89 : « Ce que la Cour a admis, ce n'est pas le droit au sadisme mais la liberté des relations sadomasochistes dans les conditions de strict respect de la volonté de chacun des partenaires ».

²⁷⁵ Cour eur. dr. h., arrêts *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, *C.R. et S. W. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995 et *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003 : À l'issue d'une combinaison des articles 3 et 8 de la CEDH, la Cour déduit une obligation positive de mettre en place un système de droit pénal qui permette de réprimer effectivement toutes les formes de viol et d'abus sexuels.

²⁷⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 26.

CEDH²⁷⁷. Toutefois, comme le souligne le Professeur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, cela nous aurait privés « d'une occasion de fixer clairement les principes européens qui doivent prévaloir en matière de liberté sexuelle, si rudement mise à mal sur d'autres continents »²⁷⁸. L'on ne peut que féliciter la Cour d'avoir réussi à faire abstraction de la gravité des faits de la cause, pour, enfin, s'essayer à dégager les principes généraux applicables à la vie sexuelle, composante fondamentale du domaine personnel protégé par l'article 8²⁷⁹. « Tout au plus peut-on alors reprocher à la Cour son insuffisante ambition « pédagogique » »²⁸⁰ à l'égard d'un « revirement de jurisprudence qui aurait gagné à dire son nom »²⁸¹.

Quoi qu'il en soit, ce qui domine la réflexion de la Cour est la place centrale octroyée au consentement. C'est, en effet, la cessation du consentement de la « victime » qui a conduit la Cour à admettre que la condamnation des requérants se trouvait justifiée dans le cas d'espèce. D'aucuns se sont alors inquiétés de voir le juge de Strasbourg, hypnotisé par le concept d'autonomie personnelle, conditionner la légitimité du « droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible » au seul respect de « la volonté de la « victime » de ces pratiques » et se limiter à établir l'existence d'un tel consentement à l'aune des règles généralement admises pour ce type de pratiques²⁸². Si l'absence de consentement peut (et doit) valablement suffire à justifier juridiquement la condamnation des auteurs de coups et blessures, rien ne force la Cour à considérer que le seul consentement de la victime permettrait de les justifier²⁸³. « Le droit ne peut évidemment tout abandonner aux consentements individuels », notamment en raison de la fragilité du consentement d'une personne vulnérable, mais aussi, de la mission du droit d'instituer un environnement propice à la protection de la sécurité physique et psychique des personnes²⁸⁴. À cet égard, dans le cas d'espèce, il est surprenant de conclure à l'absence de considérations relatives à l'existence et à la qualité du consentement de la « victime »²⁸⁵. Reste, il est vrai, que ces différentes considérations n'étaient pas nécessaires à la

²⁷⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadisme ... », *op. cit.*, p. 86 ; Intervention de Michel LEVINET dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, *op. cit.*, p. 24 : « Il ne s'agissait pas [...] d'appliquer l'article 17 au sadomasochisme de façon générale, mais simplement, à l'occasion d'une espèce où avaient été accomplis et revendiqués des actes de torture, de rappeler que l'article 8, même interprété en tenant compte de l'évolution des mœurs, ne pouvait permettre d'établir la légitimité de toutes les dérives de la liberté sexuelle ».

²⁷⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadisme ... », *op. cit.*, p. 86.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 86 ; G. GENICOT, « Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée », note sous Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000/2, p. 215 : « A l'analyse « protectionniste » traditionnelle, qui fait primer le droit au respect de l'intégrité physique et la proscription des coups et blessures même avec l'accord de celui qui les subit, succède ainsi une vision plus « autonomiste », selon laquelle la poursuite de l'épanouissement sexuel relève en principe de la liberté des partenaires, qui peuvent déterminer les pratiques auxquelles ils souhaitent s'adonner dès lors que leur relation repose sur un choix libre et conscient ».

²⁸⁰ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 322.

²⁸¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadisme ... », *op. cit.*, p. 89.

²⁸² F. SUDRE *et al.*, *op. cit.*, p. 439.

²⁸³ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2977 ; *Contra* : D. ROMAN, « Le corps ... », *op. cit.*, p. 1508.

²⁸⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2977 : « Dans le domaine sexuel et privé comme dans le domaine économique et social, le libéralisme est de la même façon destructeur lorsqu'il est sans limite, et conduit tout aussi sûrement à assurer la domination des forts sur les plus faibles qui sont toujours ceux qui consentent ; on a pu ainsi justement soutenir qu'il y avait toujours de l'aliénation dans le consentement ».

²⁸⁵ La Cour ne semble pas se préoccuper outre mesure de la circonstance non négligeable selon laquelle le magistrat touchait des rémunérations en échange de la soumission de son épouse à certaines pratiques (§ 71). Si nous ne pouvons juger de la validité du consentement de l'épouse, nous pouvons néanmoins avancer qu'il devient quelque peu « suspect », dès lors qu'il s'inscrit

résolution du présent litige. Au demeurant, nous rejoignons les propos du Professeur Jean-Pierre MARGUÉNAUD et félicitons la Cour d'avoir « si hautement affirmé que le strict respect de la volonté du partenaire est une limite conventionnellement infranchissable que « les honorables requérants » avaient précisément franchie en se donnant de surcroît les moyens alcoolisés de la dépasser »²⁸⁶.

§ 4. L'arrêt *Stübing c. Allemagne*²⁸⁷

Ceux qui s'inquiétaient de voir que l'autonomie individuelle en matière sexuelle ne semblait plus connaître de limites, ont été soulagés d'apprendre, par l'arrêt *Stübing*, que la répression pénale de pratiques sexuelles minoritaires non violentes (et consensuelles) était encore possible. L'arrêt de 2012 concernait la question sensible de l'inceste. Dans l'affaire en cause, le requérant, placé et adopté dès l'âge de trois ans, reprend contact avec sa famille d'origine suite au décès de sa mère biologique. La relation entre le requérant et sa sœur cadette s'intensifie et ces derniers ont des rapports sexuels consentis. Après avoir vécu en couple pendant plusieurs années, ils ont ensemble quatre enfants. Condamné à plusieurs reprises à une peine d'emprisonnement pour la relation incestueuse qu'il entretient avec sa sœur, le requérant invoque, devant la Cour européenne des droits de l'homme, la violation de son droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la CEDH.

Selon la Cour, il n'y a aucun doute quant au fait que la condamnation pénale de l'intéressé s'analyse comme une ingérence dans le droit de celui-ci au respect de sa vie privée (et familiale) au sens de l'article 8 (§55). Une telle ingérence n'est compatible avec le paragraphe 2 de l'article 8 que si elle est prévue par la loi, poursuit un objectif légitime et est nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de ce but. Pour la Cour, la condamnation du requérant est fondée sur une disposition du Code pénal allemand qui poursuit les objectifs légitimes de protection de la morale et des droits d'autrui, conformes au § 2 de l'article 8 (§57). Il reste alors à la Cour le délicat examen de la nécessité de la condamnation du requérant, dans une société démocratique, à la poursuite de ces objectifs. L'ingérence de l'État n'est « nécessaire » que si elle résulte d'un « besoin social impérieux » (§58). En constatant l'absence de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur la question de la pénalisation des pratiques incestueuses entre frères et sœurs, la Cour se réfère au consensus existant quant à l'interdiction du mariage à ce degré de proximité pour conclure qu'il est largement admis que les relations litigieuses « ne sont ni acceptées par l'ordre juridique ni par la société dans son ensemble » (§61). Pour la Cour, les autorités allemandes bénéficient, dès lors, d'une ample marge d'appréciation, principalement en raison des considérations morales que soulève une telle question. Les autorités étatiques seraient, en principe, mieux placées

dans une réalité affective, ainsi que dans un possible état (d'ébriété) de dépendance ou de crainte vis-à-vis de ces partenaires. Par ailleurs, par le non-respect de la volonté de l'épouse de cesser l'expérience, les deux partenaires démontrent le contexte relativement hostile dans lequel s'inscrivaient ces pratiques, peu propice à la formulation d'un consentement libre.

²⁸⁶ Intervention de Jean-Pierre MARGUÉNAUD dans M. FABRE-MAGNAN et al., « Controverse ... », *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Stübing c. Allemagne* du 12 avril 2012.

que le juge européen pour se positionner quant au contenu des exigences morales et à la nécessité d'une restriction pour s'y conformer (§60).

Dans l'examen des intérêts à mettre en balance, la Cour se range en faveur des arguments de la Cour constitutionnelle allemande qui justifie la nécessité de la condamnation au regard d'un certain nombre d'objectifs, dont la protection de l'institution de la famille, l'autodétermination sexuelle et la santé publique (§63). L'acceptation de relations sexuelles entre frères et sœurs pourrait, selon les autorités allemandes, véritablement compromettre la structure familiale et, partant, la société dans son ensemble. Il est également nécessaire de protéger l'autodétermination sexuelle de chacun. Pour la Cour, les circonstances que le requérant et la sœur débutent leur relation à la suite du décès de leur mère, que la jeune fille est alors âgée de 16 ans, qu'elle souffre de troubles de la personnalité sérieux, qu'elle est particulièrement fragile et que le requérant est de sept ans son aîné, sont susceptibles de remettre en cause la validité de son consentement (§64). En conclusion, eu égard à ces considérations et au soin avec lequel la Cour constitutionnelle a pesé les différents arguments en présence, la Cour considère, à l'unanimité, que les juridictions allemandes n'ont pas outrepassé la marge de manœuvre étatique qui leur était dévolue en condamnant le requérant pour la relation incestueuse qu'il entretenait avec sa sœur. Il n'y a donc pas eu de violation de l'article 8.

Le retour de l'argument moral dans le contentieux de la liberté sexuelle soulève un certain nombre de questions quant à la légitimité des limites pouvant être apportées en matière de sexualité. Alors que la Cour semblait s'être définitivement refusée à s'aventurer sur le terrain de la morale, voilà qu'elle y trouve, à nouveau, un objectif légitime à la pénalisation d'actes sexuels non violents accomplis en privé entre adultes *a priori* consentants. Faut-il voir dans *Stübing c. Allemagne* un revirement de jurisprudence et la légitimation du seul argument moral pour restreindre la liberté sexuelle des individus ? Ce serait, selon nous, surestimer la signification qu'il y a lieu d'accorder à ce retour « formel »²⁸⁸. Les développements de la Cour nous amènent à relativiser quelque peu l'implication de la référence morale, qui semble se confondre avec l'argument de protection des droits et libertés d'autrui. En effet, l'argument central examiné devant la Cour repose sur la vulnérabilité de la sœur du requérant et la nécessité de protéger son droit à l'autodétermination sexuelle. Il n'est pas certain que la Cour aurait pareillement conclu à la non-violation du droit au respect de la vie privée du requérant si la sœur de celui-ci avait été jugée parfaitement autonome et capable de consentir aux relations qu'ils entretenaient. La Cour ne semblait pas encline à considérer que la condamnation de relations incestueuses entre adultes consentants tombait dans la marge d'appréciation des autorités étatiques du seul fait que la moralité allemande en était outragée²⁸⁹. Les considérations relatives au consentement reçoivent ici une importance toute particulière. C'est en

²⁸⁸ G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 323.

²⁸⁹ J. SPENCER, « Incest and article 8 of the European Convention on Human Rights », *The Cambridge Law Journal*, 2013, p. 6.

partie (voire essentiellement) par un contrôle de l'existence de ce dernier et, en l'occurrence, du constat de sa non-validité, que la Cour fonde l'arrêt *Stübing*. Il reste que le juge européen a ressenti le besoin de fonder sa décision, en partie, sur la nécessité de protéger la morale, peut-être devant la constatation de la faiblesse de ses autres arguments²⁹⁰. Pour la Cour, « l'existence d'une conviction commune que l'inceste devrait faire l'objet d'une criminalisation » (§63) et le besoin « de maintenir le tabou de l'inceste » (§50), permettent de justifier la pénalisation des relations incestueuses. À l'inverse des tabous relatifs à d'autres formes de sexualité, le tabou de l'inceste apparaît, en effet, relativement constant dans le temps et dans l'espace. Et si la criminalisation d'un type de pratiques sexuelles ne peut être justifiée par le seul fait que celles-ci heurtent ou choquent la sensibilité d'une majorité de personnes, qu'en est-il de pratiques qui heurtent la sensibilité de presque tous ? Ces différences sont peut-être susceptibles de justifier une différence de traitement. Il reste, toutefois, que si le tabou de l'inceste est à ce point enraciné que presque tous s'y opposent profondément, est-il pour autant nécessaire d'emprisonner ceux qui l'enfreignent pour en garantir le maintien²⁹¹ ?

SECTION 3. LES CONCLUSIONS

À l'issue de cet examen de la jurisprudence strasbourgeoise – peu linéaire et parfois même complexe – relative à la sexualité, nous pouvons procéder à plusieurs conclusions. Si son enseignement semblait être – *a priori* – celui d'une reconnaissance ferme et formelle de la liberté sexuelle (§ 1^{er}), il nous révèle, cependant, la volonté de la Cour de ne pas s'émanciper des justifications susceptibles d'en légitimer des restrictions, quelles qu'elles puissent être (§ 2).

§ 1^{er}. La reconnaissance de la liberté sexuelle

À l'issue d'une lente évolution de la jurisprudence, la liberté sexuelle a pu s'affirmer comme une dimension essentielle de la vie privée protégée par l'article 8²⁹². Par la mise en œuvre d'une interprétation dynamique et constructive, la Cour a permis au contentieux sexuel de bénéficier de « la souplesse et [de] l'adaptabilité nécessaires à une matière particulièrement sensible à l'évolution des mœurs »²⁹³. Plus encore, les jurisprudences étudiées nous révèlent que la Cour de Strasbourg

²⁹⁰ Pour le Professeur John SPENCER, les deux arguments – avancés par la Cour constitutionnelle allemande et repris par la Cour européenne – que sont la protection de la santé publique et la protection des structures familiales ne sont pas à même de justifier la *pénalisation* des pratiques en question. Si le risque génétique est généralement faible, il serait nul en l'espèce depuis la vasectomie subie par le requérant. Quant à la protection des structures familiales, le risque qu'une telle relation rende une famille dysfonctionnelle serait encore moins convaincant. Devant la faiblesse de tels arguments, il n'est, selon l'auteur, pas surprenant que le gouvernement allemand, suivi par la Cour européenne, cherche également à justifier la criminalisation des relations incestueuses entre adultes consentants par « l'existence d'une conviction commune que l'inceste devrait faire l'objet d'une criminalisation » (§ 63), ainsi que par « le besoin de maintenir le tabou de l'inceste » (§ 50) (J. SPENCER, *op. cit.*, pp. 6-7).

²⁹¹ J. SPENCER, *op. cit.*, p. 7.

²⁹² La liberté sexuelle relève, en effet, de la vie privée à double titre : en tant que dimension de la sphère d'intimité et en tant qu'expression du droit de chacun de s'autodéterminer (voy. D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 12).

²⁹³ A. GOUTTENORE, « Sexe, sexualité et droit de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Sexe, sexualité et droits européens* (sous la dir. de O. DUBOS et J.-P. MARGUÉNAUD), Paris, Pedone, 2007, p. 28.

participe, elle-même, indéniablement à cette évolution²⁹⁴. Par ses arrêts, elle construit petit à petit les fondations d'un droit à la vie privée sexuelle, essentiel à l'épanouissement personnel. L'affirmation timide (entre parenthèses) de l'arrêt *Dudgeon*, selon laquelle la vie privée d'un individu comprend sa vie sexuelle, s'est déjà considérablement renforcée dans l'arrêt *Laskey*, aux termes duquel une telle affirmation relève de l'évidence²⁹⁵. Mais c'est dans l'arrêt *K.A. et A.D.* que s'opère le tournant fondamental et la reconnaissance d'un droit²⁹⁶, pour chaque individu, d'entretenir les relations sexuelles de son choix, quand bien même celles-ci seraient considérées comme physiquement ou moralement dommageables pour sa personne. La sexualité entre adultes consentants se conçoit, dès lors, désormais comme « un espace privilégié d'autorégulation des comportements »²⁹⁷, où le droit doit, dans une certaine mesure, céder le pas au libre arbitre de l'individu.

La Cour semble vouloir s'émanciper de tout jugement de valeur sur les différentes manières de vivre sa sexualité et ainsi témoigner de sa volonté d'ouverture et de reconnaissance de l'autonomie sexuelle des individus²⁹⁸. Le chemin emprunté est, cependant, « un chemin compliqué, devant composer avec les traditions étatiques, les héritages historiques, culturels et religieux, et les revendications précises et pressantes de membres de certaines minorités sexuelles »²⁹⁹. L'examen de la jurisprudence relative à la sexualité témoigne, en effet, de la difficulté de l'office du juge européen dans sa « confrontation avec les revendications vigoureusement adossées » à la liberté sexuelle, au droit de disposer de son corps et, plus largement au droit à l'autonomie personnelle³⁰⁰. À cet égard, certains s'inquiètent de ce que la volonté de la Cour « d'être à l'avant-garde de l'interprétation toujours actualisée de la Convention » la conduise à s'émanciper des valeurs fondatrices sur lesquelles repose le système des droits fondamentaux³⁰¹.

Si la Cour a pu se montrer progressiste sur un grand nombre de questions touchant la liberté sexuelle, elle n'en reste pas moins respectueuse des particularismes nationaux dans certains domaines faisant encore l'objet de débats. Conformément au principe de subsidiarité, le juge de Strasbourg, cherchant à harmoniser et non à uniformiser les législations nationales, se doit, en effet, de respecter la marge d'appréciation qui revient aux États et qui varie selon le degré de consensus existant au sein du Conseil de l'Europe sur la question litigieuse. Selon Adeline GOUTTENOIRE, « l'interprétation consensuelle et la doctrine de la marge d'appréciation ont ainsi été utilisées par les

²⁹⁴ G. GONZALES, « La liberté sexuelle », *op. cit.*, p. 157 : Interpelé par l'évolution des mœurs et des mentalités, le juge européen se donne pour mission essentielle d'accompagner ce mouvement d'émancipation d'une morale traditionnelle à forte connotation religieuse, en incitant parfois fortement certains États à réviser une éthique sexuelle jugée dépassée ou obsolète.

²⁹⁵ « Il ne fait aucun doute que les tendances et le comportement sexuels se rapportent à un aspect intime de la vie privée » (36).

²⁹⁶ Sur la question de l'existence (ou non) d'un véritable droit subjectif à entretenir des relations sexuelles, voy. D. LOCHAK, *op. cit.*, pp. 12 et s.

²⁹⁷ G. GENICOT, *op. cit.*, p. 214.

²⁹⁸ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 ... », *op. cit.*, p. 43.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 54.

³⁰⁰ M. LEVINET, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La libre disposition de son corps* (sous la dir. de J.-M. LARRALDE), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 107-108.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 108.

juges européens selon un dosage savant, tantôt comme aiguillon de l'évolution des États en matière de sexe et de sexualité, tantôt comme justification de son propre manque d'audace »³⁰². C'est ainsi qu'en se fondant sur l'émergence d'un consensus tendant vers une plus grande tolérance et reconnaissance de la liberté sexuelle, la Cour européenne « a peu à peu imposé à l'ensemble du Conseil de l'Europe un libéralisme bienvenu »³⁰³.

§ 2. L'incertitude quant aux limites

Si toute restriction touchant à la vie sexuelle se conçoit aisément comme une ingérence étatique autorisant le requérant à se placer sur le terrain de l'article 8³⁰⁴, il reste que la Cour éprouve quelques réticences à lui ôter le caractère de « besoin social impérieux ». Dans cette jurisprudence sexuelle riche mais « labyrinthique », il est difficile de trouver les repères qui permettent de délimiter les contours de la liberté sexuelle, telle qu'elle est garantie par le système conventionnel. Si l'on peut facilement conclure à la légitimité, pour la Cour, d'une immixtion étatique dans des relations sexuelles atypiques, il est toutefois difficile d'en déterminer précisément les motifs³⁰⁵.

A. L'ambiguïté de la référence morale

La Convention européenne des droits de l'homme prévoit expressément la possibilité d'une restriction du droit au respect de la vie privée – et partant, de la vie privée sexuelle – au nom de la protection de la morale. En tant que gardienne de la Convention, la Cour européenne a régulièrement confirmé la possibilité d'une telle restriction. Dans l'arrêt *Dudgeon*, la Cour n'a pas négligé les considérations d'ordre moral et a considéré que le climat moral de l'Irlande du Nord en matière sexuelle pouvait légitimement être pris en considération dans l'appréciation de l'opportunité d'une pénalisation. Près de vingt ans plus tard, dans l'arrêt *Laskey*, la Cour reconnaissait toujours la légitimité de l'argument moral comme justification d'une ingérence dans la vie privée des individus, même si elle n'a pas eu à se prononcer sur ce point. Dans l'affaire *K.A. et A.D.*, cependant, la Cour s'est gardée de toute référence morale. Elle s'est contentée d'affirmer qu'il faudrait des « raisons particulièrement graves » pour que le droit pénal intervienne dans le domaine de pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Si beaucoup se sont interrogés sur la nature de ces « raisons particulièrement graves », il semble, depuis l'arrêt *Stübing*, que la protection de la morale en fasse partie. La Cour a, en effet, considéré que la condamnation pénale du requérant pour

³⁰² A. GOUTTENORE, *op. cit.*, p. 29.

³⁰³ *Ibidem*, p. 30.

³⁰⁴ G. GONZALES, « Une nouvelle dimension ... », *op. cit.*, p. 103 ; Toutefois, la Cour a, en 1997, pu affirmer que toute relation sexuelle entretenue en privée ne relevait pas nécessairement du domaine de l'article 8 (Cour eur. dr. h., arrêt *Laskey*, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, § 40). Aussi, la Cour a-t-elle concédé qu'« à un certain stade, des actes sexuels peuvent être accomplis de manière telle que l'intervention de l'État est justifiable, soit parce qu'elle ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, soit pour la protection, par exemple de la santé ou de la morale » (Cour eur. dr. h., arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni* du 31 juillet 2000, § 37).

³⁰⁵ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 334.

les relations sexuelles consensuelles qu'il entretenait avec sa sœur poursuivait le but légitime de la protection de la morale et des droits et libertés d'autrui. Selon la Cour, dès lors qu'étaient en cause des exigences morales, « les autorités nationales [bénéficiaient] d'une large marge d'appréciation pour déterminer l'attitude à adopter face aux relations incestueuses entre des adultes consentants, même si cette décision concerne un aspect intime de la vie privée de l'individu » (§61).

La morale est donc loin d'avoir déserté le champ du droit, et *a fortiori*, de la sexualité. Elle est même « d'autant plus prégnante dans le discours de la Cour qu'elle déborde le motif de limitation des droits et des libertés tenant précisément à la « protection de la morale » »³⁰⁶. Elle tend, en effet, à se subsumer sous d'autres motifs de limitation inscrits au § 2 de l'article 8. Selon nous, pareil constat s'explique par une volonté récente de la Cour de s'émanciper des justifications collectives et/ou subjectives, qui avaient longtemps prévalu comme raison d'interdire. La jurisprudence de la Cour est ainsi révélatrice d'une certaine porosité de la frontière entre l'intérêt subjectif de protection de la morale et certains intérêts objectifs, telles la protection de la santé³⁰⁷, mais aussi entre les intérêts collectifs et l'intérêt individuel de protection des droits et libertés d'autrui³⁰⁸. De telles justifications sont encore présentes dans le contentieux sexuel strasbourgeois mais la Cour semble leur octroyer une place subsidiaire, les combinant systématiquement au motif objectif et individuel de protection des droits et libertés d'autrui³⁰⁹. Il n'est, en effet, « pas très difficile de traduire en termes de préjudice des arguments qui étaient autrefois formulés dans un langage moral »³¹⁰. Aux termes de l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a expressément considéré qu'une distinction rigide entre la protection des droits et libertés d'autrui et celle de la morale apparaissait assez « artificielle ». Aussi, dans l'arrêt *Stübing c. Allemagne*, procède-t-elle à une combinaison de considérations morales vaporeuses et de démonstration concrète de vulnérabilité d'une des partenaires pour conclure à l'absence de violation de l'article 8. Comme le souligne le Professeur Geoffrey WILLEMS, « c'est au point, en réalité, qu'on peut se demander, comme la Cour l'a fait depuis longtemps, s'il ne s'agit pas là des deux faces de la même pièce »³¹¹. La jurisprudence relative à la sexualité serait ainsi révélatrice du « doute » qui plane au-dessus du consentement lorsqu'il est exprimé dans le cadre de pratiques sexuelles atypiques³¹². Le moins que l'on puisse dire est que la référence morale demeure

³⁰⁶ P. MBONGO, « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? » *D.*, 2008, n° 2, p. 100.

³⁰⁷ Dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown*, la Cour a relevé que la condamnation des pratiques sadomasochistes consensuelles pouvait poursuivre l'objectif légitime de « la protection de la santé ou de la morale » (Cour eur. dr. h., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, § 35).

³⁰⁸ G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 145 ; voy. D. LOCHAK, op. cit., p. 36.

³⁰⁹ Voy. O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 139 et s.

³¹⁰ J. JIMÉNEZ-SALCEDO et T. HOCHMANN, op. cit., p. 11 : « Même si la Convention permet de limiter la liberté pour protéger la morale, on préférera défendre une restriction en assurant qu'il s'agit de protéger autrui contre les préjudices que la pratique visée pourrait provoquer. Ainsi les adversaires du mariage des personnes de même sexe n'invoqueront pas le péché de Sodome, mais les difficultés que pourrait éprouver un enfant d'un couple homosexuel. Plutôt que de dénoncer l'immoralité de l'inceste, ceux qui souhaitent l'interdire de manière absolue assurent qu'un tel acte est impossible entre deux adultes consentants, et que l'un des partenaires est forcément agressé, exploité par l'autre ».

³¹¹ G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 334.

³¹² *Ibidem*, p. 334.

relativement ambiguë : d'une part, en raison des incertitudes qui subsistent quant à son poids autonome et, d'autre part, en raison de sa circonscription, dans le domaine de la vie privée, « à des champs jurisprudentiels déterminés au sein desquels elle demeure en tout état de cause elliptique »³¹³.

B. L'importance du consentement

La jurisprudence récente de la Cour en matière de sexualité accorde une place centrale au consentement des partenaires à l'acte sexuel. Cette valorisation s'explique par plusieurs facteurs. D'une part, elle procède, comme nous l'avons précédemment souligné, de la « lucidité » du juge de Strasbourg à justifier autant que possible les atteintes aux droits et libertés conventionnels au nom de la protection des droits et intérêts d'autrui (qui, en matière sexuelle, se matérialise notamment dans son consentement aux relations sexuelles), seul objectif qui semble être, à l'heure actuelle, largement accepté par nos sociétés modernes, laïcisées et pluralistes. Elle témoigne ainsi de la « sécularisation » du contentieux strasbourgeois, mais aussi, du souci « rhétorique » de ne plus justifier les limitations aux droits et libertés au nom de valeurs qui « ne font plus recette »³¹⁴. D'autre part, elle procède du constat de la place particulière qu'occupe le consentement en matière de sexualité³¹⁵. En effet, c'est une « étrange activité de la vie quotidienne que le sexe : le consentement sépare d'une ligne étroite le ciel de la sexualité épanouie de l'enfer de la sexualité subie »³¹⁶. L'accent mis par le juge européen sur l'autonomie personnelle et la liberté qui en découle d'entretenir des relations sexuelles place le consentement au cœur de l'encadrement juridique de la sexualité³¹⁷. « Dans un sens, le consentement remplace la morale comme fondement de la bonne sexualité ; dans un autre, le consentement devient la morale même de la sexualité »³¹⁸.

Au-delà du constat de l'importance qu'elle semble accorder au consentement des partenaires à l'acte sexuel, la Cour entretient une réelle incertitude quant au poids devant lui être alloué. Aux termes de l'arrêt *Dudgeon*, la Cour avait considéré que les motifs invoqués par le Gouvernement

³¹³ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 145.

³¹⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits ... », *op. cit.*, pp. 307-308 ; G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, pp. 147-148 : Pour le Professeur Geoffrey WILLEMS, la récente « concentration » des objectifs légitimes de restrictions autour du seul objectif de « protection des droits et libertés d'autrui » est le témoin « d'une évolution de la perception des fonctions de l'État dans le chef de la Cour ». Si « il n'est certainement pas possible d'affirmer que l'ensemble des causes de justification visées au [§ 2] de l'article 8 ont vocation à être absorbées par l'unique référence faite à « la protection des droits et libertés d'autrui », il reste que « le mouvement n'est pas anodin et traduit une remise en cause des objectifs classiquement poursuivis par l'État et susceptibles de justifier des restrictions aux droits ». Aussi les États ont-ils « pris acte de cette évolution et tendent à présenter, autant que possible, les objectifs assignés à leurs politiques sous les atours favorables de la protection des droits et libertés des autres ».

³¹⁵ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt M.C. c. Bulgarie du 4 décembre 2003, § 163, aux termes duquel la Cour a relevé une « tendance universelle à considérer l'absence de consentement comme l'élément constitutif essentiel du viol et des violences sexuelles » ; Ainsi que le souligne, à juste titre, le Professeur Serge REGOURD, en matière de sexualité, « la liberté de chacun ne commence à pouvoir s'exercer qu'avec le consentement de l'autre. Autrui ne constitue plus la limite finale jusqu'où peut s'exercer la liberté de chacun : autrui marque l'origine même de l'exercice de la liberté de chacun » (S. REGOURD, « Sexualité et libertés publiques », in *Droit, histoire et sexualité* (sous la dir. de J. POUmarede et J.-P. ROYER), Paris, Publications de l'espace juridique, 1987, p. 134, cité par J.-M. LARRALDE, « Libre disposition ... », *op. cit.*, p. 267).

³¹⁶ M. IACUB et P. MANIGLIER, *Anti-manuel d'éducation sexuelle*, Paris, Bréal, 2005, p. 184.

³¹⁷ D. ROMAN, « Le corps ... », *op. cit.*, p. 1510.

³¹⁸ J.-F. CHASSAING, « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, p. 76.

(dont la protection de la morale) ne pouvaient suffire à justifier la répression pénale des relations homosexuelles lorsque « les partenaires sont des adultes consentants » (§60). Par l'arrêt *Laskey*, la Cour avait, en revanche, reconnu la nécessité, dans une société démocratique, de condamner, au nom de la protection de la santé ou de la morale, des pratiques sadomasochistes, alors même qu'elles étaient consenties. Dans l'arrêt *K.A. et A.D.*, la Cour se fonde exclusivement sur l'absence avérée de consentement pour justifier la répression pénale de pratiques sadomasochistes. D'aucuns ont pu ainsi en déduire, au prix d'une interprétation *a contrario*, que dès lors que de telles pratiques seraient librement consenties, rien ne pourrait plus justifier une intervention des autorités publiques (voy. *supra* Section 2, § 3). Nous ne nous rattachons, cependant, pas à cette hypothèse et considérons que l'incertitude subsiste quant à l'admissibilité de tels comportements lorsqu'ils sont consentis. Les mêmes considérations peuvent être avancées à l'égard de l'arrêt *Stübing*, dont le dispositif repose également principalement sur l'absence de consentement de la partenaire aux relations sexuelles incestueuses. Dans ce dernier cas d'espèce, cependant, l'absence de consentement est loin d'être parfaitement avérée. En se fondant sur un défaut de consentement supposé, la Cour laisse, selon nous, entrevoir les failles d'une appréciation qui ne parvient pas à s'émanciper de jugements moraux. Aussi est-il peut-être ici moins difficile d'affirmer que la Cour aurait pareillement conclu à l'absence de violation de l'article 8 si le consentement des deux partenaires avait été avéré.

Si la juridiction européenne accorde une place centrale au consentement, elle en questionne peu l'intégrité. Dans les affaires sadomasochistes étudiées, seules quelques références discrètes à son existence ou sa qualité peuvent être relevées³¹⁹. Il reste, comme nous l'avons précédemment souligné, que de telles considérations n'étaient pas nécessaires à la résolution des cas d'espèce, puisque, dans le premier, l'existence d'un consentement importait peu aux yeux de la Cour et, dans le second, son absence manifeste suffisait pour conclure à la non-violation de l'article 8. Dans l'arrêt *Stübing* relatif à la sexualité incestueuse, en revanche, la Cour attache une attention particulière à la démonstration de son absence (celle-ci n'étant pas avérée), sans doute car une condamnation des actes litigieux sous d'autres motifs aurait paru moins objective. La problématique du consentement est centrale en matière de sexualité et prend une allure singulière dès lors qu'elle concerne des sexualités « alternatives ». La question qui est alors posée est de savoir s'il est seulement possible qu'un individu consente véritablement à de telles pratiques³²⁰. Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN,

³¹⁹ Ainsi, le juge PETTITI se demande-t-il, dans son opinion concordante en marge de l'arrêt *Laskey*, si l'on peut « considérer qu'il y a consentement libre et éclairé des adolescents participant aux séances sadomasochistes, invités par leurs aînés, moyennant diverses sollicitations y compris pécuniaires ». Dans l'arrêt *K.A. et A.D.*, la Cour relève les propos soutenus par les requérants, selon lesquels « le seul fait que l'épouse du premier requérant se faisait rémunérer pour ses prestations comme « esclave » dans un club n'enlèverait pas nécessairement à ses actes et partant, à ceux du premier requérant, tout lien avec la vie privée » (§ 71).

³²⁰ J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 1317 : « Pourquoi penserait-on subitement que, lorsqu'il s'agirait de sa sexualité, toute personne ne ferait que des choix parfaitement libres et que, lorsqu'elle accepterait de subir des souffrances qui lui seraient infligées par le ou les partenaires de ses ébats, elle le ferait sans aucun risque quelconque de s'être trouvée à la merci d'un prédateur ayant mis à profit tous les mécanismes, y compris les plus subtils, par lesquels un rapport de domination s'installe entre les êtres humains ».

il est nécessaire de rappeler que la contrainte ne vient pas nécessairement d'un tiers, mais qu'elle peut résulter de circonstances³²¹. Cela revient à se demander si les formes de sexualité alternatives ne seraient pas « nécessairement « subies » dans un contexte de domination psychologique et/ou économique »³²². Existe-t-il dans le chef des personnes qui s'y adonnent un consentement pouvant être qualifié de libre et éclairé, ou celui-ci est-il nécessairement contraint et, partant, vicié³²³ ? Le consentement est-il « toujours une expression de liberté »³²⁴ ? Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, « il ne suffit pas d'être persuadé de vouloir pour être libre et autonome »³²⁵. Le consentement s'inscrit toujours dans un contexte particulier, cachant ainsi non seulement les contraintes imposées à son auteur de l'extérieur et inhérentes à la réalité humaine, mais aussi tous les conditionnements qui relèvent de l'intérieur de chacun³²⁶.

Dans le contexte spécifique de la sexualité, le consentement revêt un caractère particulier, en ce qu'il doit être toujours *réfragable* et *spécial*³²⁷. Il en va de la réalité même de la sexualité humaine, « au sens où un rapport sexuel désiré en fantasme et même sollicité peut être mal assumé lors d'une pratique effective. La liberté de disposition de soi implique que la limite tolérée par la personne puisse fluctuer pour s'adapter à la réalité du vécu »³²⁸. Si le consentement d'un individu peut effectivement être la manifestation active de sa volonté et de son désir, il peut également être tout simplement « l'expression d'une envie ou l'acceptation tiède d'une proposition qui émane d'autrui »³²⁹. Pour Jean-Pierre MARGUÉNAUD, si l'on peut valablement considérer « que le consentement est une protection illusoire car il est particulièrement difficile de s'assurer de son existence et de sa sincérité », « il serait cependant hasardeux de lui contester le moindre rôle dans un domaine où la tentation est si forte de lui substituer la morale oppressive »³³⁰. Il reste qu'en matière de sexualité, le consentement revêt, comme nous l'avons précédemment souligné, une « ambiguïté particulière » et il serait sans doute souhaitable qu'il fasse l'objet de règles spécifiques aptes à garantir notamment qu'il ne soit pas que d'un instant³³¹.

³²¹ Cour eur. dr. h., arrêt Tremblay (V.T.) c. France du 11 septembre 2007, § 26 : Aussi la Cour relève-t-elle que certains estiment « que la prostitution n'est jamais librement consentie mais toujours, au moins contrainte par des conditions socio-économiques ».

³²² G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 324.

³²³ J.-F. CHASSAING, *op. cit.*, pp. 84-85.

³²⁴ Voy. M. MARZANO, « Le mythe ... », *op. cit.*, p. 110 et M. MARZANO et A. MILON, « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 112 et s.

³²⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, n° 1, p. 34.

³²⁶ Voy. M. MARZANO, « Le mythe ... », *op. cit.*, pp. 116 et s. : L'auteur concède, cependant, que « si toute action était réellement déterminée par des facteurs indépendants de la volonté d'un individu, on ne pourrait jamais considérer quelqu'un comme juridiquement et moralement responsable de ses actes : argumenter en faveur d'un déterminisme causal dans le monde humain signifierait *de facto* priver les êtres humains de toute forme de délibération et de choix. En même temps, la liberté ».

³²⁷ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 495.

³²⁸ *Ibidem*, p. 495.

³²⁹ M. MARZANO, « Le mythe ... », *op. cit.*, p. 116.

³³⁰ Intervention de Jean-Pierre MARGUÉNAUD dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 12.

³³¹ *Ibidem*, p. 12.

CHAPITRE III : L'INFLUENCE DE LA PHILOSOPHIE SUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

En tant que questionnement, réflexion et interprétation du monde, de l'existence humaine et des savoirs disponibles, la philosophie occupe nécessairement une place importante dans la démarche réflexive du juge européen. Si elle ancre ses origines dans le dialogue et la confrontation d'idées, elle peut désormais se concevoir comme une « activité d'analyse, de définition, de création ou de méditation sur des concepts »³³². À ce titre, le droit ne peut s'abstenir d'y faire référence. Si le droit permet de *trancher* certains conflits de valeurs, il ne suffit pas pour *raisonner* sur ces questions³³³.

De tout temps, le juge s'est trouvé confronté à des problèmes renvoyant à des considérations morales et aux différentes conceptions de l'ordre social³³⁴. Depuis quelque temps, cependant, le caractère éminemment plus complexe des conflits de valeurs au sein de sociétés davantage pluralistes appelle les juristes contemporains, « même s'ils s'en défendent », « à « philosopher » comme jamais depuis longtemps »³³⁵. S'il est vrai que, nonobstant la référence formelle de la Convention aux « valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples », la Cour européenne se refuse à s'aventurer sur ce terrain, il reste qu'une telle posture ne saurait contredire l'affirmation selon laquelle « les jugements sont des actes ostensibles précédés d'une multitude de contre-lettres enfouies dans l'inconscient des juges »³³⁶.

Dans le cadre de ce troisième et dernier chapitre, nous nous attacherons à opérer une synthèse des approches philosophiques et jurisprudentielles de la liberté sexuelle. À cet égard, nous tenterons de démontrer que la philosophie peut constituer, outre un outil de justification (**Section 1**), un moteur d'évolution de la jurisprudence (**Section 2**)³³⁷.

SECTION 1^{ÈRE}. LA PHILOSOPHIE COMME OUTIL DE JUSTIFICATION

L'examen approfondi des ressorts jurisprudentiels strasbourgeois en matière de sexualité nous a permis de mettre en évidence les renvois continus – presque inconscients – à des considérations philosophiques, susceptibles d'en justifier les fondements. Au terme de cette section, nous tâcherons

³³² <https://fr.wikipedia.org/wiki/Philosophie> (3 juillet 2017).

³³³ P. MBONGO, *op. cit.*, p. 100.

³³⁴ M. LEVINET, « Le principe ... », *op. cit.*, p. 73.

³³⁵ S. RIALS, *Oppressions et résistances*, Paris, PUF, 2008, p. 21 ; P. MBONGO, *op. cit.*, p. 99 : La CEDH « tient une place centrale et joue un rôle prépondérant en matière d'arbitrage des conflits de valeurs dans des sociétés qui se définissent précisément comme étant pluralistes. Pour tout dire, il n'y a guère de litige porté devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, rationnellement, ne mette pas en jeu, ou bien un conflit d'intérêts, ou bien un conflit de valeurs, ou bien les deux à la fois. Or, [...] les discours doctrinaux [...] de réception des grands arrêts de la Cour européenne intéressant de grandes questions de valeurs sont très standardisés ». « Ces discours doctrinaux ont néanmoins ceci de commun qu'ils ne rendent pas compte de la dimension aporétique de nombreuses questions soumises à la Cour. A leurs corps défendant, ces discours révèlent ainsi l'absence de résonance des controverses contemporaines de philosophie morale dans les nombreux arrêts de la Cour intéressant des questions axiologiques, une absence de résonance qui interroge elle-même la rhétorique et l'argumentation de la Cour ».

³³⁶ P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ? Six leçons sur le désenchantement du droit*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2007, p. 29, cité par M. LEVINET, « Le principe ... », *op. cit.*, p. 74.

³³⁷ A. PAPAUX, *op. cit.*, p. 6.

de mettre en évidence les concepts et théories philosophiques auxquels la Cour européenne des droits de l'homme se réfère pour trancher les litiges qui se présentent à elle en matière de sexualité. Le nombre de pages limité ne nous permettant pas d'opérer un examen approfondi, nous nous bornerons à analyser trois concepts philosophiques utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de son contentieux sexuel : la notion de « morale » (§ 1^{er}), le concept d'« autonomie personnelle » (§ 2), et la notion de « dignité humaine » (§ 3).

§ 1^{er}. La notion de morale

La Convention renvoie explicitement à la morale comme motif de restriction de certains droits et libertés qu'elle garantit. La morale est, cependant, une notion floue, dont il est difficile de circonscrire les contours. Pouvant être définie comme « l'ensemble des règles de conduite admises à une époque ou par un groupe d'hommes »³³⁸, elle comporte indéniablement une dimension collective et sociale, mais surtout relative³³⁹. La Cour européenne s'est toujours refusée à définir, de manière exhaustive et définitive, le contenu de cet objectif légitime de restriction du droit au respect de la vie privée³⁴⁰. L'étude approfondie des arrêts de la Cour en matière de sexualité nous offre, toutefois, quelques pistes de réflexion quant à une certaine acception strasbourgeoise de la morale. La Cour semble, en effet, renvoyer à deux conceptions différentes de celle-ci³⁴¹.

La première interprète la notion de *protection de la morale* comme « garde-fou » des « standards moraux d'une société dans son ensemble »³⁴² et renvoie à la préoccupation de Lord DEVLIN de voir la moralité commune et établie d'une société menacée intérieurement ou extérieurement³⁴³. La morale serait comprise comme « le reflet des opinions profondes et des convictions sincères partagées par la grande majorité des citoyens d'un État partie à la Convention, un État étant ainsi habilité à protéger les normes de comportements admises et ancrées dans sa propre société »³⁴⁴. Par une telle conception, la Cour entend insister sur la grande relativité spatio-temporelle des considérations morales. Dès 1976, la Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, expressément reconnu qu'aucune conception uniforme de la « morale » ne pouvait être dégagée du droit interne des divers États membres³⁴⁵. En effet, « l'idée que leurs lois respectives se font des

³³⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 9^e éd., Paris, PUF, 1962.

³³⁹ J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 4.

³⁴⁰ Toutefois, comme le souligne Thierry PECH, « on imagine mal que, dans une société démocratique, le droit puisse se prononcer positivement sur le contenu des libertés qu'il garantit. [...] Autrement dit, la démocratie lui demanderait de régler les relations entre les individus, non de se prononcer sur la vie bonne » (T. PECH, *op. cit.*, p. 1).

³⁴¹ Ces deux conceptions sont, d'ailleurs, synthétisées dans l'opinion dissidente élaborée par le juge WALSH en marge de l'arrêt *Dudgeon* (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981).

³⁴² Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 47.

³⁴³ *Ibidem*, § 9 de l'opinion dissidente du juge WALSH : Pour Lord DEVLIN, dès lors que le droit existe pour protéger la société, il ne doit pas seulement protéger l'individu contre les dommages, la corruption et l'exploitation, mais il « doit protéger aussi les institutions et la communauté d'idées, politiques et morales, sans lesquelles les gens ne peuvent pas vivre ensemble » ; P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 13, cité par C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 279.

³⁴⁴ P. MBONGO, *op. cit.*, p. 100.

³⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 49 : Cet arrêt pose les principes encadrant les restrictions justifiées par la protection de la morale. En l'espèce, le requérant – un éditeur anglais – dénonçait la censure opérée

exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière » (§48). Il en résulte qu'il revient aux autorités étatiques de définir le contenu précis des exigences morales prévalant au sein de leur société³⁴⁶. Par ces considérations, la Cour se rapproche du scepticisme radical de HUME qui l'avait conduit, plus de deux siècles auparavant, à avancer – en opposition aux théories jusnaturalistes – que nos valeurs morales relevaient essentiellement de constructions sociales, se justifiant uniquement en raison de leur utilité pour la société (voy. *supra* Chapitre I^{er}). Si l'approche ne semble pas problématique en soi, elle pose, cependant, indéniablement la question de l'appréciation par la Cour des considérations morales propres à chaque État. Sans méthodologie, la Cour ne peut être à même d'effectuer un contrôle objectif de l'exception morale. La Cour tend, en effet, à s'approprier le dissensus ou le consensus moral invoqué par l'État au sein de son corps social sans en réaliser de réelle objectivation³⁴⁷. Pareille absence de méthode conduit inévitablement la Cour, soit à emprunter au stéréotype, soit à privilégier les conceptions morales des « détenteurs de pouvoirs sociaux »³⁴⁸. Plus fondamentalement, une telle approche pose la question de savoir si les exigences morales de la majorité sont susceptibles de « restreindre la liberté de ceux qui dirigent et mesurent leurs actions par rapport à une autre conception de la « vie bonne » »³⁴⁹. La volonté de l'État d'imposer à tous les préférences morales de la majorité (et la volonté de la Cour de cautionner une telle approche) peut, en effet, valablement se comprendre comme du « moralisme juridique »³⁵⁰.

La seconde conception – davantage subjective et libérale – se rapproche de la théorie restrictive des « droits moraux » de MILL (voy. *supra* Chapitre I^{er}), considérant que l'un des aspects de la protection de la morale est la protection des droits et libertés d'autrui et, en particulier, de ceux qui

par les autorités britanniques à l'encontre d'un livre danois *Little Red Schoolbook*, destiné à donner aux adolescents une série de conseils, notamment en matière de sexualité. Reconnaissant que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de tout société démocratique nécessairement marquée par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, la Cour étend celle-ci tant aux « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes », qu'à « celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population » (§ 49) ; P. MBONGO, *op. cit.*, p. 100 : Notons que, selon le Professeur Pascal MBONGO, l'affirmation de la Cour selon laquelle on ne peut dégager aucune conception « uniforme » de la morale, est une fausse évidence sociologique, puisqu'il n'est pas impossible de réaliser « une étude comparative approfondie et de dégager quelques principes généraux clairs pour donner naissance à une norme européenne commune. En effet, certaines questions d'ordre moral [...] sont moins controversées que d'autres [...]. Il faut bien comprendre quels sont les domaines faisant l'objet d'un consensus parmi tous les États membres et ceux où aucun accord n'existe et définir clairement les secteurs où une certaine diversité peut être tolérée et ceux où cela n'est pas possible » (S. GREER, *op. cit.*, p. 26).

³⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt Stübing c. Allemagne du 12 avril 2012, §§ 60 et s. : « By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international court to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them ».

³⁴⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs* (sous la dir. de J. CHEVALLIER), Paris, PUF, 1994, p. 105 : « Confronté à la libération des mœurs et à la banalisation des représentations de la sexualité », le juge peine à « identifier un critère objectif permettant de tracer de manière incontestable la frontière du licite et de l'illicite ». Il se réfère alors au « niveau moyen des mœurs actuelles », au « consensus social », à la « conscience collective » et à celle de « la majorité – ou de l'immense majorité – des citoyens ».

³⁴⁸ P. MBONGO, *op. cit.*, p. 101 ; voy. Cour eur. dr. h., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, § 25.

³⁴⁹ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 129.

³⁵⁰ T. S. PETERSEN, « What is legal moralism? », *SATS Northern European Journal of Philosophy*, 2011, p. 81, cité par G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 129.

nécessitent une protection spécifique³⁵¹. Cette conception se matérialise dans le principe selon lequel l'intervention du droit afin de protéger ou préserver la morale n'est défendable que lorsqu'elle est nécessaire à la protection des droits moraux d'autrui³⁵². Dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour a, en effet, d'emblée affirmé les liens qui existent entre la protection de la morale et celle des droits et intérêts d'autrui³⁵³. Ces liens sont, à nouveau, soulignés dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, où la Cour considère qu'« il apparaît [...] assez artificiel d'établir une distinction rigide entre la protection « des droits et libertés d'autrui » et celle « de la morale » »³⁵⁴ (§47).

Puisque toute tentative d'appréhension de la sexualité au travers de considérations morales se voit marquée d'une grande insécurité juridique³⁵⁵, il nous semble opportun que la Cour se positionne définitivement en faveur d'une interprétation claire de cette notion. Selon nous, la conception de la morale qui tend à se rapprocher au mieux de l'engagement affirmé de la Cour en faveur des valeurs d'un pluralisme libéral est celle qui se fonde sur la théorie de la moralité de John Stuart MILL³⁵⁶. Il s'ensuit que la référence à la protection des droits d'autrui dans la Convention doit être interprétée pour comprendre le respect des droits *moraux* d'autrui. « Dans ce contexte, les références associées dans la Convention à la protection de la morale et à la protection des droits d'autrui sont, au pire, contradictoires, au mieux, répétitives »³⁵⁷. Selon nous, aucun acte sexuel entre individus consentants

³⁵¹ C. NOWLIN, *op. cit.*, pp. 279 et s. : Dans *Dudgeon*, bien que la Cour ait considéré l'existence d'une opinion morale partagée dans de « larges milieux de la société nord-irlandaise » comme « assurément pertinente » sous l'angle du § 2 de l'article 8, elle conclut que la dépénalisation des relations homosexuelles privées entre adultes consentants n'est pas à même d'affaiblir les standards moraux existants. Plus fondamentalement, si la Cour a accepté que la question soit ultimement celle d'une balance entre la nuisibilité du comportement interdit envers la société et le préjudice entraîné par l'interdiction du comportement en question, elle confirme implicitement l'importance d'une compréhension et d'une tolérance accrue en matière de droits de l'homme, et rejette explicitement le « moralisme légal » développé par Lord DEVLIN (§ 60).

³⁵² C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 265 : La notion de moralité de MILL est théoriquement associée aux concepts de nuisibilité et de préjudice, si bien qu'un comportement, bien qu'il puisse offenser les sentiments d'autrui, ne peut adéquatement être considéré comme « mauvais », à moins qu'il soit, d'une certaine manière, préjudiciable pour autrui ou pour la société ; Conformément à cette théorie, « *where no harm to others is involved, and the harm to the participants is consensual, the basic human right to determine one's self* », or the recognised constitutional right of an individual « *to live his or her life as he or she may choose* », cannot be restricted in the name of legal moralism » (C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 282).

³⁵³ Ainsi, « la Cour attache une importance particulière à la circonstance que [le *Little Red Schoolbook*] s'adressait en priorité à des enfants et adolescents de douze à dix-huit ans environ » et que « rédigé en un style dépouillé, direct et concret, il était aisément accessible même aux moins âgés d'entre eux ». Malgré des informations exactes et souvent utiles, l'ouvrage renfermait également des « paragraphes que des jeunes traversant une phase critique de leur développement pouvaient interpréter comme un encouragement à se livrer à des expériences précoces et nuisibles pour eux, voire à commettre certaines infractions pénales ». Dans ces circonstances, « les magistrats anglais [...] étaient en droit de croire [...] que le *Schoolbook* aurait des répercussions néfastes sur la moralité de beaucoup des enfants et adolescents qui le liraient » (§ 52). La Cour atteint une conclusion similaire dans ses arrêts *Müller* – où elle s'est prononcée sur la confiscation de toiles considérées obscènes, peintes par le peintre Josef Felix Müller – et *Akdas* – qui concernait la censure de l'édition turque du roman pornographique *Les onze mille verges* de Guillaume Apollinaire (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988 et arrêt *Akdas c. Turquie* du 16 février 2010).

³⁵⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 47 : La protection de la morale « peut impliquer la sauvegarde de l'éthique ou des valeurs morales d'une société dans son ensemble [...], mais également englober – le Gouvernement le relève – la défense des intérêts et du bien-être moraux d'une fraction donnée de celle-ci [...]. Quand il s'agit des intérêts et du bien-être moraux de personnes ou catégories de personnes appelant une protection spéciale pour des raisons telles qu'immaturation, débilite mentale ou état de dépendance, la protection « des droits et libertés d'autrui » se ramène donc à un aspect de celle « de la morale » [...]. Partant, la Cour pendra en compte les deux buts sur cette base ».

³⁵⁵ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 496.

³⁵⁶ C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 265.

³⁵⁷ Traduction libre de C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 285.

et capables n'est intrinsèquement immoral³⁵⁸. « Dans une perspective marquée par le pluralisme libéral et l'idée que les objectifs étatiques devraient être libres de jugements de valeur »³⁵⁹, nous plaçons, dès lors, pour l'abandon de la morale comme motif de restriction de la liberté sexuelle. Nous considérons, en effet, que « la vie sexuelle est le domaine où l'État doit justement s'interdire d'intervenir au nom de la morale parce qu'ordinairement, elle ne relève pas seulement de la vie privée mais de l'intimité de la vie privée »³⁶⁰.

§ 2. La notion d'autonomie personnelle

La notion d'autonomie personnelle n'est pas explicitement consacrée par la CEDH. En dépit de cette absence dans le texte qui fonde sa compétence, la Cour lui a pourtant reconnu la valeur de principe sous-jacent à l'interprétation des garanties de la Convention³⁶¹, principalement en raison de sa proximité avec le principe général de liberté individuelle, qui constitue, quant à lui, « l'essence même » du texte européen. L'autonomie personnelle, entendue comme « la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme »³⁶², investit de plus en plus le corpus jurisprudentiel strasbourgeois, à un point tel qu'elle est amenée à « jouer le rôle de principe matriciel de la Convention »³⁶³.

L'origine de l'idée, sinon du concept, est bien antérieure à la consécration explicite intervenue dans la jurisprudence européenne³⁶⁴. La notion trouve sa source en philosophie³⁶⁵, principalement dans la philosophie kantienne, dont elle constitue l'épicentre. En affirmant, dans l'arrêt *Pretty*, que « bien qu'il n'ait pas été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (§61), le juge européen se réfère à une notion intrinsèquement philosophique afin de justifier le droit de l'individu à s'autodéterminer, droit essentiel à son épanouissement personnel. Dans l'arrêt *K. A. et A. D.*, la Cour a ainsi affirmé que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle » (§84). Réaffirmée dans de nombreux autres arrêts, cette jurisprudence confirme ainsi la protection, sur le fondement du

³⁵⁸ Selon Christopher NOWLIN, seules les « relations sexuelles abusives (*exploitative*) » et les « législations discriminatoires » sont *immorales*, en ce qu'elles restreignent injustement les capacités de certaines personnes à construire leur vie avec le même degré de liberté dont d'autres bénéficient (C. NOWLIN, *op. cit.*, p. 285).

³⁵⁹ G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 125 ; Dans le contentieux sexuel, l'argumentation des États défendeurs est, en effet, révélatrice de la confusion entre considérations morales et préjugés les plus sordides (J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 23).

³⁶⁰ Voyez l'intervention de Jean-Pierre MARGUÉNAUD dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 12.

³⁶¹ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt Sorensen et Rasmussen c. Danemark du 11 janvier 2006, § 54.

³⁶² D. ROMAN, « Le corps ... », *op. cit.*, p. 1509.

³⁶³ M. LEVINET, « La notion ... », *op. cit.*, p. 3 ; F. SUDRE, « Rapport introductif ... », *op. cit.*, p. 19.

³⁶⁴ M. LEVINET, « La notion ... », *op. cit.*, p. 4.

³⁶⁵ Voy. LAGARDE E., *Le principe d'autonomie personnelle. Etude sur la disposition corporelle en droit européen*, Thèse pour le doctorat en droit privé, soutenue le 12 juillet 2012, Université de Pau et des pays de l'Adour, Faculté de droit, d'économie et de gestion, pp. 15 et s., disponible à l'adresse : <http://www.theses.fr/2012PAUU200> (5 juillet 2017).

droit au respect de la vie privée, d'un principe d'autonomie personnelle selon lequel chacun peut mener sa vie comme il l'entend, y compris en se mettant physiquement ou moralement en danger³⁶⁶.

L'utilisation de la notion foisonne, si bien que la maîtrise qu'en a la Cour semble lui échapper³⁶⁷. D'abord entendue comme une « notion », puis comme un « principe », l'autonomie personnelle se voit désormais reconnaître, sous la plume de la Cour européenne, la qualité de véritable « droit »³⁶⁸. La définition des contours de la notion, de sa fonction, ainsi que de ses implications semble particulièrement difficile. Si la valorisation de l'autonomie personnelle est heureuse, son application – souvent extensive – fait, quant à elle, l'objet de nombreuses critiques. Nombreux sont ceux qui s'inquiètent, en effet, de ce que ce concept « hyperindividualiste » conduise la Cour à valoriser un « libéralisme le plus débridé »³⁶⁹. Le principe d'autonomie personnelle serait ainsi susceptible de conduire à une véritable « déconstruction », un « retournement mortifère » de nature à détruire les droits de l'homme et à anéantir toute démocratie³⁷⁰. Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, l'idée selon laquelle « je fais ce que je veux, quand, où, comment et avec qui je veux si tel est mon bon plaisir » tend à légitimer « le précepte sadien de l'utilisation de l'autre comme moyen (de sa jouissance) et récuse l'impératif kantien de le considérer *toujours en même temps* comme une fin »³⁷¹.

Selon nous, la conception de l'autonomie personnelle que défendent ces auteurs s'éloigne fondamentalement de l'acception du concept tel qu'il est hérité des théories philosophiques dont il tire ses origines. Pour la philosophe Michela MARZANO, deux grandes acceptions de l'autonomie personnelle peuvent être retenues³⁷². La première, fondée sur la philosophie rationaliste d'Emmanuel KANT, définit la volonté comme « la propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi » et représente le « principe suprême de la moralité », soit la condition même d'un « impératif catégorique »³⁷³. Pour

³⁶⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine ... », *op. cit.*, p. 31.

³⁶⁷ M. LEVINET, « La notion ... », *op. cit.*, p. 9 : En effet, outre l'absence étonnante de toute référence au principe d'autonomie personnelle dans le traitement de certains contentieux, le juge européen entretient, dans le cadre des droits protégés par l'article 8, une réelle confusion entre ce principe et les notions voisines d'épanouissement et de développement personnels.

³⁶⁸ Cour eur. dr. h., arrêt Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, § 71 ; M. LEVINET, « La notion ... », *op. cit.*, pp. 12 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme... », *op. cit.*, p. 2975 : Pour la Professeure, la qualification de « liberté » aurait été plus adaptée que celle de « droit ». En termes juridiques, pouvoir décider de mener sa vie comme on l'entend est une liberté : une faculté d'agir, de décider et de choisir. Un droit – par définition opposable – à l'autodétermination impliquerait une créance sur la puissance publique. Il s'agirait ainsi « d'une dérive de la Cour européenne que de tout qualifier de « droits », et même de « droits de l'homme », car seule cette qualification justifie en principe son intervention ». Cela conduit à élargir les compétences de la Cour au-delà des seuls droits fondamentaux, et ainsi, « à empiéter sur des choix qui relèvent de la souveraineté des États ».

³⁶⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine ... », *op. cit.*, p. 32 ; J.-L. RENCHON, « Indisponibilité ... », *op. cit.*, p. 291.

³⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine ... », *op. cit.*, p. 32 ; B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 119 : Bernard EDELMAN y voit la démarche « suicidaire » d'une Cour « animée d'une pulsion de mort irrépessible ». Cette « morbidité » viendrait, selon l'auteur, de ce que la Cour se comporte comme « le nouvel homme [sadien] qu'elle a engendré ; elle veut parler sa langue, vivre sa vie, ressentir ce qu'il ressent ; ce qui l'indigne l'indignera, ce qui le réjouira la réjouira ». Dès lors, « rien d'étonnant [...] qu'elle se subvertisse et se transgresse, puisque le nouvel homme se nourrit de transgression et de subversion ».

³⁷¹ B. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 120 ; B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 118 : Bernard EDELMAN affirme que « l'homme des droits de l'homme » a désormais cédé sa place à l'« homme sadien », habité par la transgression et une volonté de « s'affranchir de toute contrainte, du temps, de l'espace, du sexe, du corps », et dont la seule crainte « est d'être entravé dans sa liberté de s'expérimenter, de mener des expériences avec sa propre vie, fut-ce jusqu'à narguer la mort, comme s'il lui fallait éprouver physiquement un monde qui se dérobe symboliquement ».

³⁷² M. MARZANO, *Je consens ...*, *op. cit.*, pp. 48 et s.

³⁷³ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 308.

KANT, l'autonomie s'exerce dans le fait de « juger et décider par soi-même ce que [l'on] doit faire », étant entendu que « cette vocation à penser par soi-même [...] implique l'obligation de ne pas agir sous l'emprise de ses désirs et de ses penchants, ou sous l'influence de préjugés et de directives extérieures »³⁷⁴. La loi à laquelle l'individu choisit de se soumettre³⁷⁵ est nécessairement rationnelle et universalisable, en ce qu'elle est l'expression d'une liberté « consistant à poser et à respecter des devoirs envers les autres et envers soi-même »³⁷⁶. La conception kantienne de l'autonomie ne s'entend dès lors pas comme la liberté de faire ce que l'on veut. « Il s'agit d'obéir à sa « raison législatrice » qui, par hypothèse, respecte autrui »³⁷⁷. Par l'expression de sa propre loi, l'individu exprime sa dignité. Pour KANT, la dignité n'est pas une valeur objective transcendant l'individu et définissant « ce qui est humain ou ce qui ne l'est pas ». Elle est « celle qui appartient à un être humain à partir du moment où il justifie ses choix en s'appuyant sur une norme (*nomos*) qu'il s'est donné soi-même (*autos*) selon son jugement ou sa raison propres »³⁷⁸. La seconde acception prend appui sur la pensée libérale de John Stuart MILL, qui voit dans l'autonomie l'expression d'une « indépendance absolue »³⁷⁹. MILL fonde cette liberté sur le droit de chacun à s'épanouir. Il défend l'idée que « l'être humain doit être libre d'agir conformément à sa propre conception du bien »³⁸⁰. Nul ne peut intervenir dans les choix et décisions de celui-ci, à moins qu'ils n'interfèrent avec ceux d'autrui. Une telle liberté n'est donc pas illimitée : elle est circonscrite par l'égale liberté de chacun³⁸¹. Si les deux conceptions de l'autonomie apparaissent *a priori* fondamentalement divergentes, elles ne sont dissymétriques qu'en apparence puisqu'elles ont, au moins, en commun de refuser que l'autonomie ne se résume à « l'arbitraire de la subjectivité individuelle »³⁸².

³⁷⁴ Voy. M. MARZANO, *Je consens ...*, op. cit., p. 51 ; E. GAZIAUX, « Trois modèles d'autonomie en morale : Kant, Steinbüchel, Auer », *Revue théologique de Louvain*, 1997/3, p. 339.

³⁷⁵ Voy. M. MARZANO et A. MILON, op. cit., pp. 119-120 : Dans la conception kantienne, « affirmer l'existence de l'autonomie, c'est avant tout affirmer l'existence d'une loi que l'on s'impose ». [...] « L'autonomie, pour Kant, ne relève pas du désir, de l'envie ou du simple souhait. L'autonomie est l'affirmation d'un devoir-être qui permet à l'individu d'affirmer son projet. [...] Elle est l'affirmation du principe objectif du devoir et non l'expression du principe subjectif du vouloir ».

³⁷⁶ M. MARZANO, *Je consens ...*, op. cit., p. 53 : En effet, pour être véritablement morale, l'autonomie requiert que notre libre choix soit universalisable par la raison. « Sans quoi, au lieu d'autonomie, nous faisons preuve de notre hétéronomie, puisque les passions ou les caprices oblitèrent notre liberté » (D. FOLSCHIED, « Quelques grains de sel philosophiques », in *Les Lois « bioéthique » à l'épreuve des faits* (sous la dir. de B. FEUILLET-LE MINTIER), Paris, PUF, 1999, p. 281).

³⁷⁷ E. LAGARDE, op. cit., p. 18 ; M. MARZANO et A. MILON, op. cit., p. 120 : « L'autonomie ne suppose pas qu'aucune restriction ne soit imposée à la liberté. Elle exige simplement que ces restrictions soient autodéterminées, qu'elles soient le résultat d'un choix librement consenti, et non la conséquence d'une soumission involontaire et aveugle aux ordres d'une autorité extérieure, que ce soit la religion, l'État ou les conventions ».

³⁷⁸ M. MARZANO, *Je consens ...*, op. cit., p. 61 ; Il y a un certain paradoxe dans le fait qu'un acte pour être autonome, doit à la fois être libre et déterminé. Pour le Professeur Carlo INVERNIZZI ACCETTI, « un acte peut être simultanément libre et déterminé s'il édicte à lui-même sa propre loi » (C. INVERNIZZI ACCETTI, op. cit., p. 159).

³⁷⁹ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., pp. 39-40 : Selon MILL, « chacun doit pouvoir jouir d'un droit absolu de penser et de sentir comme il le préfère sur tous les sujets ; il a le droit de tracer librement le plan de sa vie conformément à son caractère ; il a le droit de s'associer avec ses semblables dans n'importe quel but à condition de ne pas nuire à autrui ».

³⁸⁰ M. MARZANO, *Je consens ...*, op. cit., p. 50.

³⁸¹ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., pp. 39-40 : « [...] la seule fin pour laquelle les hommes soient justifiés, individuellement ou collectivement, à interférer avec la liberté d'action de n'importe quel nombre d'entre eux est l'autoprotection, [...] d'empêcher de faire du mal à autrui. [...] Le seul aspect de la conduite de quiconque pour laquelle il doive en répondre à la société est celle qui concerne autrui. En ce qui concerne simplement lui-même, son indépendance est de droit, absolue ».

³⁸² E. GAZIAUX, op. cit., p. 341.

Au terme de ce détour philosophique, il nous est permis de conclure que le principe d'autonomie personnelle n'a pas, en lui-même, vocation à s'émanciper de toutes limites. Selon nous, l'autonomie personnelle se définit 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 autrui³⁸³. Les préoccupations soulevées par nombreux auteurs quant au potentiel destructeur de la notion ne nous semblent, dès lors, pas fondées. Il reste que ce n'est pas la notion d'autonomie personnelle qui tend à faire l'objet de critiques mais son utilisation par le juge européen³⁸⁴. Si la juge Françoise TULKENS concède une utilisation parfois « erratique » de la notion³⁸⁵, rien, dans la jurisprudence de la Cour, ne nous semble, pourtant, à même de justifier un tel tollé. Alors que certains s'inquiètent de ce que la réification du principe conduise à une interprétation hyperbolique des théories développées par les penseurs libéraux, il nous semble bon de rappeler que l'autonomie personnelle reste soumise à la tutelle du § 2 de l'article 8 et au principe de proportionnalité. Des restrictions sont donc possibles et même nécessaires, qu'elles trouvent leur source dans la nécessaire universalisation des choix (*Pretty c. Royaume-Uni*)³⁸⁶ ou dans la protection de l'autonomie de chacun (*K.A. et A.D. c. Belgique*)³⁸⁷.

³⁸³ 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.

³⁸⁴ Voy. M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine ... », *op. cit.*, pp. 32 et s. : Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, deux grandes confusions doivent être évitées : celle de faire de cette faculté un « droit » et celle de ne pas distinguer selon que les choix opérés sur le corps sont le fait de la personne elle-même ou d'un tiers. Aussi longtemps qu'un *rapport à autrui* est concerné, certains maintiennent que le droit peut légitimement intervenir, non pas dans un élan paternaliste de protéger la personne contre elle-même, mais pour protéger cet autrui impliqué. Pour la Professeure, « le fait qu'une personne consente à être victime ne saurait excuser toutes les atteintes à son intégrité physique, toutes les tortures et barbaries, et pourquoi pas le meurtre ; et ce même s'il est démontré qu'elle a donné son accord voire qu'elle en jouit ». Ainsi, le consentement ne peut devenir un fait justificatif permettant d'effacer toutes les infractions pénales. L'intervention du droit pour empêcher une personne d'agir d'une façon dommageable relève le plus souvent de la protection de l'intérêt général (« On ne semble plus comprendre le rôle instituant du droit, et que le tracé des interdits dessine la société qu'on se construit. Toute limite est perçue comme une atteinte à la liberté individuelle. La fonction anthropologique du droit, son rôle d'humanisation sont récusés comme un retour de la morale et du jurnaturalisme, ce qui est un complet contresens. Il ne s'agit en effet nullement de faire primer une autre règle et une autre source (religieuse, morale, etc.) sur le droit, mais d'apprécier la conséquence des règles de droit sur l'humanité des êtres humains, et en particulier sur leur raison »). Si le droit peut légitimement intervenir, c'est parce que la notion « hyperindividualiste » d'autonomie personnelle – qui déploie pleinement ses effets en matière de choix engageant exclusivement l'individu – devient inopérante dès lors que ces choix supposent une relation avec autrui pour se concrétiser. Dans le domaine de la sexualité, la notion ne pourrait alors recevoir application qu'en matière d'onanisme (J.-P. MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle ... », *op. cit.*, p. 20). Lorsqu'il s'agit d'un *rapport de soi à soi*, la personne – seule concernée – ne cause à autrui aucun dommage juridiquement réparable. Dans ces circonstances, la liberté individuelle est totale et la personne peut porter atteinte à sa santé ou son intégrité corporelle comme elle l'entend. Le droit n'a pas vocation à condamner quoi que ce soit, tout simplement parce qu'il n'a pas sa place dans ce type de rapport. La protection de l'individu contre lui-même pourrait ainsi « bien devenir de l'acharnement protectionniste et ressusciter, à l'horizon juridique, le spectre honni de l'ordre moral » (Présentation de Jean MOULY dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverses ... », *op. cit.*, p. 4 ; D. ROMAN, « « À corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, p. 1285).

³⁸⁵ Intervention de Françoise TULKENS dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 46.

³⁸⁶ Dans l'arrêt *Pretty*, l'autonomie personnelle est appréhendée dans sa conception kantienne. Ainsi, l'individu exprime son autonomie par des choix rationnels et universalisables. L'autonomie pose donc une limite à la liberté ; Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 74 : « La disposition légale incriminée [...] a été conçue pour préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables [...] contre les actes visant à mettre fin à la vie [...]. Sans doute l'état des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie-t-il d'un cas à l'autre. Mais beaucoup de ces personnes sont vulnérables, et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la *ratio legis* de la disposition en cause. Il incombe au premier chef aux Etats d'apprécier le risque d'abus et les conséquences probables des abus éventuellement commis qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction générale du suicide assisté ou la création d'exceptions au principe ».

³⁸⁷ Dans l'arrêt *K.A. et A.D.*, la Cour renvoie à l'autonomie personnelle dans sa conception millienne, considérant qu'une limite pouvant s'imposer à celle-ci est celle de l'autonomie du partenaire à l'acte sexuel. Certains y ont vu une consécration de

§ 3. La notion de dignité humaine

La notion de dignité humaine est apparue relativement récemment, du moins, en tant que concept juridique³⁸⁸. Certes, le concept n'est pas directement protégé par la Convention européenne³⁸⁹, mais la Cour l'a pourtant reconnu comme « l'essence même » de celle-ci, au même titre que la liberté³⁹⁰. « Soustraite à son long sommeil philosophique »³⁹¹, la notion de dignité constitue désormais un véritable « concept juridique opératoire »³⁹². Si la doctrine s'accorde pour reconnaître qu'il est impossible d'en donner une définition³⁹³, il nous est, cependant, permis d'entrevoir deux « dynamiques » à l'œuvre dans son utilisation³⁹⁴. Deux acceptions du concept de dignité méritent ainsi d'être retenues : une « dignité actée » et une « dignité fondamentale »³⁹⁵.

Dans sa première acception, la dignité est *subjective* et s'attache, non pas à la personne humaine, mais à l'individu³⁹⁶. Elle correspond « aux éléments essentiels de son identité et de sa personnalité auxquels il n'entend pas qu'il soit porté atteinte par autrui »³⁹⁷. Elle implique le respect de sa volonté dans les choix qu'il pose, notamment sur son corps et sur sa vie la plus intime³⁹⁸. Ainsi, elle désigne la capacité d'un individu libre et indépendant à s'autodéterminer³⁹⁹. Si l'individu peut y renoncer ou y porter atteinte, il peut aussi l'opposer aux tiers ou à la société pour demander que lui soient reconnus une protection ou un droit⁴⁰⁰. Dans sa conception subjective, la dignité ne peut, cependant, être absolue. Il est, en effet, difficilement concevable que tous les agissements de l'individu puissent être cautionnés par la conception qu'il a de sa propre dignité. Elle connaît, dès lors, au même titre que son auxiliaire de liberté, certaines limites intrinsèques : l'égalité de dignité

l'autonomie dans son sens sadien mais nous ne voyons rien de tel. L'arrêt *Stübing* est venu confirmer l'existence de limites, en considérant, une fois encore, que l'autonomie personnelle pouvait être restreinte par l'autonomie personnelle (vulnérabilité) du partenaire à l'acte, mais aussi – plus discutable – par la morale de la société dans son ensemble.

³⁸⁸ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 500 ; M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *R.I.E.J.*, 2007/1, n° 58, p. 3.

³⁸⁹ J. FIERENS, « La dignité comme concept juridique », *J. T.*, 2002, p. 579 : « La notion est utilisée souvent en l'absence de toute référence légale, ou plutôt parce qu'il n'existe aucune référence légale adéquate pour justifier la solution ».

³⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêts C.R. c. Royaume-Uni et S.W. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, §§ 44-42 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty* c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, § 65 ; C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, pp. 176 et s.

³⁹¹ T. PECH, *op. cit.*, p. 1.

³⁹² M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2978.

³⁹³ K. NERI, « La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux droits de l'homme ou nouveau droit substantiel ? », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (sous la dir. de S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 53 : L'auteur y voit une notion particulièrement « [mystérieuse] et insaisissable » ; Intervention de Jean-Pierre MARGUÉNAUD dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 54 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2979 : « La définition de dignité est délicate et son contenu relève d'une interprétation casuistique et évolutive ».

³⁹⁴ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 500 ; B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *Rev. dr. publ.*, 1999, p. 215 ; T. PECH, *op. cit.*, p. 14 : « La dignité moderne s'est construite sur un double registre. Celui du sujet libéral, fondement d'une éthique naturelle du consentement, d'une part. Celui d'une conscience collective dominée par des affects moraux, fondements du maintien des liens humains, d'autre part ».

³⁹⁵ Voy. B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999.

³⁹⁶ Voy. J.-P. FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, 2008/2, n° 48, p. 99. et s.

³⁹⁷ J.-L. RENCHON, « La liberté ... », *op. cit.*, p. 1318.

³⁹⁸ Intervention de Michel LEVINET dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 52.

³⁹⁹ T. PECH, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁰ B. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 124.

d'autrui à pouvoir s'autodéterminer⁴⁰¹. Cette conception subjective de la dignité trouve essentiellement son fondement dans la théorie libérale de John Stuart MILL (voy. *supra* Chapitre I^{er}).

Dans sa deuxième acception, la dignité est entendue dans un sens collectif. La dignité fondamentale est une dignité *objective*, transcendante et commune à tous, caractérisant le genre humain et marquant son unité⁴⁰². Ainsi comprise, la dignité humaine renvoie « à l'idée que chaque être humain est dépositaire d'une humanité qui ne s'épuise pas dans sa propre subjectivité »⁴⁰³. Elle migre d'un droit de l'individu à un droit de la personne humaine, dont le but est de préserver une certaine conception de l'humanité⁴⁰⁴. Puisque l'individu n'est qu'un usufruitier de son humanité, des obligations peuvent lui être imposées par la société et sa dignité peut lui être opposée pour limiter sa liberté⁴⁰⁵. Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, la dignité – bien que son invocation doive rester subsidiaire⁴⁰⁶ – « vaut, plus que toute autre, comme raison d'interdire » et trouve sa source dans « des vérités indémonstrables, c'est-à-dire des croyances fondatrices qui doivent être admises par tous »⁴⁰⁷. Accepter l'utilisation du concept de dignité humaine, c'est accepter qu'il y ait quelque chose qui dépasse ou transcende les volontés individuelles. Il en résulte, d'une part, qu'aucun droit ne peut être invoqué pour porter atteinte au principe de dignité humaine et aux droits fondamentaux qui en découlent et, d'autre part, que nul ne peut renoncer au principe de dignité, ni pour autrui, ni pour soi-même⁴⁰⁸. D'aucuns ont vu dans la conception fondamentale de la dignité la résurgence de la philosophie kantienne⁴⁰⁹ (voy. *supra* Chapitre I^{er}).

⁴⁰¹ J.-P. FELDMAN, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁰² C. GESLOT, « Prostitution, dignité... Par ici la monnaie ! », *D.*, 2008, n° 19, p. 1293 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2979.

⁴⁰³ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁰⁴ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 501.

⁴⁰⁵ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité ... », *op. cit.*, p. 15 ; J.-P. FELDMAN, *op. cit.*, pp. 93-94.

⁴⁰⁶ Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, il est regrettable que le droit octroie au concept de dignité une place exorbitante et pourtant illégitime. Elle concède, cependant, avec regret, qu'il constitue le derniers recours possible face aux dérives actuelles de la liberté pour fonder l'intervention de l'État et restituer au droit sa fonction régulatrice. Il reste que la dignité doit essentiellement rester « un principe subsidiaire, à n'utiliser que lorsqu'aucune règle juridique n'est mobilisable, sous peine de la galvauder et d'en diluer le sens déjà suffisamment délicat à formuler » (M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », *op. cit.*, p. 2978).

⁴⁰⁷ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité ... », *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme... », *op. cit.*, pp. 2979-2980 ; Comme le souligne Paul RICOEUR, « l'humanité de l'homme est assimilable à une charge confiée ». Cette charge, l'individu ne peut s'en dispenser (P. RICOEUR, « Éthique et philosophie chez Hans Jonas », in *Lectures 2, La contrée des philosophes*, Paris, Seuil, 1999, p. 314) ; Une intervention sera nécessaire toutes les fois que l'individu sera susceptible, au travers de ses actes, de préjudicier l'humanité qu'il porte en lui, afin de le protéger contre lui-même, mais aussi afin de protéger l'ensemble de l'humanité (J.-P. FELDMAN, *op. cit.*, p. 89).

⁴⁰⁹ T. PECH, *op. cit.*, p. 5 : « C'est à Kant qu'il faut revenir pour trouver l'idée d'une dignité humaine de valeur invariable, universelle et directement référée à la personne ». Pour la philosophe Michela MARZANO, il s'agit « pourtant [d'] une vision assez caricaturale de la conception kantienne de la dignité de la personne comme propriété intrinsèque de l'espèce humaine que défendent (ou critiquent) souvent les juristes [...] lorsqu'ils parlent de la dignité comme d'une « partie » de chacun absolument « indisponible » (M. MARZANO, *Je consens ...*, *op. cit.*, pp. 59-60). Une telle conception aboutit « souvent au paradoxe – auquel Kant n'aurait jamais souscrit – d'opposer les droits de l'homme en tant que partie de l'humanité aux droits de l'homme en tant qu'individu ». Est-il, en effet, nécessaire de rappeler que, dans la conception kantienne, la dignité de l'individu est la capacité de ce dernier à déterminer sa conduite par sa raison ? (Voy. M. MARZANO, *Je consens ...*, *op. cit.*, pp. 53 et s. : « C'est la saisie de la loi morale qui produit chez l'être humain le sentiment de respect et qui fonde et légitime la dignité de la personne. Mais dire qu'il existe un lien entre la loi morale et la dignité de la personne ne signifie pas faire de la dignité une propriété abstraite ou « essentielle » de l'espèce humaine. Au contraire, la dignité résulte pour KANT toujours de la capacité que l'homme a de raisonner et de vouloir. C'est pourquoi les devoirs envers autrui et les devoirs envers soi ne s'appliquent que si chaque individu en fait un mobile volontaire de sa conduite). La dignité kantienne n'entend pas soumettre l'individu à quelque chose qui le transcende. Elle consiste à regarder tout être humain comme un agent moral autonome, c'est-à-dire non pas prisonnier de ses désirs particuliers,

Forts de ces différentes précisions quant aux deux acceptions du concept de dignité, il nous est désormais permis de nous pencher plus sérieusement sur les deux dynamiques à l'œuvre dans son application par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi « par-delà les questionnements relatifs aux divers usages qui peuvent être faits de la notion de dignité – par exemple comme « source » à laquelle puiser de nouveaux droits ou bien comme « droit »⁴¹⁰ en soi – »⁴¹¹, pouvons-nous relever que la Cour, en l'associant à la liberté, tend, principalement, à appréhender la dignité humaine comme « le soutien potentiel d'une revendication individuelle affirmée face à l'État »⁴¹². Qu'elle soit invoquée dans le cadre de l'article 3 pour s'opposer, par exemple, aux conditions de détention ou dans le domaine de l'article 8 pour défendre, par exemple, la protection de l'intégrité de la personne, l'adoption de mesures afin d'accroître sa qualité de vie ou sa reconnaissance « identitaire », la dignité humaine tend à être utilisée par la Cour dans son acception subjective⁴¹³. Pour certains auteurs, la dignité subjective serait « la manifestation d'une vision excessivement individualiste et libérale des droits de l'homme qui oblitérerait les dimensions collectives et sociales de ceux-ci »⁴¹⁴, se rapprochant ainsi dangereusement – par sa vocation à contribuer au déploiement des droits individuels – des dérives promises de l'autonomie personnelle⁴¹⁵. Les partisans de ce courant doctrinal ont probablement salué la reconnaissance par la Cour du potentiel de la dignité à « accroître le poids conventionnel de l'intérêt étatique avancé pour justifier une action ou une abstention liberticide »⁴¹⁶. C'est essentiellement dans le contentieux relatif aux questions de début et de fin de vie que l'on retrouve la dimension objective de la dignité humaine⁴¹⁷. Le renvoi est, toutefois, discret et fait davantage surface dans des opinions séparées en marge des arrêts⁴¹⁸.

mais capable de se donner des lois qui épousent l'impératif catégorique (T. PECH, *op. cit.*, p. 5 ; M. MARZANO, *Je consens ...*, *op. cit.*, p. 61). Pour Thierry PECH, la philosophie kantienne, interprétée à travers une grille libérale, a davantage influencé la conception subjective de la dignité (T. PECH, *op. cit.*, p. 14).

⁴¹⁰ Voy. A. SOPENA, « La dignité à l'épreuve du sadomasochisme, et inversement », *Vacarme*, 2010/2, n° 51, p. 74.

⁴¹¹ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 99.

⁴¹² *Ibidem*, pp. 99-100.

⁴¹³ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt Assenov c. Bulgarie du 28 octobre 1998, § 94, arrêt Söderman c. Suède du 12 novembre 2013, § 81, arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 19 juillet 2002, § 65, arrêt Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, § 91 et arrêt Tremblay (V.T.) c. France du 11 septembre 2007, § 25 : C'est « avec la plus grande fermeté que la Cour souligne qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est « contrainte » » ; G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, pp. 100 et s. ; T. PECH, *op. cit.*, p. 2 : Les démocraties libérales ont, en effet, « fait le deuil d'une conception hégémonique du bien et érigé en dogme le respect du pluralisme et de ses libertés constitutives [...]. De fait, l'idée même d'une prescription morale substantielle est étrangère à la conception libérale de la dignité humaine ».

⁴¹⁴ B. PASTRE-BELDA, « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (sous la dir. de M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 266, cité par G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 103.

⁴¹⁵ Voy. X. DIJON, « Vertige du corps et recherche de raison », *Nouvelle revue théologique*, 2013/4, n° 135, p. 585 : « Le socle de la dignité se révèle mouvant lui aussi puisque, bien souvent, cette dignité se confond purement et simplement avec l'autonomie elle-même, comprise comme l'entière liberté de disposer de sa propre personne ».

⁴¹⁶ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 161 ; P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, p. 280.

⁴¹⁷ G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 161 ; voy. Cour eur. dr. h., arrêt Vo c. France du 8 juillet 2004, § 84 et S.H. c. Autriche du 3 novembre 2011, § 113.

⁴¹⁸ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt Laskey, Jaggard et Brown du 19 février 1997 ; Comme le souligne le Professeur Geoffrey WILLEMS, « il se trouve donc au sein de la Cour européenne des juges souscrivant à la conception objective de la dignité humaine et cherchant à y accrocher certains intérêts collectifs afin que ceux-ci puissent se trouver investis dans la pesée des intérêts d'un poids augmenté » (G. WILLEMS, *Le droit ...*, *op. cit.*, p. 162). Mais, selon Michel LEVINET, « pour espérer trouver dans la dignité humaine le garde-fou susceptible de cantonner les dérives de l'autonomie personnelle, encore faudrait-il que son invocation par la Cour européenne soit plus probante » (M. LEVINET, « Le principe ... », *op. cit.*, p. 108).

Nous considérons qu'il y a lieu de se réjouir du relatif refus de la Cour de faire usage d'une conception de la dignité qui peut s'avérer dangereuse en ce qu'elle « présente, par ses domaines d'opérations et sa vocation à limiter l'autonomie individuelle, des similitudes avec la clause de protection de la morale »⁴¹⁹. Pour Christian ATIAS, la notion de dignité de la personne humaine dissimule, en effet, des appréciations davantage idéologiques que juridiques⁴²⁰. D'aucuns s'inquiètent que cette conception de la dignité entraîne avec elle « un risque de contrôle social et de normalisation », en ce que, sous son aspect novateur et sa bannière fédératrice, la dignité cache une certaine recomposition des impératifs moraux, appréhendés comme une composante de l'ordre public⁴²¹. Cette intrusion de notions morales dans les libertés et droits fondamentaux est peu opportune puisqu'elle conduit à une ingérence et une condamnation sans contrôle de proportionnalité⁴²². Ainsi Stéphanie HENNETE-VAUCHEZ voit-elle dans la notion de dignité de la personne humaine « une subversion dangereuse de notre tradition juridique, d'une certaine tradition libérale des droits de l'homme héritée des Lumières et [...] la résurgence d'un jusnaturalisme suspect de se transformer en nouvel ordre moral »⁴²³. À l'extrême, « la dignité conçue comme absolue » pourrait devenir « un droit *contre* l'individu » et « la liberté de chacun s'en trouverait réduite à l'excès »⁴²⁴. La notion de dignité humaine doit donc être maniée avec grande précaution, dès lors qu'« une notion aussi arbitraire [...] 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 fait d'elle la source de revendications et de droits, comme l'asservir si l'on en fait le motif de limitations et de privations »⁴²⁵. Pour conclure, nous pouvons ainsi affirmer que la dignité humaine peut constituer une notion tant butoir que fédératrice pour la liberté individuelle⁴²⁶.

⁴¹⁹ G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 162.

⁴²⁰ C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999, pp. 206-207.

⁴²¹ H. MOUTOUH, « La dignité de l'homme en droit », *Rev. dr. publ.*, 1999, p. 29 ; Pour Evelyne LANGENAKEN, le fait que la dignité humaine, protège *in fine* les choix majoritaires d'une société pose « la question essentielle de la subjectivité dans l'appréciation de ces conceptions majoritaires ». Tout jugement de ce qui fait la dignité humaine (et donc tout jugement de moralité) peut facilement prendre « des allures arbitraires et ponctuelles », lorsqu'utilisé pour limiter la liberté individuelle d'autrui. En raison de l'évolution rapide des mœurs sociales, il est, en effet, vain d'imaginer une définition unique de la dignité dans une société éclectique. « A l'inverse, si la dignité n'est qu'un attribut de la liberté, l'homme peut jouir de la protection que lui offre la dignité sans voir ses comportements restreints par celle-ci. Il est libre de définir ce qui porte atteinte à sa dignité » (E. LANGENAKEN, op. cit., pp. 503-504) ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.*, 1996, p. 284 ; P. DUCOULOMBIER, op. cit., p. 280.

⁴²² E. LANGENAKEN, op. cit., p. 502.

⁴²³ Propos cités dans B. PELLEGRINI, op. cit., p. 125 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme ... », op. cit., p. 2981 : Pour la Professeure Muriel FABRE-MAGNAN, s'il faut mettre quelques limites à l'« autonomie personnelle », « ce n'est pas [...] au nom d'un retour du jusnaturalisme, étiquette aujourd'hui immédiatement accolée à quiconque propose de poser une limite, et même à tout juriste qui s'aviserait de choisir et de défendre une interprétation, c'est-à-dire de faire du droit. Être jusnaturaliste suppose d'admettre qu'un autre ordre (divin, naturel, etc.) s'imposerait au droit. Mais la question ici évoquée est beaucoup plus pragmatique : elle est de prendre en considération les effets anthropologiques de la règle de droit, sur l'homme et la société dans laquelle il vit ».

⁴²⁴ E. LANGENAKEN, op. cit., p. 502 ; B. JORION, op. cit., p. 231 ; G. WILLEMS, *Le droit ...*, op. cit., p. 163 : Citant les propos de Dominique TERRÉ, le Professeur Geoffrey WILLEMS conclut que « la conception objective de la dignité impliquerait un risque de « dérive juridique qui obligerait chacun à se respecter soi-même » et « une interprétation dogmatique de notre nature » alors que « l'homme qui agit librement impose le respect de sa dignité d'être libre et que le recours à l'ordre public doit être sévèrement encadré » (D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007, pp. 112-113).

⁴²⁵ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 8^e éd., 2004, p. 62.

⁴²⁶ L. WEIL, « La dignité de la personne humaine en droit administratif », in *La dignité de la personne humaine* (sous la dir. de M.-L. PAVIA et T. REVET), Economica, Paris, 1999, p. 103.

SECTION 2. LA PHILOSOPHIE COMME OUTIL D'ÉVOLUTION

Dans le cadre de cette deuxième section, nous nous attacherons à démontrer que la philosophie peut être utilisée, non seulement comme un outil de justification, mais aussi comme un moyen d'évolution de la jurisprudence. Du constat de l'absence de méthodologie claire permettant à la Cour de trancher objectivement les litiges qui se présentent à elle en matière de sexualité, il se déduit la nécessité d'une évolution de la jurisprudence européenne en la matière et de sa stabilisation autour d'un principe unique, condamnant toute possibilité d'arbitraire qui découle des sensibilités morales – inévitablement – attachées à ce contentieux. Selon nous, un tel principe peut valablement être dégagé de l'étude des théories philosophiques de certains grands philosophes, à laquelle nous nous sommes attelés au cours du premier chapitre de ce mémoire. La théorie du « *harm principle* » de John Stuart MILL (§ 1^{er}) nous semble être le fondement le plus pertinent à l'établissement d'une méthodologie claire, transparente et adaptée au contentieux de la sexualité (§ 2).

§ 1^{er}. Le principe de « non-nuisance » (« *harm principle* ») de John Stuart Mill

Le principe de « non-nuisance » de John Stuart MILL semble être la théorie philosophique la plus sous-jacente à la tendance jurisprudentielle actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme⁴²⁷. Par ailleurs, cette théorie nous apparaît être la plus adaptée à l'appréhension du contentieux sexuel. Nous nous attacherons, d'abord, à préciser les contours de ce principe ainsi que son mode de justification (A) pour, ensuite, en exposer les implications en matière sexuelle (B).

A. L'exposé du principe

Selon le principe de « non-nuisance » développé par John Stuart MILL dans son essai *De la Liberté*, « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté civilisée d'user de la contrainte contre un de ses membres, contre sa propre volonté, est d'empêcher qu'il ne nuise à autrui »⁴²⁸. Toute intervention de l'autorité publique contre sa volonté, uniquement en vue de son propre bien ou pour l'empêcher de se nuire à lui-même, constitue une atteinte à la liberté individuelle. Si MILL y voit « un principe très simple »⁴²⁹ permettant de déterminer les hypothèses dans lesquelles une interférence de l'autorité publique s'avère légitime, il reste que ce principe se révèle « particulièrement flou »⁴³⁰ lorsque l'on tente de déterminer ce que l'on entend par « nuire à autrui ». Pour MILL, la *nuisance*

⁴²⁷ Pour le Professeur Geoffrey WILLEMS, la récente « concentration » des objectifs légitimes de restrictions autour du seul objectif de « protection des droits et libertés d'autrui » ainsi que « la « reconfiguration » corrélative du contentieux strasbourgeois des droits de l'homme autour des conflits interindividuels » sont le témoin « d'une évolution de la perception des fonctions de l'État dans le chef de la Cour ». À cet égard, le Professeur note que « le « recalibrage » des litiges sur le modèle des conflits de droits paraît alors s'inscrire dans le droit fil de la philosophie libérale de l'anglais John Stuart MILL, incarnée dans le « *harm to others principle* », suivant lequel la liberté individuelle ne peut être légitimement restreinte que par référence à l'interdiction de causer un mal à autrui ». « Au titre dudit principe, « l'intervention de l'État ne trouve à se justifier que dans la mesure où [des] actes entrent en conflit avec la liberté d'autrui » (O. De SCHUTTER, « La vie privée ... », *op. cit.*, p. 847).

⁴²⁸ J. S. MILL, *De la liberté*, *op. cit.*, p. 39.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁴³⁰ C. BÉAL, « John Stuart Mill et le paternalisme libéral », *Archives de Philosophie*, 2012/2, n° 75, p. 280.

dépasse la simple *souffrance*. En effet, certaines souffrances ne sont pas couvertes par le principe de non-nuisance. D'une part, il s'agit des souffrances causées à autrui, mais auxquelles ce dernier consent volontairement⁴³¹ (citons, par exemple, les souffrances découlant de la pratique d'un sport violent). D'autre part, il s'agit des souffrances émotionnelles qui sont susceptibles d'affecter les personnes qui voient dans la conduite d'autrui une attitude « répugnante ou ignoble »⁴³².

Selon MILL, « causer du mal à autrui signifie essentiellement nuire à ses intérêts »⁴³³. Pour autant, il ne faut pas en déduire que le recours à la contrainte est systématiquement justifié dès lors qu'un individu s'opposerait aux intérêts et aux préférences d'autrui. En réalité, « qu'une action ou un comportement constitue un dommage pour autrui est [...] une condition nécessaire, mais non suffisante de l'application du principe de non-nuisance »⁴³⁴. Dans *De la liberté*, il n'est légitime de faire usage de la contrainte que pour protéger les intérêts d'autrui qui, « soit par disposition légale expresse, soit par accord tacite, doivent être considérés comme des droits »⁴³⁵. Or, la détermination des intérêts devant être reconnus comme des droits dépend, dans la perspective utilitariste millienne, du principe d'utilité⁴³⁶. Aussi nous est-il permis de reformuler le principe de non-nuisance en ces termes : « la seule raison légitime de recourir à la contrainte est d'empêcher un individu de porter atteinte aux droits accordés à autrui conformément au principe d'utilité »⁴³⁷. Pareille interprétation conduit à considérer que, tant qu'il respecte les droits d'autrui, l'individu jouit d'une *souveraineté* entière sur sa vie⁴³⁸ et cela découle du principe d'utilité. La question reste de savoir « au nom de quoi une politique utilitariste devrait-elle s'abstenir d'instituer certaines dispositions légales pour imposer à chacun une manière de vivre qui soit la plus conforme au plus grand bonheur pour le plus grand nombre ? »⁴³⁹. La réponse de MILL est qu'il est plus utile de laisser chacun vivre sa vie comme il l'entend pour autant qu'il respecte les droits d'autrui que d'imposer un modèle de vie unique sous la contrainte. Ainsi est-il davantage « utile qu'il y ait différentes expériences dans les façons de vivre », même si certaines ne reçoivent pas l'aval de la majorité⁴⁴⁰. MILL présente plusieurs arguments en faveur de cette thèse. Le premier est que rien ne laisse supposer que le modèle de vie que chacun choisit selon ce qu'il juge être son propre intérêt soit moins estimable que celui que la société

⁴³¹ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 43 : MILL considère, en effet, que la société n'a pas à intervenir sur « cet aspect de la vie et de la conduite d'une personne qui n'affecte qu'elle-même ou qui, si elle en affecte également d'autres, ne le fait qu'avec leur participation et leur consentement volontaire, et en toute connaissance de cause ».

⁴³² J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., pp. 147-149.

⁴³³ C. BÉAL, op. cit., p. 280 ; J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., pp. 41, 134 et 161.

⁴³⁴ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 161 : « Il ne faut en aucune façon s'imaginer que, parce qu'il est le seul à pouvoir justifier l'intervention de la société dans certains cas, un dommage ou un risque de dommage aux intérêts d'autrui justifie une telle intervention dans tous les cas ».

⁴³⁵ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 134.

⁴³⁶ C. BÉAL, op. cit., p. 281 ; Voy. J. GRAY, *Mill on Liberty : A Defense*, 2^e éd., Londres/New York, Routledge, 1996 et J. C. REES, *John Stuart Mill's On liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1985.

⁴³⁷ C. BÉAL, op. cit., p. 281.

⁴³⁸ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 40 : « L'individu est souverain sur lui-même, son propre corps et son propre esprit ».

⁴³⁹ C. BÉAL, op. cit., p. 283.

⁴⁴⁰ J. S. MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 107.

prescrirait à tous au nom de l'utilité⁴⁴¹. Le second considère que l'utilité qui ressort de l'interdiction de certains comportements ou actes qui ne concernent que leur auteur sera toujours moindre que celle qui résulte de l'application stricte du principe de non-nuisance⁴⁴². Le troisième et dernier argument repose sur l'idée que « le libre développement de l'individualité est l'un des éléments essentiels du bien-être »⁴⁴³. En laissant à l'individu la possibilité de choisir librement la manière dont il souhaite vivre sa vie, on lui permet « d'actualiser et de perfectionner toutes les facultés humaines qui s'exercent en faisant des choix »⁴⁴⁴. Accorder à chacun une telle liberté permet, dès lors, de créer « les conditions d'un perfectionnement de soi »⁴⁴⁵. Ainsi constate-t-on le rapprochement qu'il est permis d'opérer avec la notion d'autonomie personnelle⁴⁴⁶. Pour MILL, « l'autonomie coïncide avec l'usage effectif et conscient d'un ensemble de facultés par lequel un individu choisit la façon de mener sa vie en fonction de ses préférences »⁴⁴⁷. Le principe de non-nuisance est, dès lors, conditionné par la faculté des individus à juger de ce qui est bon pour eux, c'est-à-dire, par leur autonomie. C'est la raison pour laquelle cette doctrine ne s'applique, ni aux mineurs, ni aux personnes qui, en raison de certaines déficiences ou d'un état momentané, sont privées des facultés requises par l'exercice d'une conduite autonome⁴⁴⁸.

Ainsi formulé, le principe de non-nuisance a souvent été interprété comme un argument décisif en faveur d'une « éthique minimaliste qui juge totalement illégitime toute ingérence de type paternaliste »⁴⁴⁹, qui interférerait dans la vie d'un individu, contre sa volonté, et uniquement en vue de son propre bien. Il nous semble, cependant, que l'interprétation millienne du *harm principle* n'est pas exclusive d'une certaine forme de paternalisme. MILL considère, en effet, que n'est pas paternaliste l'intervention qui empêcherait un individu de faire quelque chose qu'il ne désirerait pas s'il était pleinement informé des conséquences de celle-ci⁴⁵⁰. Pareille interférence ne s'oppose pas à

⁴⁴¹ C. BÉAL, *op. cit.*, pp. 283-284 ; J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, pp. 136 et 172 : En effet, toute intervention étatique ne repose que sur « des présomptions générales qui peuvent très bien être totalement erronées et qui, même si elles étaient justes, risquent encore d'être fort mal appliquées aux cas individuels ». Le meilleur moyen de pourvoir au bien d'un individu est « de lui laisser choisir ses propres moyens de l'atteindre » (sur ce point, voy. H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 31-34).

⁴⁴² C. BÉAL, *op. cit.*, p. 284 ; J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 136 : « Même en supposant que quelqu'un se trompe sur son propre bien, ses erreurs sont « un moindre mal au vu de celui qui résulterait s'il laissait les autres le contraindre à faire ce qu'ils estiment être son bien ».

⁴⁴³ J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 108.

⁴⁴⁴ C. BÉAL, *op. cit.*, p. 284 ; J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, pp. 110-111 : « Celui qui laisse le monde ou son entourage choisir à sa place le dessein de sa vie n'a besoin d'autre faculté que celle d'imiter à la manière des singes ».

⁴⁴⁵ C. BÉAL, *op. cit.*, p. 284 ; J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 111 : Ainsi, « ce qui importe réellement, c'est non seulement ce que les hommes font, mais également le genre d'hommes qu'ils sont en le faisant ». « Si une personne possède juste assez de sens commun et d'expérience, sa propre façon de tracer le plan de son existence est la meilleure, non pas parce que c'est la meilleure en soi, mais parce que c'est la sienne propre ».

⁴⁴⁶ MILL ne renvoie pas à la notion d'autonomie personnelle dans son essai *De la liberté*. Toutefois, dans une lettre de 1871, il écrit : « Vous savez probablement par mon essai sur la liberté dans quel sens et avec quelles limites j'entends notre principe commun, celui de l'autonomie de l'individu » (J. M. ROBSON (sous la dir. de), *The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873, Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XVII, London, Routledge, 1996, pp. 1831-1832, cité par C. BÉAL, *op. cit.*, p. 285).

⁴⁴⁷ C. BÉAL, *op. cit.*, p. 285.

⁴⁴⁸ J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 40.

⁴⁴⁹ C. BÉAL, *op. cit.*, pp. 279 et 286 : Pour MILL, « le paternalisme n'est le plus souvent qu'une façon de légitimer une forme de « police morale » qui constitue un obstacle majeur à l'individualité et à la liberté ».

⁴⁵⁰ J. S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 164.

sa volonté, dès lors qu'il y consent indirectement (soit qu'il y ait consenti avant, soit qu'il y consente de manière rétroactive)⁴⁵¹. Mais, comme le souligne Christophe BÉAL, « qu'est-ce qui permet d'inférer la volonté d'une personne en l'absence de toute déclaration expresse »⁴⁵² ? Selon le Professeur Gerald DWORKIN, il existerait des « biens premiers » auxquels est supposée aspirer toute personne rationnelle qui poursuit son propre bien. Ainsi serait justifiée l'interférence visant à empêcher qu'un individu se nuise à lui-même par des choix « irrationnels »⁴⁵³. Pour le Professeur Joel FEINBERG, cependant, de telles considérations appellent une conception de la rationalité susceptible d'entraîner une extension abusive du paternalisme⁴⁵⁴. Ce n'est pas parce qu'un individu se comporte – volontairement – de manière « déraisonnable », qu'il faut nécessairement recourir à la contrainte. MILL semble aller en ce sens lorsqu'il considère que, dès lors que l'individu est averti des conséquences et des dangers de sa conduite, il est seul à juger de ce qu'il convient de faire. Christophe BÉAL voit dans la théorie de MILL une forme de « paternalisme doux » – selon lequel il y a lieu « de protéger les individus contre des choix non volontaires et non pas contre des choix déraisonnables »⁴⁵⁵. Certains extraits de l'œuvre de MILL vont, cependant, bien au-delà d'un « paternalisme doux ». L'exemple le plus éloquent est la nullité et l'absence de valeur d'un contrat par lequel une personne consent volontairement à se faire « esclave » d'une autre. Si un tel contrat ne nuit pourtant pas à autrui, une interférence dans la liberté de l'individu reste nécessaire car « le principe de liberté ne peut exiger que [celui-ci] soit libre de ne pas être libre »⁴⁵⁶. D'aucuns ont vu dans cet extrait un « glissement vers un paternalisme « fort », dans la mesure où MILL semble traiter la liberté comme une sorte de bien premier qui justifierait à lui seul une interférence de la puissance publique »⁴⁵⁷. Pour le Professeur Gerald DWORKIN, l'invalidation du contrat ne serait, en réalité,

⁴⁵¹ Voy. R. CARTER, « Justifying Paternalism », *Canadian Journal of Philosophy*, VII, n° 1, 1977, pp. 133-145.

⁴⁵² C. BÉAL, *op. cit.*, p. 287.

⁴⁵³ G. DWORKIN, « Paternalism », in *Paternalism* (sous la dir. de R. SARTORIUS), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 29, cite par C. BÉAL, *op. cit.*, p. 287.

⁴⁵⁴ J. FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 106-109, cité par C. BÉAL, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁵⁵ C. BÉAL, *op. cit.*, p. 288 : Selon MILL, « il est légitime d'interférer uniquement pour empêcher qu'une personne se cause un dommage à elle-même en agissant de manière non volontaire, soit parce qu'elle n'est pas totalement informée, soit parce qu'elle n'est pas en état de délibérer ». « MILL pointe par-là certaines dérives des politiques de prévention de type paternaliste qui privent les individus de la liberté de s'exposer volontairement à certains risques qui n'affectent qu'eux-mêmes. Il appartient à l'État d'imposer une réglementation afin que les personnes soient parfaitement informées des dangers qu'elles encourent [...], de façon à ce qu'elles prennent leurs décisions en connaissance de cause, mais interdire des actions qui n'affectent absolument pas les droits d'autrui est une atteinte intolérable à la liberté individuelle ». « Tout l'enjeu de ce paternalisme libéral [reste] [...] de déterminer les critères qui permettent de juger une action volontaire ou non volontaire ». Le Professeur Joel FEINBERG a ainsi tenté de dresser une liste de ces critères dont l'application varie selon la nature des risques auxquels l'individu s'expose. Selon l'auteur, pour qu'une action soit volontaire, elle doit remplir les conditions suivantes : l'individu doit être capable de faire des choix, ces choix ne doivent pas être faits sous la menace ni la contrainte, ils ne doivent pas être l'objet d'une manipulation et ils ne doivent pas résulter de l'ignorance ou d'une fausse croyance (voy. J. FEINBERG, *Harm to self*, *op. cit.*, pp. 98-142).

⁴⁵⁶ J. S. MILL, *De la liberté*, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁵⁷ C. BÉAL, *op. cit.*, p. 289 ; J. FEINBERG, « Legal Paternalism », in *Paternalism* (sous la dir. de R. SARTORIUS), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, pp. 3-18 ; Selon le Professeur Ridha CHAÏBI, rien dans cet extrait de MILL ne doit s'interpréter comme une remise en cause de son principe de liberté, dès lors qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une interférence visant à empêcher l'individu de s'engager dans ce type de contrat, mais plutôt d'insister sur le fait qu'on ne peut exiger de la société qu'elle le tienne pour valide et le fasse respecter. Ainsi, l'invalidité de ce type de contrat ne résulterait pas d'un argument paternaliste mais de l'application du principe d'utilité (R. CHAÏBI, *Liberté et paternalisme chez John Stuart Mill*, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 217-219).

qu'une façon de préserver l'autonomie du sujet⁴⁵⁸. MILL considère, en effet, que, dès lors qu'il consent volontairement à devenir l'« esclave » d'autrui, l'individu « choisit une forme de vie qui l'empêche à l'avenir de choisir par lui-même son propre plan de vie »⁴⁵⁹. Or, puisque la protection de l'autonomie découle du principe d'utilité (voy. *supra*), toute interférence qui vise à protéger l'autonomie d'un individu doit être considérée comme légitime. En conclusion, tout individu doit être libre de mener sa vie comme il l'entend, pour autant qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou à sa propre autonomie (c'est-à-dire qu'il agisse volontairement et qu'il ne renonce pas à sa liberté).

Le principe de non-nuisance n'est donc pas incompatible avec une certaine forme de paternalisme. Si *De la liberté* contient certes une condamnation radicale des interférences des autorités publiques dans la vie des individus au seul motif de garantir leur propre bien, il reste que ce principe ne s'applique qu'aux sujets véritablement autonomes. Certaines interventions sont donc justifiées, dès lors qu'elles concernent « des individus qui sont privés « des capacités nécessaires à leur autonomie ou qui adoptent des comportements susceptibles de les priver de leur autonomie »⁴⁶⁰. L'on voit ici l'esquisse d'un certain « paternalisme libéral », voire, comme le décrit le Professeur Joseph RAZ, d'un « paternalisme qui s'inscrit dans un libéralisme perfectionniste »⁴⁶¹. Ce dernier considère, en effet, qu'une société libérale et pluraliste n'est pas exclusive de certaines formes de paternalisme, en ce qu'elles peuvent contribuer à promouvoir l'autonomie personnelle⁴⁶².

B. Les implications du principe en matière de sexualité

Le principe de non-intervention semble trouver pleine application en matière sexuelle. Tout d'abord, il ressort du principe de non-nuisance qu'une interférence étatique n'est légitime que lorsqu'il y a nuisance à autrui. D'aucuns considèrent que les souffrances infligées au masochiste dans le cadre d'une relation sadomasochiste constituent un « mal » suffisant à la justification d'une intervention étatique. Cependant, MILL considère qu'il n'y a pas de *nuisance* à autrui lorsque cet autrui consent à la souffrance qui lui est infligée⁴⁶³. Par ailleurs, si certains ont pu, pendant un temps, défendre que certaines pratiques sexuelles (homosexuelles, sadomasochistes ou incestueuses) leur causaient un mal en ce qu'elles représentent des pratiques répugnantes et contre nature, de tels sentiments ne sont plus à même de justifier, à eux seuls, une interférence des autorités publiques. MILL précise, en effet, que la *nuisance* à autrui nécessaire à une telle intervention dépasse la simple

⁴⁵⁸ G. DWORKIN, « Paternalism », *op. cit.*, p. 235.

⁴⁵⁹ C. BÉAL, *op. cit.*, p. 289.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 290.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 290.

⁴⁶² J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 422-424, cité par C. BÉAL, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁶³ S'il donne l'exemple de la pratique de sports violents, nous postulons que de telles considérations peuvent également s'étendre à la pratique d'une sexualité quelque peu violente. Encore faut-il que le masochiste ait valablement consenti à la souffrance en question. Si les règles du milieu sadomasochiste tendent à garantir la présence d'un consentement libre et éclairé, le cas d'espèce qui a donné lieu à l'arrêt *K.A. et A.D.* est susceptible de soulever quelques doutes à cet égard. Il reste que, par définition, un masochiste consent à la souffrance qui lui est infligée, principalement car elle est la source de sa jouissance.

souffrance émotionnelle que peuvent ressentir certaines personnes à l'égard de certains comportements. La *nuisance* à autrui implique une nuisance à ses intérêts, c'est-à-dire à ses droits déterminés selon le principe d'utilité. Or, il est plus utile de laisser à chacun le soin de choisir la manière dont il souhaite mener sa vie – pour autant qu'il ne nuise pas à autrui – que d'imposer un modèle de vie (ou de sexualité unique). Le libre développement de l'individualité est l'un des éléments essentiels au bien-être et conduit au perfectionnement de soi. Ensuite, MILL précise que le principe de non-nuisance ne vaut que pour des individus autonomes, c'est-à-dire des individus capables de faire un usage effectif et conscient des facultés requises pour juger de ce qui est bon pour eux. Le choix d'entretenir des relations sexuelles doit donc être libre et éclairé. Dès lors que le choix est « volontaire » et qu'il ne nuit pas à autrui, rien ne semble pouvoir justifier une quelconque intervention étatique. Enfin, certains ont pu voir dans la nullité des contrats d'esclavage une justification possible à la condamnation des pratiques sadomasochistes. Une telle nullité s'explique en raison de l'impossibilité qu'a un individu de renoncer à sa propre liberté. Or, – et nous l'avons vu – le contrat sadomasochiste n'implique en rien une négation de la liberté du partenaire. Le masochiste ne nuit pas à son autonomie car il peut, à tout moment, refuser de répondre aux désirs de son « maître ». Dès lors que les partenaires à la relation sexuelle sont autonomes (majeurs sexuellement, consentement libre et éclairé), toute interférence étatique en vue d'interdire des actes qui n'affectent en rien les droits d'autrui est susceptible de constituer une atteinte intolérable à la liberté individuelle.

§ 2. Une nouvelle méthodologie

À l'issue de l'examen des grands principes entourant l'axiome philosophique de « non-nuisance » du libéral John Stuart MILL, il nous semble que nous disposons des bases nécessaires à l'établissement d'une méthodologie qui pourrait s'avérer à même de limiter l'importante subjectivité afférant au contentieux de la sexualité⁴⁶⁴. Il règne, en effet, sur ces questions une grande incertitude⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Voy. E. LANGENAKEN, *op. cit.*, pp. 474 et 505 : « La sexualité humaine fut au centre des courants irrationnels et des passions sociales les plus fortes, objet d'opinions fondées pour la plupart sur des jugements de valeur, compromis des craintes et des désirs de la personne qui les émet. Dans ce domaine où il est plus difficile qu'ailleurs de conserver une certaine neutralité, le droit peut-il éviter les écueils des positions extrêmes ? ». « Si l'intervention pénale doit se justifier par son efficacité, sa nécessité et son équité, elle nous est apparue, dans la matière qui nous concerne, « aléatoire, dispendieuse et inégalitaire » (B. DAYEZ, *À quoi sert la justice pénale ?*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 115), les prohibitions étant souvent le reflet d'attitudes discriminatoires et de préjugés. Cette problématique est émaillée de conflits de valeurs qui nous paraissent appeler bien plus à des arbitrages qu'à des synthèses » ; O. DUBOS, « Sexe, sexualité et droits européens », in *Sexe, Sexualité et droits européens – Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, p. 12 : Olivier DUBOS dénonce ainsi l'apparence trompeuse que donne la Cour « d'une dépolitisation des questions relatives au sexe et à la sexualité ». En réalité, « les juges européens ne font [...] que répondre à des questions ponctuelles qui arrivent devant leurs prétoires et n'ont pas toujours une approche globale des problèmes faute notamment de bases juridiques suffisantes. Le droit européen des droits de l'homme se construit *in concreto*, mais souffre d'un déficit *in abstracto* (J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in *Mélanges Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp. 105-116, cité par O. DUBOS, *op. cit.*, p. 12). L'édifice manque alors certainement de stabilité ou du moins de cohérence ». « Finalement, l'approche jurisprudentielle en termes de droits fondamentaux du sexe et de la sexualité peut donner parfois la fâcheuse impression que les juridictions européennes naviguent à vue entre deux écueils que seraient un individualisme exacerbé – satisfaire les aspirations de certains [...] – et un conservatisme incapable de s'adapter aux mutations de la société ».

⁴⁶⁵ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 32 : F. SUDRE dénonce une absence de modèle et de méthode, une démarche casuistique qui « conduit à s'interroger sur un mode de production normatif fortement marqué par le relativisme »⁴⁶⁵.

quant à la portée des droits garantis, si bien qu'il est difficile de percevoir, ne serait-ce que l'orientation que la Cour souhaite donner à sa jurisprudence. Une jurisprudence qui mérite, pourtant, d'être stabilisée autour de fondements clairs, eu égard principalement à l'importance de la sexualité en tant qu'élément de l'identité des individus. C'est cette importance, ce caractère si intime que représente la sexualité au sein du domaine plus large de la vie privée des individus qui justifie que la méthodologie que l'on entend proposer s'émancipe des principes et restrictions posés par l'article 8 de la CEDH. En d'autres termes, c'est parce qu'elle touche à une dimension si intime de la vie privée de l'individu que la jurisprudence en matière de sexualité mérite d'être distinguée de la jurisprudence classique relative au droit au respect de la vie privée. Ainsi, la méthodologie que nous allons exposer n'a vocation à s'appliquer qu'à ce contentieux précis.

Aux termes de cette méthodologie, nous entendons fixer de manière claire et transparente les conditions dans lesquelles un acte sexuel pourrait bénéficier de la garantie offerte par l'article 8, soit le respect de la vie privée sexuelle de l'individu, exempte de toute ingérence étatique. Ainsi, nous nous permettons de proposer, qu'en matière de sexualité, le principe du droit au respect de la vie privée ne souffre que d'une unique restriction : celle exercée au nom de la protection des droits et libertés d'autrui (essentiellement la protection de son intégrité physique et morale)⁴⁶⁶ ; étant entendu, bien évidemment, que cette dernière soit prévue par la loi, justifiée par ce seul objectif légitime et proportionnée à celui-ci. Nous rejetons, dès lors, toute possibilité de restriction de la liberté sexuelle au nom de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays, de la défense de l'ordre, de la prévention des infractions pénales, de la protection de la santé ou de la morale⁴⁶⁷. Notre méthodologie se fonde sur la satisfaction de trois conditions, lesquelles, une fois remplies (cumulativement), entoureront la relation sexuelle d'un « halo d'immunité », la protégeant de toute intervention étatique. Chacune des conditions qui ne serait pas satisfaite pourra, à elle seule, justifier l'ingérence des autorités.

La première condition – relativement intuitive – est que la pratique sexuelle, pour être protégée par l'article 8, respecte le cadre de la vie privée. Ainsi, toute relation sexuelle accomplie dans un lieu public, impliquant la présence de tiers ou comprenant une diffusion (et non le seul enregistrement)⁴⁶⁸ vers l'extérieur (public) ne pourra bénéficier de cette protection et devra s'accommoder d'une

⁴⁶⁶ Voy. D. BORRILLO, « Liberté érotique ... », *op. cit.*, pp. 38 et s : « Dans une société démocratique, la liberté sexuelle consiste en la capacité d'agir érotiquement sans contraintes. [...] La seule limite serait le préjudice à autrui, sans lequel, en principe, tout acte sexuel accompli entre adultes consentants doit être considéré comme légitime » ; G. GENICOT, *op. cit.*, pp. 213-214 : Selon le Professeur Gilles GENICOT, « la sexualité entre adultes consentants est un espace privilégié d'autorégulation des comportements, dans lequel l'intervention du droit doit être limitée au profit du libre arbitre de l'individu ». Il en découle, pour certains auteurs, que le droit devrait se désintéresser des pratiques sexuelles librement consenties, même lorsque celles-ci ne correspondent pas à une certaine « norme » (J.-P. BRANLARD, *op. cit.*, n° 992-993). « Cette position participe de l'idée que la majorité ne saurait imposer à l'ensemble de la société ses normes en matière de moralité sexuelle privée ».

⁴⁶⁷ Notons que certains de ces objectifs se recoupent dans l'objectif de protection des droits et libertés d'autrui. À ce titre, nous pouvons citer la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou la protection de la morale.

⁴⁶⁸ Cour eur. dr. h., A.D.T. c. Royaume-Uni du 31 juillet 2000.

potentielle intervention du droit pénal. Il reste que la notion de vie privée est entendue de façon large et recouvre aussi bien les relations d'un couple dans l'intimité de sa maison, que les pratiques auxquelles s'adonnent des adultes consentants en groupe, dans un lieu qui, sans être public⁴⁶⁹, dépasse le simple cadre du domicile privé. À cet égard, la « vie privée » ne se réduit pas à la « vie intime » ou « cachée »⁴⁷⁰. Notons, par ailleurs, que le champ d'application de la vie privée s'étend également aux relations professionnelles⁴⁷¹, ce qui implique que les relations prostitutionnelles peuvent être considérées comme entrant dans le cadre de la vie privée (pour autant, rappelons-le, que le rapport sexuel soit intime et non public)⁴⁷².

La seconde condition est celle du consentement des partenaires aux pratiques sexuelles engagées. Il s'agit là d'une condition absolument essentielle, en ce qu'elle est la seule chose qui permette de distinguer les faits envisagés d'autres hypothèses de violences sexuelles pénalement sanctionnées. L'assortir de conditions est cependant indispensable pour s'assurer de sa réalité. En dehors de la condition préalable de capacité à consentir, nécessaire à l'expression valable de sa volonté, l'individu doit témoigner d'un consentement libre, conscient, constant (ou répété) et éclairé⁴⁷³. Le consentement sera libre dès lors qu'il n'a pas été obtenu sous la pression ou la contrainte. Il sera conscient s'il est exprimé par une personne qui est maître de ses facultés mentales. L'influence d'une substance quelconque est, en effet, susceptible d'altérer ses facultés de jugement. Le caractère éclairé du consentement signifie qu'il doit être exprimé en connaissance de cause, tant au regard des conséquences de l'acte que des alternatives qui s'offrent à lui⁴⁷⁴. Enfin, par la preuve de sa constance et de sa répétition, le consentement doit démontrer qu'il est de tous les instants. En matière de sexualité, il revêt, en effet, « un caractère particulier en ce qu'il doit être toujours réfragable et spécial »⁴⁷⁵. Si toute relation sexuelle qui ne respecterait pas ces critères de consentement devra nécessairement s'accommoder d'une ingérence du droit pénal, la liberté est, à l'inverse, totale lorsque les partenaires ont valablement consenti à l'acte en question. Reste,

⁴⁶⁹ Se prononçant sur la recevabilité d'une requête relative à l'article 8 de la CEDH, la Cour a, cependant, considéré qu'il existe une « *zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of « private life »* ». Ainsi, le droit au respect de la vie privée peut s'appliquer aux actes que pose une personne dans des espaces publics, en dehors de son domicile ou de lieux privés. Dans son appréciation, la Cour s'est attachée aux circonstances que les « performances sexuelles » du requérant avaient eu lieu dans un club principalement fréquenté par « *a self-selecting group of like-minded people* », que les photos de cette « performance » publiées sur internet étaient anonymisées et que le requérant considérait l'acte comme un aspect fondamental de son expression sexuelle. En d'autres termes, bien que le club soit un lieu ouvert au public, cela n'en fait pas nécessairement un « lieu public », sortant du domaine de respect de la vie privée. La même conclusion peut être faite au regard de la publication d'une photo sur internet. Ainsi, « *in these circumstances, the Court is prepared to proceed on the assumption, without finally deciding, that Article 8 is applicable* » (Cour eur. dr. h., D 32792/05, (Pay c. Royaume-Uni), 16 septembre 2008) ; V. MANTOUVALOU, « Private life and dismissal: Pay v. UK », *Industrial Law Journal*, 2009, n° 38, p. 133.

⁴⁷⁰ G. GENICOT, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁷¹ Cour eur. dr. h., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, § 29.

⁴⁷² A. CERF-HOLLENDER, *op. cit.*, p. 317 ; *Contra* : Comm. eur. D. H., D 11680/85 (F. c. Suisse), 10 mars 1988.

⁴⁷³ X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal, vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 2009/1, n° 49, pp. 127-128.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 138.

⁴⁷⁵ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 495.

cependant, entière la question de la détermination casuistique de l'existence ou de l'absence du consentement. La preuve de celui-ci peut, en effet, s'avérer problématique au regard du caractère privé (secret) que les pratiques sexuelles doivent revêtir afin d'être protégées⁴⁷⁶.

Enfin, la troisième condition est que les coups et blessures éventuellement administrés pendant l'acte sexuel ne représentent pas une menace pour la santé de la personne qui les subit. Avant d'apporter quelques précisions quant à cette troisième condition, il est nécessaire de se pencher un instant sur l'exposé de certaines généralités. Aussi est-il bon de rappeler que le délit de coups et blessures constitue une infraction objective, en ce sens que les circonstances dans lesquelles les coups ont été portés importent peu. Pour ce qui est de l'élément moral, seul compte la volonté d'attenter à l'intégrité physique d'autrui, la motivation poursuivie par l'auteur, en l'occurrence la procuration d'un plaisir sexuel, est également sans incidence. Enfin, la gravité du dommage effectivement subi par la victime n'est pas non plus prise en compte : le dommage est l'atteinte portée à l'intégrité physique en elle-même. La superficialité des blessures ne peut, dès lors, être invoquée⁴⁷⁷. Si « les considérations qui précèdent peuvent difficilement être contestées », il reste que « la pierre d'angle de l'analyse des relations sadomasochistes, qui les distingue des autres comportements sexuels pénalement sanctionnés, est le consentement de la victime aux coups qui lui sont portés »⁴⁷⁸. On ne peut, en effet, appréhender les pratiques sadomasochistes de la même façon qu'un viol ou qu'un attentat à la pudeur. Si, en raison du caractère d'ordre public de la loi pénale et de sa vocation à protéger l'intérêt général, le consentement de la « victime » d'une infraction ne peut anéantir le caractère objectivement illicite des faits⁴⁷⁹, il reste que ces considérations ne semblent pas trouver application dans le milieu sportif ou chirurgical. En effet, dans ces deux domaines, le consentement tend à être érigé, par la jurisprudence, en « fait justificatif » des activités corporellement attentatoires⁴⁸⁰. Si une telle fonction s'explique, dans le domaine médical, essentiellement par l'objectif thérapeutique poursuivi, elle se justifie moins dans le domaine sportif, où l'objectif poursuivi porte davantage sur l'épanouissement personnel que sur un intérêt général. Se pose alors la question de savoir pourquoi la recherche de sensations au travers d'une activité physique dangereuse suffit à justifier l'infraction de coups et blessures lorsqu'elle a cours dans le domaine sportif mais qu'elle est impuissante à cet effet dans le domaine sexuel.

Ériger le consentement en fait justificatif lorsqu'il s'inscrit dans le cadre d'une pratique sadomasochiste permettrait de soustraire la pratique de la qualification de « coups et

⁴⁷⁶ G. GENICOT, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 215.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 215.

⁴⁷⁹ R. DOUBLIER, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* (sous la dir. dr. G. STEFANI), Paris, Dalloz, 1956, p. 198, cité par E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 495.

⁴⁸⁰ X. PIN, *op. cit.*, p. 83 ; D. BORRILLO, *op. cit.*, p. 58.

blessures volontaires » et d'absoudre ses adeptes de toute condamnation pénale⁴⁸¹. Pour le Professeur Gilles GENICOT, cependant, ni le consentement, ni la liberté sexuelle, ne peuvent constituer une cause de justification dans le chef de l'auteur de coups et blessures⁴⁸². En revanche, comme le souligne l'auteur, les coups et blessures volontaires commis dans le contexte d'une vie sexuelle sadomasochiste, sans être *justifiés* par le consentement de la victime, peuvent être *excusables* et, dès lors, exclure toute peine dans le chef de leurs auteurs⁴⁸³. Notons, toutefois, que toute cause d'excuse doit, en principe, trouver son origine dans la loi, or, cela ne semble être le cas dans aucun État. Une interprétation évolutive de l'article 8 de la CEDH, semble néanmoins permettre de considérer que si la vie sexuelle fait partie de la vie privée, le respect de celle-ci requiert que les infractions consenties commises dans ce cadre ne soient pas punissables⁴⁸⁴. L'article 8 constituerait ainsi le fondement à l'excusabilité. L'hypothèse de l'excusabilité – bien que stigmatisante en ce qu'elle maintient l'infraction – permet de confier au juge le soin de l'appréciation de la gravité des faits. À cet égard, le juge pourra juger du potentiel du consentement à excuser l'infraction dans le chef de son auteur, en prenant pour étalon de mesure la mise en danger ou non de sa santé.

Aux termes de notre troisième condition, les coups et blessures portés dans le cadre de pratiques sadomasochistes ne peuvent pas être de *nature* à porter atteinte à la santé de la personne qui les subit, peu importe qu'*effectivement*, sa santé ait ou non été entièrement sauvegardée. Si l'appréciation de cette condition peut s'avérer malaisée en ce qu'elle dépend de l'opinion personnelle du juge quant à l'importance de la menace pour la santé, elle nous apparaît nécessaire pour soumettre à la loi pénale des sévices graves qui n'emporteraient pas de réelles séquelles physiques⁴⁸⁵. Une distinction est, selon nous, nécessaire entre sadomasochisme « léger » et sadomasochisme « grave », équivalent à des actes de torture ou des traitements inhumains et dégradants⁴⁸⁶. Dès lors que les coups et blessures administrés s'apparentent à ces derniers, nous considérons qu'il y a lieu d'invoquer l'article 17 de la Convention. La clause « anti-abus de droit » qu'il contient permet de sanctionner l'utilisation d'un droit (droit à l'autonomie sexuelle garanti par l'article 8) comme justification de l'atteinte portée à un autre droit (interdiction de la torture et traitements inhumains et dégradants garantie par l'article 3). La Convention européenne des droits de l'homme doit être comprise comme « un tout »⁴⁸⁷. Un

⁴⁸¹ X. PIN, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁸² G. GENICOT, *op. cit.*, pp. 216 et 218 : « Le consentement de la victime ne fait disparaître l'infraction que dans l'hypothèse où l'absence de consentement est précisément un élément constitutif de celle-ci ou lorsque la victime peut librement disposer du bien protégé par l'incrimination pénale ». « L'assimilation du consentement à une cause de justification [...], avec pour corollaire une suppression totale de l'infraction et par conséquent de la culpabilité, eût ouvert une brèche dont on mesure mal les implications potentielles. Une telle analyse laisserait en effet entier le délicat problème de la détermination précise des hypothèses dans lesquelles l'infraction subsisterait et de celles dans lesquelles elle serait supprimée ». Par ailleurs, « une frontière qui serait fonction de la gravité des coups portés serait impraticable, car empreinte de subjectivité et impossible à systématiser ».

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 218 ; Intervention de Françoise TULKENS dans M. FABRE-MAGNAN, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 46.

⁴⁸⁴ G. GENICOT, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 222.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 222.

⁴⁸⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 54 : « Si la Cour doit adopter une démarche souple et dynamique pour interpréter la Convention, qui est un instrument vivant, il lui faut aussi veiller à ce que toute interprétation qu'elle

droit ou une liberté fondamentale dont elle assure le respect ne peut être interprété ou exercé dans un sens qui s'avèrerait contraire à l'interprétation qui a été déduite d'une autre de ses garanties. Ainsi, l'article 8 ne peut être entendu comme consacrant la possibilité de soumettre une personne, même si elle y consent⁴⁸⁸, à des actes contraires à l'article 3. Contrairement à d'autres articles de la Convention (dont l'article 8), l'article 3 est, en effet, un droit absolu et indérogeable, qui ne souffre d'aucune exception, limitation, ou dérogation. Il consacre l'une des valeurs les plus fondamentales d'une société démocratique⁴⁸⁹.

Quant au champ d'application de l'article 3, la Cour renvoie aux traitements qui atteignent un niveau minimal de gravité et qui impliquent « des lésions corporelles effectives ou une souffrance physique ou mentale intense »⁴⁹⁰. Afin d'être excusable, le sadomasochisme doit donc être mesuré, prudent et raisonnable⁴⁹¹. Comme le souligne, à juste titre selon nous, Evelyne LANGENAKEN, « un premier pas vers une analyse plus nuancée serait d'examiner si le consentement soumet la personne à une situation qui n'entraîne aucune conséquence au-delà du temps qu'il dure »⁴⁹². Certaines atteintes corporelles ponctuelles pourraient ainsi être légitimées par le consentement de celui qui les subit. En revanche, un individu ne pourrait consentir à se soumettre à des « pratiques emportant des conséquences pouvant perdurer au-delà de son consentement »⁴⁹³. « Alors que s'opposent deux intérêts fondamentaux », que sont la vie privée (autonomie personnelle) et l'intégrité physique, nous considérons qu'il y a lieu de ne pas accorder une prééminence absolue au second. Dans le cadre de pratiques sexuelles entre adultes consentants dans l'intimité de leur domicile (ou du moins, pas en public), la protection de la vie privée doit, selon nous, primer une protection intangible de l'intégrité physique⁴⁹⁴.

en donne cadre avec les objectifs fondamentaux poursuivis par le traité et préserve la cohérence que celui-ci doit avoir en tant que système de protection des droits de l'homme ».

⁴⁸⁸ Il semble, cependant, difficilement concevable qu'un individu puisse consentir aux plus atroces souffrances et ainsi franchir la limite du seuil de gravité qui fait basculer un acte dans la qualification de l'article 3 de la Convention.

⁴⁸⁹ La Cour n'a eu de cesse de soutenir que les articles 2 et 3 de la CEDH constituent les « droits les plus fondamentaux protégés par la Convention, dont le but essentiel est de protéger la dignité et l'intégrité de la personne » (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 », *Précis sur les droits de l'homme n° 6*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, p. 18, disponible à l'adresse <https://rm.coe.int/168007ff60> (5 août 2017).

⁴⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 52 ; La détermination de la frontière entre un « traitement éprouvant » et une violation de l'article 3 peut s'avérer difficile. Selon la Cour, celle-ci est relative et dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, notamment de la nature et du contexte du traitement, de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux, et dans certains cas, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime ; Selon nous, le niveau minimal de gravité requis n'était pas atteint dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown* mais bien dans l'affaire *K.A. et A.D.*, de sorte que l'article 17 CEDH aurait valablement pu être invoqué et la violation de l'article 3 aurait pu être prononcée.

⁴⁹¹ G. GENICOT, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁹² E. LANGENAKEN, *op. cit.*, p. 505.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 505.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 481.

CONCLUSION

Au travers de l'étude de la récente consécration d'un droit à la liberté sexuelle, nous avons tenté de montrer comment la philosophie pouvait offrir des outils susceptibles de combler les lacunes d'un instrument et d'une jurisprudence en perpétuelle évolution. L'examen des différentes théories philosophiques clés en matière de sexualité nous a permis de mettre en évidence un certain nombre de concepts et théories (moralité, dignité, relativisme, autonomie, liberté, etc.), dont les idées sous-jacentes ont défini les fondements de la société dans laquelle nous vivons actuellement. Aussi, était-il presque inéluctable de constater le renvoi opéré par la Cour européenne des droits de l'homme à certains concepts étymologiquement philosophiques pour poser les bases et définir les contours de sa liberté nouvelle. S'ils offrent à la Cour des fondements bienvenus pour justifier sa volonté de se conformer à l'évolution des mœurs et des mentalités, ces concepts, par leur caractère éminemment philosophique, sont parfois peu clairs et appellent des acceptions variées⁴⁹⁵. Cette incertitude quant au sens et à la portée des grands principes sur lesquels repose la liberté sexuelle entraîne, plus largement, une incertitude quant à son contenu. Il est donc, selon nous, primordial que la Cour se positionne clairement en faveur d'une interprétation unique de chacun d'eux. Dans un domaine où il est plus difficile qu'ailleurs d'éviter les écueils des positions extrêmes, il serait, en effet, bienvenu d'endiguer, dans la mesure du possible, tout risque de subjectivité.

C'est dans cette optique que nous avons tenté de poser les bases d'une méthodologie claire et adaptée au contentieux de la sexualité. Si notre propos n'a pas pour ambition de répondre définitivement à l'épineuse question des limites pouvant être opposées à la liberté sexuelle dans une société démocratique, il entend, néanmoins, offrir à la Cour une piste de réflexion, en se fondant sur une théorie philosophique unique qui se rapproche de la tendance actuelle de la jurisprudence de celle-ci. Le principe de « non-nuisance » de John Stuart MILL nous a semblé à même de remplir ces conditions. À l'issue de l'étude de son contenu et de ses implications, nous nous sommes donc attelés à l'établissement d'une méthodologie qui en refléterait l'essence. Cette essence, nous pouvons la traduire dans la maxime célèbre qui veut que « la liberté de chacun s'arrête là où commence celle d'autrui ». Dans le domaine qui nous intéresse, elle implique que la liberté sexuelle d'un individu ne puisse s'accommoder d'une intervention étatique que lorsque cette dernière se justifie par la protection des droits et des libertés d'autrui. Or, dans le contexte sexuel, la protection des droits et des libertés d'autrui tend à se résumer à la protection de l'intégrité physique et de l'intégrité morale de chacun des partenaires. Ainsi, notre méthodologie entend soumettre « le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible »⁴⁹⁶ au respect de trois conditions essentielles. La

⁴⁹⁵ Voy. M. MARZANO et A. MILON, *op. cit.*, pp. 107 et s. : « Dignité comme autonomie sont vides de sens parce que chacun, en fonction de sa propre idéologie, utilise ces termes comme des postulats ou des axiomes faute de pouvoir en faire la généalogie ».

⁴⁹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt K.A. et A.D. du 17 février 2005, § 85.

première est relativement intuitive et veut que l'acte sexuel revête un caractère « privé » pour bénéficier de la protection garantie par l'article 8. La seconde renvoie au respect de l'intégrité morale des partenaires et requiert que ces derniers aient valablement consenti à l'acte sexuel en question. Ainsi que l'a – à maintes reprises – souligné la Cour, la volonté du ou des partenaire(s) à l'acte est une limite indépassable et intrinsèque à la liberté sexuelle de chacun. Enfin, la troisième condition concerne spécifiquement les relations sadomasochistes et entend limiter les sévices infligés aux seuls actes qui ne mettent pas la santé du ou des partenaire(s) en danger. Tout traitement inhumain et dégradant ou tout acte de torture menace, selon nous, suffisamment la santé pour que soit justifiée une intervention des autorités publiques, même si la condition du consentement s'avérerait remplie en l'espèce. Il en va du respect de l'absoluité de l'article 3 et de l'interdiction qu'il contient. En dehors de cette hypothèse que nous voulons croire exceptionnelle, nous considérons que l'infraction de coups et blessures volontaires devrait bénéficier d'une cause d'excusabilité (voire de justification) lorsque ces derniers sont portés dans le cadre d'une relation sadomasochiste qui satisfait les conditions de consentement et d'« inoffensivité ».

Aux dernières lignes de notre étude, il nous faut encore soulever deux remarques essentielles. La première est relative au constat de la persistance, au sein de notre méthodologie, d'une certaine subjectivité dans l'office des juges. Cette subjectivité se retrouve tant dans l'examen de la validité du consentement, que dans l'appréciation de la menace que représentent les coups et blessures pour la santé. En nous prononçant en faveur d'une cause d'excusabilité (et non de justification), nous confions, en effet, au juge (et non à la loi) l'appréciation de la gravité des faits. Le risque de voir apparaître, sous le couvert de justifications sanitaires, des considérations davantage morales point alors à nouveau. Quant à la subjectivité afférente à l'appréciation de la validité du consentement, il peut difficilement en être autrement. La réunion de ses conditions est d'autant plus difficile que se pose, en la matière, l'éternelle question de savoir s'il est seulement possible qu'une personne consente authentiquement à entretenir des relations incestueuses, sadomasochistes ou prostitutionnelles. Si la question reste entière, nous pouvons néanmoins affirmer que, de manière générale, un consentement s'inscrit toujours dans un contexte particulier et, partant, n'est jamais exprimé de façon abstraite, quel que soit le domaine dans lequel il intervient⁴⁹⁷. Une objectivation complète d'un consentement donné semble donc impossible, particulièrement dans le cadre intime de la sexualité. Un risque qu'une personne s'engage *a priori* volontairement dans une relation sexuelle à laquelle elle ne peut consentir authentiquement (en raison, par exemple, de sa fragilité ou de son influençabilité) ne pourra jamais être exclu (tout comme c'est le cas dans tous les autres domaines de la vie). Mais le simple risque d'un défaut de consentement dans le chef d'un des partenaires à la relation sexuelle peut-il justifier la condamnation pénale systématique de ses

⁴⁹⁷ M. MARZANO, « Le mythe ... », *op. cit.*, p. 117.

partisans ? Il serait, selon nous, regrettable que le caractère général des règles de droit affecte le pluralisme de nos sociétés⁴⁹⁸.

Notre deuxième remarque est plus fondamentale et interroge la légitimité même d'une méthodologie propre à encadrer l'intervention étatique et, partant, la liberté sexuelle. Comme le relève Bernard PELLEGRINI, « le droit peut-il constituer une des voies de l'inscription dans le social de la question de la limite et jusqu'où doit-il s'aventurer au risque d'une certaine dérive liberticide potentiellement totalitaire ? »⁴⁹⁹. Nous sommes, en effet, conscients que toute habilitation du droit à interdire des comportements sexuels qui auraient pourtant été librement consentis par les partenaires peut rapidement conduire à l'avènement d'une « morale sexuelle » étatique⁵⁰⁰. Mais si la méthodologie que nous entendons proposer pose indéniablement des limites « au droit d'exercer une pratique sexuelle le plus librement possible » pour que soit garantie l'égale liberté sexuelle de chacun, c'est aussi (et surtout) dans le but de circonscrire les contours d'une potentielle intervention étatique. « En limitant, sans exclure, l'intervention du droit pénal dans la sphère privée », nous entendons insister sur « la nécessité d'empêcher celui-ci de paralyser, sous couvert de contrôle social empreint de jugements moraux, l'exercice des prérogatives reconnues à l'individu au plan civil »⁵⁰¹. Il reste, comme le souligne le Professeur Jean-Manuel LARRALDE, qu'en matière de sexualité, la fixation d'un seuil entre le permis et l'interdit, l'acceptable et le non acceptable, le normal et le pathologique est susceptible d'entraîner « le juriste dans des domaines peu compatibles avec la liberté individuelle »⁵⁰².

En définitive, la problématique de la liberté sexuelle renvoie aux questions fondamentales de toute société que sont la détermination des limites de la liberté, l'ampleur du rôle dévolu au droit pénal dans la fixation des interdits et l'étendue des rapports entretenus entre la morale et le droit⁵⁰³. Pour ne pas conclure sur une dérobade intellectuelle, peut-être pouvons-nous avancer que, dans une société démocratique, dont tolérance, esprit d'ouverture et pluralisme sont les mots d'ordre, la détermination de règles contraignantes pour la liberté de chacun qui se veulent « non arbitraires » appelle, au minimum, le rapprochement des règles édictées et des principes affirmés. S'agissant de la liberté sexuelle, il y a lieu de ne pas perdre de vue qu'aussi longtemps que l'on ne nuit pas à autrui, la primauté doit être accordée au droit de s'autodéterminer⁵⁰⁴.

⁴⁹⁸ E. LANGENAKEN, *op. cit.*, pp. 505-506.

⁴⁹⁹ B. PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁰⁰ J.-M. LARRALDE, « Libre disposition ... », *op. cit.*, p. 285.

⁵⁰¹ G. GENICOT, *op. cit.*, p. 223.

⁵⁰² J.-M. LARRALDE, « Libre disposition ... », *op. cit.*, pp. 288-290.

⁵⁰³ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 37 ; Présentation de Jean MOULY dans M. FABRE-MAGNAN *et al.*, « Controverse ... », *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰⁴ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 37.

BIBLIOGRAPHIE

SECTION 1^{ÈRE} : LÉGISLATION

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

SECTION 2. JURISPRUDENCE

§ 1^{er}. Décisions de la Commission européenne des droits de l'homme

- Comm. eur. D. H., D 6825/74 (X. c. Islande), 13 mai 1976, *D.R.* 5, p. 88.
- Comm. eur. D. H., D 6959/75 (Brüggeman et Scheuten c. RFA), 12 juillet 1977, <http://www.echr.coe.int>.
- Comm. eur. D. H., D 11680/85 (F. c. Suisse), 10 mars 1988, <http://www.echr.coe.int>.

§ 2. Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. dr. h., D 6525/00 (Libor Nowak c. République Tchèque), 13 novembre 2003, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., D 32792/05, (Pay c. Royaume-Uni), 16 septembre 2008, <http://www.echr.coe.int>.

§ 3. Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. dr. h., arrêt Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt X et Y c. Pays-Bas du 26 mars 1985, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Müller c. Suisse du 24 mai 1988, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Norris c. Irlande du 26 octobre 1988, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Modinos c. Chypre du 22 avril 1993, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt C.R. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt S.W. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Assenov c. Bulgarie du 28 octobre 1998, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt A.D.T. c. Royaume-Uni du 31 juillet 2000, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Bensaid c. Royaume-Uni du 6 février 2001, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., L. et V. c. Autriche du 9 janvier 2003, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Slivenko c. Lettonie du 9 octobre 2003, <http://www.echr.coe.int>.

- Cour eur. dr. h., arrêt M.C. c. Bulgarie du 4 décembre 2003, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Vo c. France du 8 juillet 2004, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt K.A. et A.D. c. Belgique du 17 février 2005, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Sorensen et Rasmussen c. Danemark du 11 janvier 2006, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Tremblay (V.T.) c. France du 11 septembre 2007, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Akdas c. Turquie du 16 février 2010, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt S.H. c. Autriche du 3 novembre 2011, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Stübing c. Allemagne du 12 avril 2012, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. dr. h., arrêt Söderman c. Suède du 12 novembre 2013, <http://www.echr.coe.int>.

§ 4. Jurisprudence nationale

- Anvers, 30 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 749.

SECTION 3. DOCTRINE

§ 1^{er}. Monographies

- ATIAS C., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2012.
- BELLAMY R., *Liberalism and Modern Society: A Historical Argument*, Pennsylvania, Pennsylvania State University, 1992.
- BERGER F. R., *Happiness, Justice, and Freedom: The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*, Berkeley, University of California Press, 1984.
- BLANCHOT M., *Sade et Lautréamont*, Paris, Minuit, 1963.
- BRANLARD J.-P., *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- BURGORGUE-LARSEN L., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Lextenso, 2012.
- CABALLERO F., *Droit du sexe*, Paris, Lextenso, 2010.
- CHAÏBI R., *Liberté et paternalisme chez John Stuart Mill*, Paris, L'Harmattan, 2008.
- CORNU G., *Droit civil. Introduction, les Personnes, les Biens*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2001.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, PUF, 2012.
- DAYEZ B., *A quoi sert la justice pénale ?*, Bruxelles, Larcier, 1999.
- DE FROUVILLE O., *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004.
- DE SADE D. A. F., « Les Cent-vingt journées de Sodome », in *Œuvres complètes du marquis de Sade*, t. XIII-XIV, Editions tête de feuilles, 1973.

- DE SADE D. A. F., *Français encore un effort si vous voulez être républicains*, Paris, UPblisher, 2016.
- DE Sade D. A. F., *Les 120 Journées de Sodome - Huitième Journée*, Paris, Club des Bibliophiles, 1904.
- DE Sade D. A. F., *Philosophie dans le Boudoir*, coll. Œuvres complètes, n° 25, Paris, Jacques Pauvert, 1968.
- DELEUZE G., *Présentation de Sacher-Masoch. Le froid et le cruel*, Paris, Ed. de Minuit, 1967.
- DEVLIN P., *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.
- DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- FEINBERG J., *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité*, t. I, Paris, Galimard, 1980.
- 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.
- GRAY J., *Mill on Liberty: A Defense*, 2^e éd., Londres/New York, Routledge, 1996.
- GUILLEBAUD J.-C., *La tyrannie du plaisir*, Paris, Le Seuil, 1998.
- HART H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963.
- HENNETTE-VAUCHEZ S., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2004.
- HUME D., *Traité de la nature humaine*, (trad. A. LEROY), Paris, Aubier, 1968.
- IACUB M., *Le crime était presque sexuel*, Paris, Epel, 2002.
- IACUB M., *Qu'avez-vous fait de la libération sexuelle ?*, Paris, Flammarion, 2002.
- KANT E., *Fondement de la métaphysique des mœurs*, (trad. V. DELBOS), Paris, Livre de Poche, 1993.
- KANT E., *Leçons d'éthique*, (trad. par L. LANGLOIS), Paris, Livre de Poche, 1997.
- KANT E., *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, (trad. A. PHILONENKO), Paris, Vrin, 1971.
- KANT E., *Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Hatier, 2012.
- KANT E., *The Philosophy of Law*, (trad. par W. HASTIE), 3rd ed., New Jersey, Englewood Cliffs, 1993.
- KRIEGER B., *Cours de philosophie politique*, Paris, Livre de Poche, 1996.
- LACAN J., *Kant avec Sade*, Paris, Seuil, 1966.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 9^e éd., Paris, PUF, 1962.
- LAVAUD-LEGENDRE B., *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Paris, PUF., 2005.
- LEBRETON G., *Libertés publiques et droit de l'homme*, 7^e éd., Paris, Armand Collin, 2005.
- LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, 4^e éd., Bruxelles, Anthémis, 2012.
- MALHERBE M., *La philosophie empiriste de David Hume*, Paris, Vrin, 1976.
- MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002.

- MARSHALL J., *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- MARTENS P., *Le droit peut-il se passer de Dieu ? Six leçons sur le désenchantement du droit*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2007.
- MARZANO M., *Je consens donc je suis ... Ethique de l'autonomie*, Paris, PUF., 2006.
- MAURER B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999.
- MILL J. S., *De la liberté* (trad. L. LENGLET), Paris, Gallimard, 1990.
- MILL J. S., *Essays on Equality, Law and Education*, Toronto, University of Toronto Press, 1984.
- MILL J. S., *L'utilitarisme*, (trad. C. AUDARD), Paris, PUF, 1998.
- MORALES M., *Mill's The Subjection of Women – Critical Essays*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 2005.
- MOURGEON J., *Les droits de l'homme*, coll. Que sais-je ?, 8^e éd., Paris, PUF, 2004.
- OST F., *Sade et la loi*, Paris, Odile Jacob, 2005.
- PAPAUX A., *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- POUND R., *An Introduction to the Philosophy of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1922.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- REES J. C., *John Stuart Mill's On liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1985.
- REICH W., *L'irruption de la morale sexuelle*, Paris, Payot, 1932.
- RIALS S., *Oppressions et résistances*, Paris, PUF, 2008.
- RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990.
- ROBSON J. M., *The Later Letters of John Stuart Mill 1849-1873, Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XVII, London, Routledge, 1996.
- ROLLAND H., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Litec, 1992.
- ROSSI A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor Mill – Essays on Sex Equality*, Chicago, University of Chicago Press, 1970.
- SIMON Y. R., *The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections*, New York, Fordham University Press, 1965.
- SOBLE A., *Sex from Plato to Paglia : a Philosophical Encyclopedia*, vol. 1, Londres, Greenwood, 2005.
- TERRÉ D., *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007.
- WILLEMS G., « Droit, sexe et sexualité », in *Individu, famille, État (LDROP2072)*, cours dispensé en 2015-2016.

§ 2. Ouvrages collectifs

- ADORNO T. et HORKHEIMER M., *Dialectique de la Raison*, (trad. E. KAUFHOLZ), Paris, Gallimard, 1974.
- FARAGO F. et LAMOTTE C., *Le monde des passions - Balzac - Hume - Racine*, Paris, Armand Collin, 2015.
- GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S., *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005.
- IACUB M. et MANIGLIER P., *Anti-manuel d'éducation sexuelle*, Paris, Bréal, 2005.
- MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002.
- SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A. et LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 4^e éd., Paris, PUF, 2007.

§ 3. Contributions à un ouvrage collectif

- BORRILLO D. et LOCHAK D., « Introduction », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 1-6.
- BORRILLO D., « Liberté érotique et « exception sexuelle » », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 38-63.
- BOZON M., « Cinquante ans de sociologie de la sexualité : Évolution du regard et transformation des comportements depuis les années 1960 », in *Regards sur la famille, le couple et la sexualité – un demi-siècle de mutations* (sous la dir. de P. SERVAIS), Louvain-La-Neuve, Academia, 2014, pp. 47-67.
- CAYLA O., « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 89-106.
- CERF-HOLLENDER A., « Libre disposition de son corps et prostitution », in *La libre disposition de son corps* (sous la dir. de J.-M. LARRALDE), coll. Droit et justice, n° 8, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 309-340.
- CHASSAING J.-F., « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 65-88.
- COLLINI S., « Introduction », in *J. S. Mill, Essays on Equality, Law and Education* (sous la dir. de J. M. ROBSON), Toronto, University of Toronto Press, vol. XXI, 1984, pp. vii-viii.
- Comité d'experts, Avant-projet de Convention (Doc. A 833, 15 février 1950), in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. du Conseil de l'Europe), vol. III, La Haye, Martinus Nijhoff, 1976.
- CONSTANT B., « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », in *Œuvres politiques de Benjamin Constant* (sous la dir. de C. LOUANDRE), Paris, Charpentier, 1874, pp. 258-286.

- DE SADE D. A. F., « Lettre de Sade à sa femme (novembre 1783) », in *Lettres choisies par Jean-Jacques Pauvert*, UGE, 1963,
- DE SCHUTTER O. et RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (sous la dir. de H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441-481.
- DIJON X., « Het juridisch statuut van het menselijk lichaam », in *Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Anvers, Maklu, 1996, pp. 99-116.
- DOUBLIER R., « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* (sous la dir. de G. STEFANI), Paris, Dalloz, 1956, pp. 188-225.
- DUBOS O., « Sexe, sexualité et droits européens », in *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles* (sous la dir. de O. DUBOS et J.-P. MARGUÉNAUD), Paris, Pedone, 2007, pp. 2-18.
- DWORKIN G., « Paternalism », in *Paternalism* (sous la dir. de R. SARTORIUS), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, pp. 19-34.
- FEINBERG J., « Legal Paternalism », in *Paternalism* (sous la dir. de R. SARTORIUS), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, pp. 3-18.
- FOLSCHIED D., « Quelques grains de sel philosophiques », in *Les Lois « bioéthique » à l'épreuve des faits* (sous la dir. de B. FEUILLET-LE-MINTIER), Paris, PUF, 1999, pp. 273-282.
- GONZALES G., « La liberté sexuelle », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 157-175.
- GONZALES G., « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (sous la dir. de S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 103-113.
- GOUTTENNOIRE A., « Sexe, sexualité et droit de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Sexe, sexualité et droits européens* (sous la dir. de O. DUBOS et J.-P. MARGUÉNAUD), Paris, Pedone, 2007, pp. 19-30.
- HAUSER J., « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in *Mélanges Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp. 105-116.
- JEANNIN L., « Le principe de dignité dans l'espace de la Convention européenne des droits de l'homme. La construction prétorienne d'un concept », in *La dignité de la personne humaine* (sous la dir. de C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), Paris, PUF, 2005, pp. 176-188.
- LARRALDE J.-M., « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », in *La libre disposition de son corps* (sous la dir. de J.-M. LARRALDE), Actes du colloque de Caen organisé

- par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D.) les 16 et 17 octobre 2008, coll. Droit et justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 263-290.
- LEBRETON G., « Ordre public et dignité de la personne », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* (sous la dir. de M.-J. REDOR), Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 353-368.
 - LEVINET M., « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La libre disposition de son corps* (sous la dir. de J.-M. LARRALDE), coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 71-110.
 - LOCHAK D., « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 7-37.
 - LYONS D., « Mill's Theory of Justice », in *Values and Morals* (sous la dir. de A. I. GOLDMAN et J. KIM), Reidel, Dordrecht, 1978, pp. 1-20.
 - MACHEFERT T., « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in *La libre disposition de son corps* (dir. J.-M. LARRALDE), coll. Droit et Justice, n° 88, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 19-43.
 - MARGUÉNAUD J.-P., « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles* (sous la dir. de O. DUBOS et J.-P. MARGUÉNAUD), Paris, Pedone, 2007, pp. 85-92.
 - MARTENS P., « Encore la dignité humaine. Réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 561-580.
 - MARZANO M. et MILON A., « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. de D. BORRILLO et D. LOCHAK), Paris, PUF, 2005, pp. 107-130.
 - MELDEN A. I., « Dignity, Worth and Rights », in *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (sous la dir. de M. J. MEYER and W. A. PARENT), New-York, Cornell University Press, 1992, pp. 29-46.
 - MENDUS S., « The Marriage of True Minds – the Ideal of Marriage in the Philosophy of John Stuart Mill », in *Mill's The subjection of women* (sous la dir. de M. MORALES), Maryland, Rowman & Littlefield, 2005, pp. 135-155.
 - MEULDERS-KLEIN M.-T., « L'irrésistible ascension de la « vie privée » au sein des droits de l'homme. Synthèse et conclusions », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 305-333.
 - MILL J. S., « Utilitarianism », in *Essays on Ethics, Religion, and Society, Collected Works of John Stuart Mill* (sous la dir. de J. M. ROBSON), vol. X, Toronto, University of Toronto Press, 1969, pp. 203-261.

- NERI K., « La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux droits de l'homme ou nouveau droit substantiel ? », in *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (sous la dir. de S. DOUMBÉ-BILLÉ), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 53-79.
- NORTON D., « An introduction to Hume's thought », in *The Cambridge Companion to Hume*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 1-32.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs* (sous la dir. de J. CHEVALLIER), Paris, PUF, 1994, pp. 105-124.
- OST F. et VAN DROOGHENBROECK S., « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme* (sous la dir. de H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 2-49.
- PASTRE-BELDA B., « Pluralisme et relativisme des valeurs », in *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (sous la dir. de M. LEVINET), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 255-276.
- REGOURD S., « Sexualité et libertés publiques », in *Droit, histoire et sexualité* (sous la dir. de J. POUMAREDE et J.-P. ROYER), Paris, Publications de l'espace juridique, 1987, pp. 309-334.
- RENCHON J.-L., « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 297-301.
- RENCHON J.-L., « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? À propos de l'arrêt K.A. c/ Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H. », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1309-1320.
- RICOEUR P., « Éthique et philosophie chez Hans Jonas », in *Lectures 2, La contrée des philosophes*, Paris, Seuil, 1999, pp. 311 et s.
- ROMMEN H. S., « In Defense of Natural Law », in *Law and Philosophy* (sous la dir. de S. HOOK), New York, New York University Press, 1964, pp. 116 et s.
- RYAN A., « John Stuart Mill's Art of Living », in *J. S. MILL, On Liberty In Focus* (sous la dir. de J. GRAY et G. W. SMITH), Abington-on-Thames, Routledge, 1991, pp. 164 et s.
- SUDRE F., « La vie privée, socle européen des droits de la personnalité », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit tenu à Louvain-la-Neuve le 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1-21.
- SUDRE F., « Rapport introductif : la « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11-33.
- VAN DROOGHENBROECK S., « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides*

et droits (sous la dir. de H. DUMONT *et al.*), Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la culture des Facultés universitaires Saint-Louis le 14 février 2000, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139-197.

- VAN DROOGHENBROECK S., « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), Actes du X^e colloque de l'association Famille & Droit tenu à Louvain-la-Neuve le 30 novembre 2007, coll. Famille & Droit n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299-346.
- WEIL L., « La dignité de la personne humaine en droit administratif », in *La dignité de la personne humaine* (sous la dir. de M.-L. PAVIA et T. REVET), Paris, Economica, 1999, pp. 85-106.
- WILLEMS G., « Droit, sexe et sexualité », in *Individu, famille, État (LDROP2072)*, cours dispensé en 2015-2016 à l'Université catholique de Louvain-la-Neuve.

§ 4. Articles de périodiques, encyclopédies juridiques, notes et chroniques de jurisprudence

- BÉAL C., « John Stuart Mill et le paternalisme libéral », *Archives de Philosophie*, 2012/2, n° 75, pp. 279-290.
- CAMPAGNA N., « Nature ou dignité : quel critère pour l'éthique sexuelle ? », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/HS, n° 261, pp. 155-184.
- CARTER R., « Justifying Paternalism », *Canadian Journal of Philosophy*, VII, n° 1, 1977, pp. 133-145.
- De SCHUTTER O., « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 827-863.
- DE SCHUTTER O., « Waiver of rights and state paternalism under the European Convention on Human Rights », *Northern Ireland legal Quarterly*, 2000, pp. 481-508.
- DEMANGE D., « Sade et la loi, de François Ost », *Le philosophoire*, 1999/3, n° 9, pp. 161-164.
- DIJON X., « Vertiges du corps et recherche de raison », *Nouvelle revue théologique*, 2013/4, pp. 584-598.
- EDELMAN B., « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, 2009/1, pp. 107-134.
- ERGEC R. et VELU J., v° Convention européenne des droits de l'homme, *R.P.D.B.*, compl. VII, 1990, pp. 138-552.
- FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », *R.I.E.J.*, 2007/1, n° 58, pp. 1-30.
- FABRE-MAGNAN M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, n° 1, pp. 31-39.
- FABRE-MAGNAN M., « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, n° 43, pp. 2973-2981.
- FABRE-MAGNAN M., LEVINET M., MARGUÉNAUD J.-P. et TULKENS F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 3-58.

- FELDMAN J.-P., « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 87-108.
- FIERENS J., « La dignité comme concept juridique », *J. T.*, 2002, pp. 577-582.
- GAZIAUX E., « Trois modèles d'autonomie en morale : Kant, Steinbuchel, Auer », *Revue théologique de Louvain*, 1997, pp. 338-358.
- GENICOT G., « Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée », note sous Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000/2, pp. 213-224.
- GESLOT C., « Prostitution, dignité... Par ici la monnaie ! », *D.*, 2008, n° 19, pp. 1292-1299.
- INVERNIZZI ACCETTI C., « Kant et Sade : Les Lumières sont-elles totalitaires ? », *Raisons politiques*, 2009/1, n° 33, pp. 149-169.
- JIMÉNEZ-SALCEDO J. et HOCHMANN T., « La loi du désir ? Interférences, fusions et confusions entre droit et sexualité », *Ambigua, Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales*, 2014, n° 1, pp. 6-15.
- JORION B., « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *Rev. dr. publ.*, 1999, pp. 197-233.
- KRENC F., « Sadomasochisme, liberté sexuelle et dignité de la personne humaine », *J.T.*, 2005, p. 331.
- LANGENAKEN E., « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén. crim.*, 2003/4, n° 83, pp. 474-506.
- LARRALDE J.-M., « Vie privée et pratiques sadomasochistes », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Jaggard, Laskey et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, *D.*, 1998, pp. 97 et s.
- LARRALDE J.-M., « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n° 65, pp. 35-54.
- LELEU Y.-H. et GENICOT G., « La maîtrise de son corps par la personne », *J. T.*, 1999, pp. 589-600.
- LEVEY A., « Under Constraint : Chastety and Modesty in Hume », *Hume Studies*, vol. XXIII, 1997/2, pp. 213-226.
- LEVINET M., « La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes », note sous Cour eur. dr. h., arrêt Jaggard, Laskey et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, n° 32, pp. 738-745.
- LEVINET M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009/1, n° 49, pp. 3-18.
- MAKOWIAK A., « La vie sexuelle d'Emmanuel K. », *Les Temps Modernes*, 2004/1, n° 626, pp. 48-57.
- MANTOUVALOU V., « Private life and dismissal: Pay v. UK », *Industrial Law Journal*, 2009, n° 38, pp. 133 et s.

- MARGUÉNAUD J.-P., « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, 2009/1, n° 49, pp. 19-28.
- MARZANO M., « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, 2008/2, n° 48, pp. 109-130.
- MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.*, 1996, pp. 282-286.
- MBONGO P., « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », *D.*, 2008, n° 2, pp. 99-103.
- MCGLYNN C. et WARD I., « Would John Stuart Mill have Regulated Pornography? », *Journal of Law and Society*, 2014/4, n° 41, pp. 502-524.
- MOUTOUH H., « La dignité de l'homme en droit », *Rev. dr. publ.*, 1999, pp. 159-196.
- NOWLIN C., « The Protection of Morals Under the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2002/1, n° 24, pp. 264-286.
- OETHEIMER M., « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, n° 69, pp. 63-80.
- OPPENHEIM G., « Sade masochiste », *L'information psychiatrique*, 2012/2, n° 88, pp. 117-123.
- PELLEGRINI B., « Grandeurs et apories de la notion de « dignité de la personne humaine » comme catégorie juridique », *La revue lacanienne*, 2008/1, n° 1, pp. 118-127.
- PETERSEN T. S., « What is legal moralism ? », *SATS Northern European Journal of Philosophy*, 2011, pp. 80-88.
- PHILLIPS O., « A Brief Introduction to the Relationship between Sexuality and Rights », *Ga. J. Int'L & Comp. L.*, 2005, n° 33, pp. 451-466.
- PIN X., « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal, vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 2009/1, n° 49, pp. 83-106.
- POUTRAIN V., « Un corps sans limites : sadomasochisme et auto-appartenance », *Cités*, 2005/1, n° 21, pp. 31-45.
- RIGAUX F., « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 307-349.
- ROMAN D., « « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? » La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, n° 23, pp. 1508-1516.
- ROMAN D., « « À corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, pp. 1284-1293.
- SHESTACK J. J., « The Philosophic of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 1998/2, n° 20, pp. 201-234.
- SOPENA A., « La dignité à l'épreuve du sadomasochisme, et inversement », *Vacarme*, 2010/2, n° 51, pp. 74-77.

- SPENCER J. R., « Incest and article 8 of the European Convention on Human Rights », *The Cambridge Law Journal*, 2013, pp. 5-7.
- X., « Legal Philosophers: Aristotle, Aquinas and Kant on Human Rights », *Marquette Law Review*, 1972/2, n° 55, pp. 264-279.

§ 5. Ressources en ligne

- ALIX N., AGOSTINI C., GAMET C. et GASPARI G., « L'existence d'un ordre public corporel », *La revue des droits de l'homme*, 2015, n° 8, disponible à l'adresse <http://revdh.revues.org/1629> (13 avril 2017).
- DE SADE D. A. F., *Les 120 Journées de Sodome – Huitième journée*, disponible à l'adresse <http://www.rodoni.ch/busoni/sade/journees.pdf> (20 mars 2017).
- DIEMER A., « David Hume et l'émergence d'une théorie « humaine » de la justice », *Colloque « Histoire des théories économiques »*, Boulogne s/ Mer, Université du Littoral, 2004, disponible à l'adresse : <http://www.oeconomia.net/private/recherche/hume2004.pdf> (17 mars 2017).
- FIESER J., *Applied Ethics : A Sourcebook*, University of Tennessee at Martin, 2010, disponible à l'adresse : <https://www.utm.edu/staff/jfieser/class/300/2-sex.htm> (17 mars 2017).
- GREER S., « Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme n° 15*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1997, disponible à l'adresse : [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-15\(1997\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-15(1997).pdf) (10 avril 2017).
- HILL T. E., « Kant's Ethical Theory : An Overview », in *Virtue, Rules and Justice : Kantian Aspirations*, Oxford Scholarship Online, University Press Scholarship Online, 2012, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199692002.001.0001/acprof-9780199692002-chapter-2> (10 mars 2017).
- <http://www.larousse.fr/encyclopedie> (17 mars 2017).
- <https://fr.wikipedia.org/wiki/Philosophie> (3 juillet 2017).
- HUME D., *Traité de la nature humaine*, (trad. P. FOLLIOU), 2007, disponible à l'adresse http://philotra.pagesperso-orange.fr/tnhIII.htm#livreIII_partieI_section1 (15 mars 2017).
- LAGARDE E., *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition corporelle en droit européen*, Thèse pour le doctorat en droit privé, soutenue le 12 juillet 2012, Université de Pau et des pays de l'Adour, Faculté de droit, d'économie et de gestion, disponible à l'adresse : <http://www.theses.fr/2012PAUU200> (5 juillet 2017).
- MADIGAN T. J., « The discarded lemon: Kant, prostitution and respect for persons », *Philosophy Now*, 1998, n° 21, disponible à l'adresse : https://philosophynow.org/issues/21/The_discarded_Lemon_Kant_prostitution_and_respect_for_persons (10 mars 2017).

- PECH T., « La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation », *Éthique publique*, 2001 (mis en ligne le 15 mai 2016), vol. 3, n° 2, disponible en ligne à l'adresse : <https://ethiquepublique.revues.org/2526> (14 novembre 2016).
- PRINGLE H., « A Civilised Approach to Prostitution: Re-reading John Stuart Mill », *ABC Religion and Ethics*, 2016, disponible à l'adresse : <http://www.abc.net.au/religion/articles/2016/03/10/4422949.htm> (16 mars 2017).
- 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 », *Précis sur les droits de l'homme* n° 6, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, disponible à l'adresse <https://rm.coe.int/168007ff60> (5 août 2017).
- WILLEMS G., *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Université Catholique de Louvain-la-Neuve, 2014, (disponible à l'adresse : <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:154842>).

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

