

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE GESTION
ECOLE DOCTORALE 481 SCIENCES SOCIALES ET HUMANITES

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

Emmanuelle LAGARDE

JURY

Madame Virginie LARRIBAU-TERNEYRE

Professeur de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD

Professeur de l'Université de Limoges, rapporteur

Madame Jacqueline POUSSON

Professeur émérite de l'Université de Toulouse I Capitole, rapporteur

Monsieur Daniel VIGNEAU

Professeur de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur de la recherche

« E justamente a possibilidade de realizar um sonho que torna a vida interessante »

« C'est justement la possibilité de réaliser un rêve qui rend la vie intéressante »

Paulo Coelho, *O Alquimista*

A tous ceux qui m'ont aidée.

L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

Les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.J. Fam. : Actualité juridique famille
A.J.D.A. : Actualité juridique de droit administratif
A.N. : Assemblée nationale
Actu. : actualité
Al. : *alii* (les autres)
Arch. Phil. Droit : Archives de philosophie du droit
Ass. plén. : Assemblée plénière
Art. : article
Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C.A. : Cour d'appel
Cass. : Cour de cassation
Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
C.C.N.E. : Comité consultatif national d'éthique
Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. déont. méd. : Code de déontologie médicale
C. E. : Conseil d'Etat
Ch. : chambre
Chr. ou chron. : chronique
Coll. : collection
comm. : commentaire
concl. : conclusion
Cons. const : Conseil constitutionnel
Contra : solution contraire
Conv. E. D. H. : Convention européenne des droits de l'homme
Cour E. D. H. : Cour européenne des droits de l'homme
C. civ. : Code civil
C.P. : Code pénal
C.S.P. : Code de la santé publique
D. : Recueil Dalloz Sirey
Déc. : décision
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
dir. : direction

D.P.I. : diagnostic préimplantatoire
Dr. fam. : Revue Droit de la famille
Dr. pénal : Revue Droit pénal
éd. : édition
et s. : et suivant
ex. : exemple
fasc. : fascicule
F.I.V. : Fécondation *in vitro*
G.A.C.E.D.H. : Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
G.A.J.A. : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
G.A.J.C. : Les grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
C.E.C.O.S. : Centre d'Etude et de Conservation des Œufs et du Sperme
C.E.R.S.A.M.S. : Centre d'études et de recherches sanitaires et médico-sociales
C.U.R.A.P.P. : Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie
ibid. : *ibidem*, au même endroit
idem : la même référence
in : dans
infra : ci-dessous
I.N.S.E.R.M. : Institut national de la santé et de la recherche médicale
I.R. : informations rapides
I.V.G. : interruption volontaire de grossesse
J.-Cl. : Juris-Classeur
J.C.P. G. : La semaine juridique, édition générale
J.C.P. N. : La semaine juridique, édition notariale
J.D.I. : Journal de droit international (Clunet)
J.O. : Journal officiel
J.O.C.E. : Journal officiel des Communautés européennes
L.G.D.J. : Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
L.P.A. : Les petites affiches
Méd. et Droit : Médecine et Droit
Mél. : Mélanges
n° : numéro
N.B.P. : note de bas de page
not. : notamment

obs. : observations
op.cit. : *opere citato*, dans l'œuvre citée, dans l'ouvrage cité
p. ou pp. : page ou pages
P.A.C.S. : Pacte civil de solidarité
part. : particulièrement
P.M.A. : procréation médicalement assistée
préc. : précité
P.U. : Presse universitaires
P.U.F. : Presses universitaires de France
Q.P.C. : Question prioritaire de constitutionnalité
rapp. : rapport
Rep. civ. : Encyclopédie Dalloz civil
R.D.P. : Revue de droit public
R.D.S.S. : Revue de droit sanitaire et social
Resp. civ. et assur. : Responsabilité civile et assurances
Rev. Crit. Lég. Juris. : Revue critique de législation et de jurisprudence
R. I. D. C. : Revue internationale de droit comparé
R. I. D. pén. : Revue internationale de droit pénal
Rev. sc. crim. et dr.pénal. comp. : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rev. Sc. Morales et pol. : Revue des sciences morales et politiques
R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
R.J.P.F. : Revue juridique personnes et famille
R.R.J. : Revue de la recherche juridique- Droit prospectif
R.T.D. civ. : Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.H. : Revue trimestrielle des droits de l'homme
S. : Sirey
somm. comm. : sommaire commenté
spéc. : spécialement
ss. : sous
supra : ci-dessus
t. : tome
T.I. : Tribunal d'instance
T.G.I. : Tribunal de grande instance
th. : thèse
V. : voir
v° : *verbo*

INTRODUCTION

« Le problème d'exister, d'être soi, c'est en tant qu'individu que [Simone de Beauvoir] le pose et le résout. Un homme aussi aurait pu [l'] écrire, et c'est là qu'on touche l'universalité de son entreprise : conquérir l'autonomie (...). Simone de Beauvoir s'invente, se crée, comme chacun des représentants de l'espèce humaine peut et doit le faire ».

Sylvie le Bon de Beauvoir

*La naissance du Castor ou la construction de soi*¹.

1. Ces quelques lignes, écrites par la fille adoptive de Simone de Beauvoir, nous livrent la pensée de l'illustre auteur féministe sur sa conception de l'autonomie : il s'agit, dans le refus d'un quelconque déterminisme, de *s'inventer*, dans le dessein *d'être soi*.

2. Sans vouloir procéder à un raccourci simpliste entre la pensée de Simone de Beauvoir et celle du juge européen, remarquons que la réflexion de la philosophe semble, de manière surprenante, transposable à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour E. D. H.). En effet, cette dernière paraît promouvoir une telle conception de l'individu par le prisme de l'autonomie personnelle, « *principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention* »².

¹ In *Le magazine littéraire*, janvier 2008, p. 36.

² C.E.D.H., 11 janv. 2006, Sorensen et Rasmussen c/Danemark, §54. V. F. Sudre, chron. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P. G.* n°31, 2 août 2006, I 164.

3. Le principe d'autonomie personnelle a été dégagé pour la première fois dans l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni³, dans lequel était en jeu l'aide au suicide de la requérante relevant du droit au respect de la vie privée, protégé à l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci-après Conv. E. D. H.). Par la suite, la Cour de Strasbourg a de nouveau fait état du principe dans ce domaine à l'occasion de nombreux arrêts, sans toutefois l'y limiter. Ainsi, elle l'a également consacré s'agissant de la liberté d'association, protégée à l'article 11 de la Convention, jugeant que l'autonomie personnelle, « corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu », implique le droit de ne pas s'associer⁴. Dans d'autres arrêts, la Cour E. D. H. a utilisé la notion d'autonomie personnelle sans toutefois l'élever explicitement au rang de principe. Ainsi, toujours dans le champ de l'article 11, elle a considéré que l'autonomie personnelle et la liberté d'association supposent le droit d'exprimer ses convictions sur son identité ethnique⁵. Concernant le droit à un procès équitable, consacré à l'article 6-1 de la Convention, le juge a estimé, s'agissant d'un individu atteint de schizophrénie écarté d'une procédure le déclarant juridiquement incapable, que cette dernière « emportait des conséquences pour son autonomie personnelle dans pratiquement tous les aspects de sa vie »⁶. De même, l'autonomie personnelle a été utilisée relativement à l'article 2 du Protocole n°1 de la Convention qui consacre le droit à

³ C.E.D.H., 29 avril 2002, *Pretty* c/Royaume-Uni. V. C. Girault, « La Cour E.D.H. ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *J.C.P. G.* n° 15, 9 avr. 2003, II 10062 ; J. Hauser, « Euthanasie : le droit au néant et l'Europe », *R.T.D. civ.* 2002, p. 482 ; N. Deffains, obs. ss. C.E.D.H., 4e sect., 29 avr. 2002, *Pretty* c/ Royaume-Uni, req. n° 2346/02, *Europe* 2002, comm. 305 ; A. Garay, « Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le « précédent » de la dramatique affaire *Pretty* », *Gaz. pal.* 2002, 2, doctr. p. 1244 ; F. Massias, « A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, arrêt *Pretty* relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *Rev. sc. crim. et dr. pénal comp.* 2002 n° 3 p. 645 ; E. Garaud, « A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni, l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie », *Rev. pers. et fam.* 2002 n°7-8 p. 11 ; P. Malaurie, *Défrénois*, 2002, 1131 ; O. De Schutter, *R.T.D.H.*, 3003, 71.

⁴ C.E.D.H., 11 janv. 2006, *Sorensen et Rasmussen* c/Danemark, préc., §54.

⁵ C.E.D.H., 27 mars 2008, *Touriki Enosi Xanthis et al.* c/Grèce, §56.

⁶ C.E.D.H., 27 mars 2008, *Chtoukatourov* c/Russie, §71.

l'instruction, à propos duquel la Cour E. D. H. considère que l'enseignement a notamment pour objectif « *le façonnement* » et le « *développement* » de l'« *autonomie personnelle* » des élèves⁷.

4. Nonobstant l'élargissement du domaine du principe d'autonomie personnelle, ou, à tout le moins, de l'autonomie personnelle, la vie privée semble constituer son terrain d'élection, en témoigne la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui l'a consacré dans les domaines de la fin de vie, du transsexualisme, de la maîtrise de la procréation ou encore de la vie sexuelle. « *L'article 8 de la Convention et le droit au respect de la vie privée demeurent assez logiquement les terrains originels et privilégiés de la manifestation de l'autonomie personnelle* », souligne avec raison un auteur⁸. En effet, l'autonomie, issue des mots grecs *autos* (soi-même) et *nomos* (loi, règle), signifie dans un sens courant « *faculté d'agir par soi-même en se donnant ses propres règles de conduite, sa propre loi* »⁹. Or, la faculté pour l'individu de poser sa propre norme s'exerce surtout dans le domaine de l'intime, où la contrainte juridique doit rester exceptionnelle. L'autonomie personnelle trouve donc naturellement son assise dans le champ de l'article 8 de la Conv. E. D. H. D'ailleurs, c'est le seul domaine dans lequel la Cour de Strasbourg qualifie explicitement l'autonomie personnelle de principe interprétatif, considérant que « *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »¹⁰. Ainsi, nonobstant l'apport de la jurisprudence Rasmussen qui, rappelons-le, consacre l'autonomie personnelle comme principe interprétatif des garanties de la Convention, le doute reste permis quant à la nature juridique de l'autonomie personnelle concernant les autres domaines dans

⁷ C.E.D.H., 9 oct. 2007, Hasan et Eylem Zengin c/Turquie, §55.

⁸ X. Souvignet, « Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet », *Jurisdoctoria* n°5, 2010, p. 54.

⁹ *Larousse*, v° « Autonomie ».

¹⁰ V. par ex. C.E.D.H. 29 avr. 2002, Pretty c/Royaume-Uni, §61 et C.E.D.H. 17 févr. 2005, K. A. et A. D. c/Belgique, §83.

lesquels elle a été utilisée. Un auteur évoque d'ailleurs, à juste titre, une diffusion mal maîtrisée par le juge européen¹¹.

5. Dès lors, nous étudierons le principe d'autonomie personnelle sur le terrain du droit au respect de la vie privée, et donc de l'article 8 de la Convention. Sans ignorer les autres domaines décrits plus avant, cette délimitation du champ d'étude présente l'avantage de la cohérence, s'agissant de l'analyse d'un principe issu d'une jurisprudence dont la lecture n'est pas toujours aisée.

6. Au nom du principe d'autonomie personnelle fondé sur le droit au respect de la vie privée, le juge européen semble consacrer le droit de « *faire ce que l'on veut de soi* ». En effet, ce principe interprétatif, règle générale¹² supposant une lecture individualiste de l'article 8 de la Convention, promeut un sujet qui se *construit* lui-même, afin de s'approprier une identité qu'il *choisit*. Il implique le « *droit de disposer de son corps* », c'est à dire le droit « *d'opérer des choix concernant son propre corps* », ceux-ci pouvant être « *d'une nature physiquement ou moralement dommageabl[e] ou dangereu[x]* »¹³. Aussi, le principe d'autonomie personnelle semble être la matrice, dans le domaine de la vie privée, de *l'invention de soi* qui se traduit par la disposition corporelle, c'est à dire l'utilisation de son corps¹⁴. Celle-ci est illustrée dans les domaines essentiels de la fin de vie, de la procréation et de la vie sexuelle.

7. Ainsi, dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, rendu en chambre de section

¹¹ V. M. Levinet, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, n°49, 2009, p. 8 et s.

¹² V. S. Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008.

¹³ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, 17 févr. 2005, §83 ; *J.C.P. G.* 2005. I. 159, n°12, obs. F. Sudre ; *D.* 2006. Pan. 1206, obs. J.-C. Galloux ; *R.T.D. civ.* 2005. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; obs. M. Levinet in F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andrianstsimbazoniva, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., n°42, p. 439 ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005. 2973

¹⁴ Les expressions disposition corporelle et disposition de son corps sont considérées comme synonymes et employées indistinctement.

le 29 avril 2002, la Cour a dû déterminer si Mme Pretty, atteinte d'une maladie incurable et souhaitant que son mari mette un terme à son existence, était titulaire, sur le fondement des articles 2 et 8 de la Conv. E. D. H., du droit « *de choisir quand et comment mourir* »¹⁵. Bien que la Cour ait rejeté sa requête, elle a jugé que « *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* »¹⁶, ce principe devant s'interpréter comme « *le droit d'opérer des choix concernant son propre corps* »¹⁷. L'arrêt Haas contre Suisse, rendu le 20 janvier 2011, vient confirmer le principe d'autonomie personnelle en matière d'euthanasie, même si celui-ci n'est pas explicitement formulé. En effet, la Cour de Strasbourg a jugé que « *le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin (...) est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention* »¹⁸.

8. Les arrêts Goodwin¹⁹ et I. contre Royaume-Uni²⁰, rendus en Grande Chambre, portaient sur le cas très particulier du transsexualisme. Or, la Cour a de nouveau considéré que « *Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »²¹. Dans un arrêt Van Kück contre Allemagne²²

¹⁵ Arrêt préc., §17.

¹⁶ Arrêt préc., §61.

¹⁷ Arrêt préc., §66.

¹⁸ C.E.D.H., 20 janv. 2011, Haas c/Suisse, §51. V. le comm. de Ch. Byk, « Suicide digne et obligation de l'Etat », *J.C.P. G.* 2011, n°5, act. 122 ; M. Bruggeman, « Droit au respect de la vie privée : l'aide au suicide ne s'impose pas aux Etats », *Dr. fam.* n°3, alerte 18 ; F. Sudre, comm. dans sa chronique sur le droit de la convention européenne des droits de l'homme, *J.C.P. G.* 2011 n°35, p. 914 ; comm. in *Dictionnaire Permanent Bioéthique et biotechnologies*, n°43, p. 870, par D. Vigneau.

¹⁹ C.E.D.H., 11 juill. 2002, Goodwin c/Royaume-Uni, *G.A.C.E.D.H.*, Thémis, n°38 ; *D.* 2002 p. 525, note C. Birsan ; *R.T.D. civ.* 2002 p. 782 note J. Hauser et p. 862 note J.-P. Marguénaud et J. Raynard.

²⁰ C.E.D.H., 11 juill. 2002, I c/Royaume-Uni, § 70, *D.* 2002 p. 525, note C. Birsan ; *R.T.D. civ.* 2002 p. 782 note J. Hauser et p. 862 note J.-P. Marguénaud et J. Raynard.

²¹ Arrêt préc., §77.

rendu peu après, le juge de Strasbourg a confirmé sa jurisprudence en ce domaine.

9. S'agissant de la vie sexuelle, c'est à l'occasion de l'arrêt *K. A. et A. D. contre Belgique*, rendu en Chambre de section le 17 février 2005²³, que la Cour E. D. H. a consacré le principe d'autonomie personnelle. Dans cette affaire relative à la pratique du sadomasochisme, la Cour a considéré que 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* »²⁴. Elle a jugé ensuite, reprenant en substance son argumentation dans l'arrêt *Pretty*, que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, 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 dommageables ou dangereuses pour la personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens d'opérer des choix concernant son propre corps* »²⁵.

10. Enfin, dans le domaine de l'avortement, la Cour E. D. H. a fait état du principe d'autonomie personnelle dans l'arrêt *Tysiac contre Pologne*, rendu en Chambre de section le 20 mars 2007²⁶. Dans cette affaire, une ressortissante polonaise se plaignait de n'avoir pu bénéficier d'un avortement thérapeutique légal. La Cour E. D. H. a conclu à la violation de l'article 8 et rappelé que « *la notion de « vie privée » est large et englobe notamment des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu comme le droit à l'autonomie personnelle* »²⁷. Dans un arrêt *A, B et C contre Irlande* rendu en Grande chambre le 16 décembre

²² C.E.D.H., *Van Kück c/Allemagne*, 12 sept. 2003, req. n°35968/97, §69.

²³ *V. supra.*

²⁴ Arrêt préc., §83.

²⁵ *Idem.*

²⁶ C.E.D.H., *Tysiac c/Pologne*, 20 mars 2007, requête n°5410/03.

²⁷ Arrêt préc., §107.

2010, le juge européen ne dément pas sa jurisprudence en la matière²⁸.

11. L'autonomie personnelle semble alors correspondre d'un point de vue fondamental à l'autonomie prise dans son sens philosophique. Rappelons qu'étymologiquement, l'autonomie est la « *condition d'une personne ou d'une collectivité autonome, c'est-à-dire qui détermine elle-même la loi à laquelle elle se soumet* »²⁹. L'étude de la genèse antique de l'autonomie révèle toutefois qu'elle est pensée, originellement, dans une acception essentiellement communautaire : l'autonomie ne s'applique qu'à un groupe d'individus. Ainsi, nous explique M. F. Bourricaud, « *Thucydide (...) parle [s'agissant de l'autonomie] d'un peuple qui se soulève pour obtenir son indépendance, et Xénophon (...) des Boétiens qui cherchaient à se rendre autonomes par rapport aux Thébains* »³⁰. Dans cette acception, la signification de l'autonomie est proche de celle d'autarcie, au sens de « *n'avoir besoin de personne* »³¹.

12. Un changement remarquable se fait jour avec l'apport de la réflexion d'Aristote, qui conçoit pour la première fois l'autonomie d'un point de vue individuel. Ce vocable « *concerne maintenant l'individu humain, et l'objet qu'il vise dans la recherche du bonheur* »³². Ainsi apparaît, pour se pérenniser, la conception *individuelle* de l'autonomie.

13. Les stoïciens enrichissent, eux aussi, le concept d'autonomie. Alors que la réflexion aristotélicienne la conçoit comme une suffisance, se traduisant par une indépendance de l'agent par rapport aux éléments qui lui sont étrangers, ceux-ci introduisent l'idée contraire. Selon les stoïciens, l'autonomie n'est pas

²⁸ C.E.D.H., A, B et C c/Irlande, 16 déc. 2010, §212. V. S. Paricard, « Le droit à l'avortement en fuite ! », *Dr. fam.* 2011 n°3, comm. 36 ; « Valeurs morales et restrictions à l'avortement », *J.C.P. G.* 2011 n°3, p. 58, zoom par M. Levinet ; comm. in *Dictionnaire Permanent Bioéthique et biotechnologies*, n°75, p. 1163, par D. Vigneau.

²⁹ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., v° « Autonomie ».

³⁰ F. Bourricaud, *Encyclopédia Universalis*, v° « autonomie ».

³¹ F. Bourricaud, *op. cit.*

³² F. Bourricaud, *op. cit.*

antinomique de la dépendance à des lois extérieures³³. Cela signifie, selon une conception moins radicale, que l'individu, ayant pris conscience de ces contraintes, choisit adéquatement son comportement. « *L'autonomie du sujet se situe au niveau du jugement, [entendu comme] la capacité de prévoir et la capacité de choisir. A partir de cette double capacité, chacun peut construire sa propre personnalité, qui constitue le dernier et le plus solide retranchement, le for intérieur. Ayant ainsi conquis la libre disposition de soi, le sujet, selon, Epictète, ne prend ses consignes et ne rend de compte qu'à lui-même. Il est donc, au sens littéral du terme, autonome* »³⁴. Selon cette théorie, l'autonomie ne s'acquiert que dans la sagesse, c'est-à-dire dans « *la distinction du Bien (la liberté du sage) et du Mal (l'esclavage des passions)* »³⁵, étant idéalement acquise lorsque l'individu est libre. Or, et cela peut paraître paradoxal, cette liberté se caractérise aussi par l'obéissance à Dieu. Mais la contradiction n'est qu'apparente. En effet, Dieu, représentant de la loi naturelle, « *ne (...) commande que ce qui est conforme à la nature et à notre nature d'homme. L'obéissance est donc à la fois la condition de [l']affranchissement et la réalisation de [la] spontanéité* »³⁶. La prise en considération de la loi naturelle ou « loi de la raison » constitue une approche inédite de l'autonomie, contrastant avec la pensée classique, qui se maintiendra dans les réflexions ultérieures.

14. Une autre étape décisive est franchie lorsque la philosophie, dans un élan de sécularisation de la pensée, délaisse toute référence à Dieu. Désormais, l'origine de la loi de la raison n'étant plus un donné religieux, il faut analyser son origine pour parvenir à faire un choix. Les philosophes se penchent ainsi sur le « *processus* » dont elle peut être issue³⁷.

15. Kant n'est pas le moins célèbre d'entre eux. S'il pense que la liberté

³³ Le terme « loi » est pris ici dans une acception générique, au sens de contrainte.

³⁴ F. Bourricaud, *op. cit.*

³⁵ F. Bourricaud, *op. cit.*

³⁶ F. Bourricaud, *op. cit.*

³⁷ Nous reprenons le terme employé par F. Bourricaud.

s'acquiert par l'obéissance à la loi, cela ne dispense pas, selon lui, de réfléchir à son sujet. Dès lors, il est nécessaire de distinguer les bonnes lois des mauvaises, seules les premières étant voulues « *par et pour des sujets libres* »³⁸. Ainsi l'autonomie, « *se donner à soi-même sa propre loi* », prend tout son sens. J.-J. Rousseau prolonge cette idée, d'une manière plus radicale : selon lui, l'individu doit s'affranchir de la loi morale, qui gouverne la volonté. En revanche, il doit obéir à la volonté générale, loi de la raison par excellence, « *qui n'est rien de plus que le Bien de chacun voulu à la fois par lui-même et par tous les autres* »³⁹. Ainsi, acquiert-il son autonomie, ou liberté moderne.

16. On comprend donc que l'autonomie n'est plus jamais conçue, depuis l'époque d'Aristote, comme une suffisance absolue. Au contraire, elle apparaît davantage comme une obéissance réfléchie à la loi, résultat d'un choix conscient entre celle qui est bonne et celle qui est mauvaise pour l'individu.

17. Ainsi, beaucoup plus proche de nous, le philosophe M. A. Renaud ne se départit pas, pour l'essentiel dans son analyse contemporaine de l'autonomie, de la pensée de ses illustres prédécesseurs⁴⁰. En effet, il pense que l'autonomie est la libre acceptation des normes et des lois : le rapport individu/norme/loi est fondé sur une réception consentie de(s) la seconde(s) par le premier. On comprend donc que pour ce philosophe contemporain, l'autonomie n'est pas non plus, loin de là, antinomique d'une dépendance à la règle. « *L'autonomie (...) s'oppose non à la dépendance (comprise comme la soumission à des règles) mais bien à l'hétéronomie* », écrit-il⁴¹. En cela, il se détache de la théorie humaniste, qui séduit par l'importance qu'elle accorde au sujet en tant que fondement de ses propres normes. « *L'homme de l'humanisme est celui qui n'entend plus recevoir ses normes et ses lois ni de la nature des choses, ni de Dieu, mais qui prétend les*

³⁸ F. Bourricaud, *op. cit.*

³⁹ J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, cité par F. Bourricaud, *op. cit.*

⁴⁰ A. Renaud, *L'individu, Réflexions sur la philosophie du sujet*, éd. Hatier, 1995.

⁴¹ A. Renaud, *op. cit.*

fonder lui-même à partir de sa raison et de sa volonté (...) L'être humain y est conçu et affirmé comme la source de ses représentations et de ses actes, comme leur fondement ou encore comme leur auteur»⁴².

18. Les travaux d'une autre philosophe contemporaine, Mme M. Marzano, viennent enrichir encore l'analyse. Elle explique que l'autonomie renvoie à deux grandes acceptions, l'une fondée sur « *la philosophie de Kant et (...) son idée normative de la dignité de la personne* », la seconde sur « *la pensée anglo-saxonne, et notamment (...) l'éloge de la liberté du philosophe libéral John Stuart Mill* »⁴³. Selon la première acception, l'autonomie s'exerce dans le fait de penser par soi-même, donc dans le fait de « *juger et décider par soi-même ce qu'[on] doit faire* », étant entendu que « *cette vocation à penser par soi-même (...) implique (...) l'« obligation » de ne pas agir sous l'empire de ses désirs et de ses penchants, ou sous l'influence de préjugés et de directives extérieures* »⁴⁴. Selon elle, deux idées essentielles guident le raisonnement Kantien. D'une part, par sa volonté libérée de toute contrainte extérieure, l'individu se donne à lui-même sa propre loi, cette loi devant être universalisable. En effet, pour Kant, la loi à laquelle l'individu choisit de se soumettre est rationnelle, c'est-à-dire qu'elle est l'expression d'une liberté « *consistant à poser et à respecter des devoirs envers les autres et envers soi-même* »⁴⁵. L'autonomie de la personne n'est donc pas, selon Kant, la liberté de faire ce que l'on veut. Il s'agit d'obéir à sa « *raison législatrice* »⁴⁶ qui, par hypothèse, respecte autrui. D'autre part, c'est en se donnant sa propre loi que l'individu exprime sa dignité. La dignité n'est donc pas, selon Kant, une valeur objective qui transcende ce dernier, et qui « *définirait ce qui est humain et ce qui ne l'est pas. La dignité [selon Kant] est celle qui appartient à un être humain à partir du moment où il justifie ses choix en*

⁴² A. Renaud, *op. cit.*

⁴³ M. Marzano, *Je consens, donc je suis... Ethique de l'autonomie*, P.U.F., 2006, p. 48 et s.

⁴⁴ M. Marzano, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁵ M. Marzano, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁶ M. Marzano, *op. cit.*, p. 53.

s'appuyant sur une norme (nomos) qu'il s'est donnée soi-même (autos) selon son jugement ou sa raison propres », explique M. Marzano⁴⁷.

19. La seconde conception de l'autonomie, fondée sur la théorie de John Stuart Mill⁴⁸, renvoie, quant à elle, à l'expression d'une « *indépendance absolue* »⁴⁹. En effet, 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* »⁵⁰. Cette liberté est fondée sur le droit de chacun à s'épanouir. Malgré les apparences, elle n'est cependant pas illimitée, car « *les hommes doivent aussi s'aider les uns les autres pour distinguer le meilleur du pire, et s'encourager à préférer l'un et à éviter l'autre. Ils ne devraient cesser de se stimuler mutuellement à exercer leurs facultés les plus nobles, et à orienter leurs sentiments et leurs desseins vers des objets de contemplation sages et non pas ridicules, édifiants et non pas dégradants* »⁵¹.

20. Ainsi, si les deux approches de l'autonomie sont fondamentalement distinctes, elles ne sont pas complètement opposées en ce que, pour Kant et Mill, l'autonomie ne consiste pas à faire ce que l'on veut. L'autonomie ne s'exprime pas par le prisme d'une liberté illimitée, au contraire. L'individu exprime son autonomie par des choix rationnels, et cette liberté réside dans ces derniers qui sont donc forcément limités, puisqu'ils impliquent le respect de soi-même et d'autrui. L'autonomie est donc, selon les deux philosophes, intimement liée à l'affirmation de sa dignité par l'individu : en niant sa dignité, ce dernier s'engage dans un processus de chosification qui, loin d'être l'expression de sa liberté et d'assurer son autonomie, en est la parfaite négation. L'autonomie doit garantir la dignité, c'est-à-dire « *le concept juridique*

⁴⁷ M. Marzano, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁸ J. S. Mill, *De la liberté* (1859), Paris, Presses Pocket, 1990, p. 39-40, cité par M. Marzano, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁹ J. S. Mill, cité par M. Marzano, *op. cit.* p. 62.

⁵⁰ J. S. Mill, cité par M. Marzano, *op. cit.* p. 63.

⁵¹ J. S. Mill, cité par M. Marzano, *op. cit.* p. 66.

qui désigne ce qu'il y a d'humain dans l'homme »⁵². La dignité est la qualité essentielle de l'être humain qui ne peut lui être ôtée.

21. Remarquons que du point de vue de l'individu, la disposition de son corps est une manière de garantir la dignité *telle qu'il la perçoit*. Pour subtile qu'elle soit, la distinction est fondamentale, car alors *il s'agit d'une conception subjective de la dignité*. Ainsi, la jurisprudence européenne relative à l'autonomie personnelle constitue essentiellement, au-delà des questions de droit posées à la Cour E. D. H., des illustrations de la revendication de leur *propre dignité* par les requérants. Dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, la requérante souhaitait décider du moment de sa mort afin d'éviter de succomber à d'atroces souffrances, et donc échapper, selon elle, à son indignité⁵³, de la même manière que, dans l'arrêt *Haas*, le requérant arguait de ce que son suicide grâce à un produit létal lui permettrait de mourir dignement⁵⁴.

22. Dans les arrêts *Goodwin et I. contre Royaume-Uni*, les requérants transsexuels arguaient de ce que le refus par l'Etat anglais d'accéder à leur demande de changement de sexe à l'état civil constituait une violation de leur droit au respect de leur vie privée les plaçant « *dans une situation anormale [leur] inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété* », ce qui, finalement, constituait une transgression de leur dignité⁵⁵. On peut également estimer que les pratiques sexuelles de MM. K. A. et A. D., fussent-elles sadomasochistes, participaient, selon eux, de la manifestation de leur

⁵² B. Edelman, cité par M. L. Pavia et Th. Revet, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 7.

⁵³ C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, arrêt préc., §8.

⁵⁴ C.E.D.H., *Haas c/Suisse*, arrêt préc., §7, spéc. §33.

⁵⁵ C.E.D.H., *Goodwin c/Royaume-Uni*, arrêt préc., §78.

dignité⁵⁶.

23. Dès lors, l'autonomie personnelle s'oppose-t-elle à la dignité, en permettant à l'individu d'agir comme bon lui semble sur son corps, quitte à l'instrumentaliser, ou en assure-t-elle le respect?

24. Une telle interrogation est d'autant plus pertinente au regard du leitmotiv du juge de Strasbourg, selon lequel « *La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention* »⁵⁷. Au demeurant, un tel affichage n'a rien de surprenant s'agissant d'une juridiction internationale créée après les horreurs perpétrées lors de la seconde guerre mondiale, afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux consacrés dans la Conv. E. D. H⁵⁸.

25. D'ailleurs, celle-ci constitue un texte parmi d'autres, révélateur de la prise de conscience de la part de la communauté internationale, après le second conflit mondial, de la nécessité de sauvegarder la valeur fondamentale qu'est la dignité de la personne humaine. Elle a été consacrée dans nombre de textes internationaux et européens : le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, la Convention des Nations Unies contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. Plus récemment, la dignité de la personne humaine a été inscrite dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de

⁵⁶ V. sur ce point D. De Béchillon, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Juger l'administration, administrer la justice ; Mélanges offerts au Président Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2006.

⁵⁷ V. par ex. C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, arrêt préc., §65.

⁵⁸ La Conv. E. D. H. a été créée et adoptée le 4 novembre 1950 par le Conseil de l'Europe. Elle a pour objet le respect, à l'échelle européenne, des droits de l'homme. Pour permettre le contrôle du respect effectif de ces droits, celle-ci a institué la Cour E. D. H., qui veille au respect de la Convention par les états signataires.

l'Europe signée le 4 avril 1997 à Oviedo⁵⁹ ainsi que dans la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'U. N. E. S. C. O. adoptée le 11 novembre 1997. Plus proche de nous, la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne ratifiée par la France en 2007 énonce symboliquement, à l'article 1 de son premier chapitre, le principe de dignité humaine.

26. De la même manière, les Etats membres du Conseil de l'Europe placés sous la juridiction de la Cour E. D. H. consacrent le principe de respect de la dignité humaine. Ainsi, en droit interne, il est inscrit à l'article 16 du Code civil. Le Code de la santé publique le consacre également à l'article 1110-2 : « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* », ainsi que le Code pénal qui prévoit explicitement dans son index alphabétique les « *Atteintes à la dignité de la personne* » que constituent par exemple l'infraction de discrimination⁶⁰, ou encore celle de proxénétisme⁶¹. Surtout, sa valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans une célèbre décision du 27 juillet 1994⁶² relative aux premières lois de bioéthique⁶³.

27. En revanche, le principe d'autonomie personnelle est absent du droit français. Néanmoins, la notion d'autonomie y figure depuis longtemps sous la forme de « l'autonomie de la volonté ». Principe du droit des contrats, elle renvoie à une théorie selon laquelle « *la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi* », d'où découle « *l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation contractée (...) et celle de*

⁵⁹ Remarquons que la Convention d'Oviedo a été ratifiée par la France le 13 décembre 2011, pour une entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012. V. *J.C.P. G.* n°1, 9 janv. 2012, aperçu par J.-R. Binet.

⁶⁰ Art. 225 et s. du C.P.

⁶¹ Art. 225-5 et s. du C.P.

⁶² Cons. const. 27 juill. 1994, *D.* 1995. 237, note B. Mathieu.

⁶³ Loi n° 94-643 du 29 juill. 1994, *J.O.* 30 juill. 1994, v. par ex. numéro spécial bioéthique, *L.P.A.*, 14 déc. 1994.

l'interprétation du contrat »⁶⁴. Cependant, le corps humain ne peut jamais constituer l'objet du contrat ; l'autonomie considérée ne porte que sur ce qui peut entrer dans le commerce juridique.

28. Plus récemment, on observe que l'autonomie est devenue très à la mode dans le discours juridique français. Ainsi, elle est particulièrement prisée depuis quelques années du droit de la famille, du droit des incapacités, ou encore du droit médical, de manière plus ou moins explicite. Ainsi, s'agissant des majeurs protégés, l'article 415 du Code civil, issu de la loi du 5 mars 2007, prévoit dans son alinéa 3 que la protection de la personne protégée « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci »⁶⁵. Quant au Code de la santé publique, il consacre à l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 le principe du respect de la volonté du malade par le médecin, quand bien même celui-ci aurait pour conséquence de mettre un terme prématuré à l'existence de ce dernier (article L. 1111-10 du même Code).

29. Doit-on y voir un simple effet de mode ou une réelle progression, en droit, de l'autonomie individuelle ? L'essor de l'autonomie en droit français est-elle révélatrice d'un recentrage de plus en plus marqué de la règle de droit sur les exigences de l'individu ? Quel lien est-il alors de possible de faire avec le principe d'autonomie personnelle dégagé par la Cour E. D. H. ?

30. Le questionnement est d'autant plus décisif que le droit français n'ignore pas non plus la disposition corporelle, même si cette dernière connaît une existence juridique curieuse. En effet, la disposition corporelle n'est reconnue qu'en tant qu'antonyme du principe prétorien d'indisponibilité du corps humain. Plus précisément, il s'agit d'une exception à ce dernier. Ainsi, si l'indisponibilité du corps humain est définie comme l'interdiction de faire entrer ce dernier dans le commerce juridique, et donc d'en faire l'objet de

⁶⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., v° « Autonomie ».

⁶⁵ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007, J.O. 7 mars 2007.

transactions – on ne peut vendre ou louer tout ou partie de son corps -, la disposition corporelle « veut dire utiliser son corps, s'en servir comme on l'entend »⁶⁶, mais dans un certain cadre légal : ainsi, la disposition corporelle ne peut jamais être effectuée à titre onéreux et doit toujours poursuivre un intérêt médical.

31. Il ne faut cependant pas se méprendre. Malgré les apparences, le droit français autorise l'individu à disposer de son corps. La doctrine l'a souligné à maintes reprises : les progrès scientifiques permettent aujourd'hui d'« utiliser » son corps à dessein de donner un organe à autrui, de concevoir un enfant, de mettre un terme à une grossesse, ou encore de changer de sexe⁶⁷. En sus des textes épars légalisant ces pratiques, les lois de bioéthique du 29 juillet 1994, modifiées par celle du 6 août 2004⁶⁸, puis, de manière très récente, par une loi du 7 juillet 2011⁶⁹, constituent un arsenal juridique consacrant à la fois juridiquement et symboliquement une certaine instrumentalisation médicale et scientifique du corps humain.

32. Il est néanmoins troublant de constater qu'*a priori* la disposition corporelle en droit français s'écarte conceptuellement de la disposition corporelle en

⁶⁶ S. Prieur, *La disposition de son corps par l'individu*, thèse Dijon, Coll. Les Etudes Hospitalières, 1999, p. 11.

⁶⁷ V. par ex. I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse 1994, Presses Universitaires de Bordeaux ; X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 494 et s. ; S. Henette-Vauchez, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'harmattan, 2004 ; J. Khalil, *Le corps humain à disposition*, thèse Toulouse, 2008.

⁶⁸ Loi n°2004-800 du 6 août 2004, J.O. 7 août 2004, v. Numéro spécial Bioéthique, *L.P.A.* 18 févr. 2005 ; Binet, *Dr. fam.* 2004. Etudes 22, 26 et 28 ; Dossier *R.D.S.S.* 2005. 183.

⁶⁹ Loi n°2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, J.O. 8 juill. 2011. Pour des commentaires, v. D. Vigneau, « La nouvelle loi de bioéthique », Editions législatives, bulletin spécial, n°218-1, Dalloz, sept. 2011 ; A. Cheynet de Beaupré, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, p. 2217 ; *J.C.P. G.* 2011, 844, aperçu rapide par Ch. Byk ; J.-R. Binet, *J.C.P. G.* 2011, act. 846, aperçu rapide ; *La réforme de la loi bioéthique : commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, LexisNexis, 2012. V. également D. Vigneau, « Les dispositions de la loi « bioéthique » du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, p. 2224.

droit européen, qui protège explicitement une utilisation de son corps dangereuse pour soi en dehors de tout objectif médical. Ainsi, la disposition corporelle en tant que manifestation du principe d'autonomie personnelle serait davantage libérale et s'opposerait à la conception restrictive du droit français. Dès lors, ce sont deux conceptions du corps humain qui s'opposent par le prisme de ces deux conceptions de la disposition corporelle : celle du droit continental à laquelle est attachée le droit français, selon laquelle l'individu doit être protégé contre lui-même « *[ce qui] conduit à rendre insupportable la disposition ou la disparition d'un membre de la société, [et] il doit être possible de surmonter le choix individuel et de protéger l'individu malgré lui* »⁷⁰, et celle du droit anglo-saxon, davantage centrée sur l'individu, pour laquelle « *L'individu [est] la valeur première et [on] lui reconnaît intrinsèquement la faculté d'exercer ses libertés comme bon lui semble et quand il le juge opportun, quitte à se mettre en danger* »⁷¹.

33. Quelle pourrait alors être l'influence de la jurisprudence relative à l'autonomie personnelle en droit français et donc, par contrecoup, sur la disposition corporelle en droit interne? Une telle interrogation est tout à fait judiciaire, pour deux raisons essentielles. D'abord, la France est placée sous la juridiction de la Cour de Strasbourg. Or, l'homogénéité de la protection des droits fondamentaux en Europe implique que tous les pays membres du Conseil de l'Europe, même ceux non condamnés, appliquent la jurisprudence européenne. Ensuite, le droit français, malgré une limitation traditionnelle des possibilités d'instrumentaliser le corps humain, se dirige progressivement vers une libéralisation en la matière. La nouvelle loi de bioéthique récemment adoptée en constitue une illustration. En effet, si le principe d'interdiction demeure s'agissant de la recherche sur les embryons humains et les cellules

⁷⁰ D. Roman, « « A corps défendant », la protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, n°19, p. 1284.

⁷¹ D. Roman, préc.

souches embryonnaires⁷², le Sénat était favorable à son autorisation⁷³. On sait également que de nombreuses dérogations, maintenues par la nouvelle loi, permettent en réalité de déroger au principe⁷⁴. De la même manière, les conditions du bénéfice du diagnostic préimplantatoire ont été élargies⁷⁵. Enfin, n'oublions pas que l'implantation *post mortem* des embryons, si elle a finalement été abandonnée, était tout à fait concevable pour le Sénat, ainsi que l'élargissement du bénéfice de la procréation médicalement assistée (ci-après P. M. A.) aux couples de femmes homosexuelles⁷⁶. Au total, malgré l'encadrement prévu par les textes ou le maintien de certaines interdictions, un pas supplémentaire a été franchi dans la libéralisation de l'accès au corps humain... avant le prochain. En effet, l'élection récente du nouveau Président de la République, M. F. Hollande, augure d'une progression supplémentaire dans ce domaine à plus ou moins long terme : celui-ci promet d'ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, ainsi que de permettre à toutes les femmes, « *sans condition de situation de couple ou d'infertilité* », d'avoir accès à la P. M. A., en restant toutefois défavorable à l'autorisation de la gestation pour autrui⁷⁷. Il projette également de simplifier les règles applicables aux dons d'embryons⁷⁸ et d'autoriser la recherche sur les cellules souches embryonnaires. En outre, il souhaite élargir les conditions légales de

⁷² Art. L. 2151-5 du C.S.P.

⁷³ Anc. art. 23 du projet de loi.

⁷⁴ Art. L. 2151-5 du C.S.P., alinéa 2 et s.

⁷⁵ Art. L. 2131-1 du C. S. P.

⁷⁶ Respectivement ancien art. 20 *bis* et 20 du projet de loi.

⁷⁷ G. Bon-Maury et D. Quinqueton, *Les 17 questions d'HES [Homosexualités et Socialisme], Les réponses de François Hollande*, nov. 2011, p. 10 et s. Remarquons toutefois, s'agissant de la gestation pour autrui, que le Président de la République projette d'autoriser la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance d'enfants nés de cette pratique légale à l'étranger.

⁷⁸ Il s'agit notamment d'autoriser les inséminations de gamètes et les transferts d'embryons *post mortem* « *dans les cas où le décès du partenaire a interrompu un projet parental en cours* », in *Redresser la France, retrouver la justice, rassembler les Français, L'intégrale des propositions des socialistes pour changer la France*, avril 2011, pp. 72-73.

l'aide à mourir⁷⁹. Certes, si l'expérience a montré que les promesses présidentielles ne font pas les lois, on ne peut cependant raisonnablement douter d'un statut *quo*, à l'heure où la compétitivité scientifique de la France est en jeu sur le plan international, et que la chimère de l'égalité *parfaite* entre tous les citoyens devient une obligation de résultat pour le politique. « [I]l s'agit d'adapter le droit aux faits ; c'est à dire aux découvertes ou aux besoins des scientifiques, aux réalités du marché, ainsi qu'aux revendications individuelles toujours plus nombreuses dans notre société », souligne avec raison M. D. Vigneau⁸⁰.

34. En prenant comme référence de base de notre étude le droit européen et plus précisément la jurisprudence de la Cour E. D. H., nous nous proposons alors d'étudier l'influence possible du principe d'autonomie personnelle en droit français dans les domaines dans lesquels il a été consacré : la fin de vie, la maîtrise de la procréation, la vie sexuelle. Nous l'avons souligné *supra*, une telle démarche trouve toute sa pertinence dans la réflexion actuelle sur le statut du corps humain qui se situe à la croisée de considérations philosophiques, religieuses, éthiques, juridiques évidemment, ainsi que politiques.

35. Précisons également que si le statut de l'enfant *in utero* sera incidemment abordé au cours de nos développements, il ne s'agira pas d'étudier dans le détail le statut de l'embryon, et en particulier la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Ainsi, le diagnostic préimplantatoire sera exclu de notre démarche, car il relève avant tout de la recherche sur

⁷⁹ Selon le projet socialiste préc., il s'agirait de permettre à toute personne majeure de « bénéficier d'une assistance médicalisée pour mourir dans la dignité » en cas d' « affection grave et incurable [en phase avancée ou terminale] infligeant une souffrance physique ou psychique qui ne peut être apaisée et qu'elle juge insupportable ». V. projet préc., p. 73.

⁸⁰ D. Vigneau, « La révision des lois de bioéthique », in *Les enjeux éthiques de l'actualité juridique : actes du XXIIIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, dir. J.-B. d'Onorio, éd. Pierre Téqui, 2011, p. 97.

l'embryon, la maîtrise de la procréation étant un objectif secondaire, ce qui peut être déduit, d'une part, de l'article L. 2131-1 du Code de la santé publique, prévoyant que « *Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales (...) ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité* », d'autre part de l'article L. 2131-4 du même Code, alinéas 1 et 6, énonçant qu' « *On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules souches prélevées sur l'embryon in vitro* » et que « *Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher [une] affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter* ».

36. De même, le domaine des incapacités ne fera pas l'objet d'une étude particulière. Si, au premier abord, ce choix semble peu judicieux au regard du thème de recherche qui nous occupe, il est justifié par l'angle sous lequel l'autonomie sera étudiée. En effet, au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'autonomie personnelle se manifeste comme l'exercice d'un choix ponctuel relativement à son corps – se suicider, changer de sexe, avorter, entretenir des relations sexuelles sadomasochistes -, et non comme l'exception à l' « *Inaptitude juridique qui, dans les cas déterminés par la loi (...) empêche une personne d'acquiescer ou d'exercer valablement un droit* »⁸¹. Au total, l'autonomie, dans le domaine des incapacités – qu'il s'agisse du mineur non émancipé⁸² ou du majeur protégé - renvoie, schématiquement, aux actes que la personne sous protection juridique peut accomplir sans être contrôlée, assistée, représentée ou autorisée par une tierce personne. Elle constitue donc ce que nous pouvons appeler « une problématique générale de vie », alors que l'autonomie personnelle, au regard de ce qui vient d'être écrit, constitue une « problématique particulière de vie ». Malgré les apparences, les deux approches sont donc bien distinctes et l'étude du droit des incapacités aurait

⁸¹ G. Cornu, *op. cit.*, v° « Incapacité ».

⁸² Par l'émancipation, le mineur devient « *capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* ». Cependant, il doit obtenir les autorisations nécessaires « *pour se marier et se donner en adoption, [comme] s'il n'était point émancipé* » (art. 413-6 C.civ.).

dilué notre démonstration, ce qui justifie son exclusion. Néanmoins, celle-ci n'interdira pas d'apporter, au cours de nos développements, certaines précisions concernant les incapables.

37. Il conviendra ainsi, dans un premier temps, d'analyser le principe d'autonomie personnelle. Rappelons-le, celui-ci est inédit en droit européen, la Cour de Strasbourg l'ayant déduit de l'article 8 de la Convention de manière tout à fait prétorienne. Notre démarche consistera alors à déterminer, au-delà de l'affichage terminologique que constitue le principe d'autonomie personnelle, sa signification, ainsi que ses fondements. En somme, nous appliquons une sorte de principe de précaution : face à cet inconnu jurisprudentiel qu'est le principe d'autonomie personnelle, il convient d'être curieux. D'ailleurs, au-delà de la conception absolutiste de la disposition corporelle qu'il véhicule *a priori*, le principe d'autonomie personnelle est peut-être le révélateur contemporain du recul du droit traditionnel protecteur de l'individu, dit « paternaliste ». Or, on l'a vu, cette idée de protection de l'individu contre lui-même anime traditionnellement le droit français, dans la mouvance du droit continental au contraire du droit anglo-saxon, plus libéral. Le principe d'autonomie personnelle constitue peut être alors une manifestation de l'infiltration du droit européen par la pensée juridique anglo saxonne, dont le juge européen serait le promoteur efficacement positionné. Il est d'autant plus légitime de le penser que le principe d'autonomie personnelle a fait son apparition il y a quelques décennies déjà en droit américain. Ainsi, le principe étudié semble être, finalement, la simple transposition, en droit européen, de la jurisprudence adoptée par les Cours suprêmes américaines, particulièrement la Cour suprême du Canada et la Cour suprême des Etats-Unis⁸³. Le juge européen semble donc avoir

⁸³ V. par ex., s'agissant de la Cour suprême du Canada, l'arrêt Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519 (voir le site internet de la Cour

« emprunté » le principe d'autonomie personnelle aux juges canadien et américain. Par là même, si le principe est inédit en droit européen, il est *affirmé*, et non pas *créé*, par la Cour E. D. H. C'est pourquoi nous avons choisi d'intituler notre **première partie**, qui a pour objet l'analyse du principe d'autonomie personnelle, **l'affirmation du principe d'autonomie personnelle**.

38. Dans un second temps, il conviendra, d'un point de vue prospectif, d'étudier les virtualités de ce principe, à la fois en droit européen des droits de l'homme et en droit français, dans le domaine du corps humain. Quelles pourraient être les conséquences, en droit interne, d'une telle reconnaissance ? Cette question est d'autant plus cruciale que le droit contemporain se situe à un tournant de la façon dont il faut considérer le corps humain face aux progrès scientifiques, nous l'avons souligné *supra*. Doit-on tout permettre sur le premier au nom des seconds ? En droit français, les lois bioéthiques ont, semble-t-il, enclenché un processus d'accession au corps aux virtualités peu déterminables⁸⁴. Or, leur révision récente accentue une nouvelle fois l'instrumentalisation du corps humain, sous couvert des intérêts scientifiques et médicaux. Le principe d'autonomie personnelle introduit en droit français en y développant pleinement ses virtualités pourrait constituer un facteur redoutable de libéralisation supplémentaire en la matière. Néanmoins, l'analyse révélera que le droit interne est hostile à une réception achevée du principe. De plus, du point de vue du droit européen, le principe porte en germe sa propre finitude, étant fondé sur une dignité subjective qui vide de sa substance l'ordonnancement des droits de l'homme. Ainsi, malgré ses

suprême du Canada : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1993/1993rcs3-519/1993rcs3-519.html>) et v. s'agissant de la Cour suprême des Etats-Unis, l'arrêt *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) (voir, de même, le site internet de la Cour suprême des Etats-

Unis : http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0381_0479_ZO.html).
⁸⁴ V. D. Vigneau, préc.

virtualités probables, le principe d'autonomie personnelle est ontologiquement porteur de ses propres limites, ce qui sera étudié dans la seconde partie.

PREMIERE PARTIE :
L’AFFIRMATION DU PRINCIPE D’AUTONOMIE
PERSONNELLE

39. Si l'analyse de la jurisprudence européenne montre que l'autonomie personnelle constitue un principe interprétatif inédit de l'article 8 de la Conv. E. D. H., il est, au demeurant, directement issu de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et plus largement du droit nord-américain. Tout se passe donc comme si la Cour E. D. H. avait emprunté le principe d'autonomie personnelle à ce système juridique afin de l'intégrer *directement* au droit européen, dans la mouvance de sa traditionnelle interprétation créatrice. Malgré l'apparence d'une énième création prétorienne du juge de Strasbourg, **le principe d'autonomie personnelle constitue alors une révélation, et non une création, en droit européen (Chapitre 1).**

40. Au-delà de la curiosité juridique que suscite cet emprunt outre atlantique, le principe d'autonomie personnelle présente un intérêt théorique certain. En effet, il fonde, nous l'avons expliqué, une conception de la disposition corporelle plus libérale que celle classiquement adoptée en droit interne, illustrant **une discordance conceptuelle entre le principe d'autonomie personnelle et la disposition corporelle en droit français (Chapitre 2).**

CHAPITRE I : LA REVELATION DU PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE EN DROIT EUROPEEN

41. La nouveauté du principe d'autonomie personnelle impose une curiosité juridique. En effet, au-delà de l'affichage terminologique qu'il constitue, son intégration au droit européen des droits de l'homme traduit la volonté, de la part du juge de Strasbourg, de modifier le contenu du droit au respect de la vie privée dans le domaine du corps humain. Ainsi, l'étude des tenants et aboutissants du principe d'autonomie personnelle s'impose, afin de jauger les modifications probables qui l'accompagneront en droit européen et en droit français. Si celles-ci seront étudiées *infra*, il convient dans un premier temps de procéder à l'analyse fondamentale du principe. **Ainsi, nous étudierons d'une part la genèse du principe d'autonomie personnelle (Section 1), et d'autre part sa signification, en droit européen (Section 2).**

Section 1 : La genèse du principe d'autonomie personnelle en droit européen

42. L'étude révèle une genèse complexe, puisque le principe d'autonomie personnelle est justifié par deux fondements, l'un manifeste et l'autre occulte. Le premier correspond au droit au respect de la vie privée (§1), le second au déclin de l'influence religieuse en droit européen (§2).

§1 : Le droit au respect de la vie privée, fondement manifeste du principe d'autonomie personnelle

43. Selon la Cour E. D. H., le principe d'autonomie personnelle est fondé sur le droit au respect de la vie privée (A). Or, ce dernier est originellement restrictif et ne semble pas permettre une telle digression. Cela explique pourquoi dans l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni, révélant le principe d'autonomie personnelle, elle se réfère explicitement à la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada comme explication à la création de ce principe. Comme par un effet de vases communicants, le principe d'autonomie personnelle semble alors passer d'un système juridique à un autre. Un tel constat n'étonne pas vraiment puisqu'il est patent que la Cour E. D. H. trouve une source d'inspiration dans le droit nord-américain, et notamment dans la jurisprudence des Cours Suprêmes nord américaines. On peut ainsi affirmer qu'elle « emprunte » le principe d'autonomie personnelle aux Cours Suprêmes du Canada et des Etats-Unis (B).

A- Le droit au respect de la vie privée au sens du droit européen

44. Est-il nécessaire de le préciser, c'est l'article 8 de la Conv. E. D. H. qui consacre le droit au respect de la vie privée, énonçant que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 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, 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* ». C'est l'un des droits charnière protégé par la Convention, car il est étroitement lié à la personne.

45. De manière tout à fait logique, cet article est donc au fondement du principe d'autonomie personnelle. La Cour E. D. H. l'a révélé au fil d'une jurisprudence relative à des domaines essentiels de la vie que sont la mort, la vie sexuelle, et la procréation.

46. S'agissant d'abord du domaine de la mort, il est illustré par le célèbre arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* rendu en Chambre de section le 29 avril 2002⁸⁵. Dans cette affaire, la Cour a dû déterminer si Mme *Pretty*, atteinte d'une maladie incurable et souhaitant que son mari mette un terme à son existence, était titulaire, sur le fondement des articles 2 et 8 de la Conv. E. D. H., du

⁸⁵ C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni* 29 avr. 2002, V. C. Girault, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *J.C.P. G.* n° 15, 9 avr. 2003, II 10062 ; J. Hauser, « Euthanasie : le droit au néant et l'Europe », *R.T.D. civ.* 2002, p. 482 ; N. Deffains, obs. ss. C.E.D.H., 4e sect., 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, *Europe* 2002, comm. 305 ; A. Garay, « Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le « précédent » de la dramatique affaire *Pretty* », *Gaz. pal.* 2002, 2, doct. p. 1244 ; F. Massias, « A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, arrêt *Pretty* relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *Rev. Sc. Crim. et de dr. pénal comp.* 2002 n° 3 page 645 ; E. Garaud, « A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni, l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie », *Rev. pers. et fam.* 2002 n°7-8 p. 11 ; P. Malaurie, *Défrénois*, 2002, 1131 ; O. De Schutter, *R.T.D.H.*, 2003, 71.

«droit de choisir quand et comment mourir»⁸⁶. Bien que la Cour ait rejeté sa requête, considérant « qu'il n'[a] été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention emporte un droit à l'autodétermination en tant que tel », et qu'il est impossible de déduire du droit à la vie « un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique »⁸⁷, elle juge que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »⁸⁸, ce principe devant s'interpréter comme « le droit d'opérer des choix concernant son propre corps »⁸⁹.

47. Dans un arrêt Haas contre Suisse rendu le 20 janvier 2011⁹⁰, la Cour E. D. H. s'est à nouveau prononcée sur un prétendu droit à décider de sa propre mort garanti par l'article 8 de la Convention. Les faits de l'espèce se distinguaient nettement de l'affaire Pretty, puisque le requérant était un homme souffrant de troubles bipolaires et souhaitant obtenir, sans ordonnance ni expertise psychiatrique, un barbiturique létal afin de se donner la mort de manière « digne ». Confronté au refus des autorités suisses, celui-ci saisit la Cour de Strasbourg afin qu'elle juge que l'Etat suisse a une obligation positive de lui permettre de se suicider. Si la Cour E. D. H. fait directement allusion au principe d'autonomie personnelle dégagé dans l'arrêt Pretty, puisqu'elle considère qu'un individu a le droit « de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin »⁹¹, elle juge cependant qu'« eu égard à la marge d'appréciation dont disposent dans ce domaine les autorités internes [et] même à supposer que les Etats aient une obligation positive d'adopter les mesures

⁸⁶ Arrêt préc., §17.

⁸⁷ Arrêt préc., §40.

⁸⁸ Arrêt préc., §61.

⁸⁹ Arrêt préc., §66.

⁹⁰ C.E.D.H., Haas c/Suisse, 20 janv. 2011, v. le comm. de Ch. Byk, « Suicide digne et obligation de l'Etat », *J.C.P. G.* 2011, n°5, act. 122 ; M. Bruggeman, « Droit au respect de la vie privée : l'aide au suicide ne s'impose pas aux Etats », *Dr. fam.* n°3, alerte 18 ; F. Sudre, comm. dans sa chronique sur le droit de la convention européenne des droits de l'homme, *J.C.P. G.* 2011 n°35, p. 914 ; comm. in *Dictionnaire Permanent Bioéthique et biotechnologies*, n°43, p. 870, par D. Vigneau.

⁹¹ Arrêt préc., §51.

permettant de faciliter le suicide dans la dignité, les autorités suisses n'ont pas violé cette obligation »⁹². En effet, si M. Haas estimait qu'il avait intérêt à mourir dans la dignité grâce à l'ingestion de ce barbiturique, les autorités suisses avaient pu considérer, au regard d'une législation qui autorise l'euthanasie active, que celui-ci devait, au préalable, obéir à certaines conditions - notamment se soumettre à un examen psychiatrique - afin de se voir remettre ce produit. La Cour de Strasbourg avalise cet objectif de prévention des abus et refuse, nonobstant le principe d'autonomie personnelle, de consacrer un droit à mourir inconditionnel... mais n'oublions pas qu'elle affirme, dans le même temps, que l'Etat pourrait avoir une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter le suicide dans la dignité⁹³.

48. La Cour E. D. H. a également consacré le principe d'autonomie personnelle dans le domaine de la vie sexuelle. Il s'agit, d'une part, du cas des transsexuels, d'autre part du cas des relations sadomasochistes, chacun participant à la détermination des contours du principe d'autonomie personnelle. Concernant le cas des transsexuels, il est illustré par le célèbre arrêt Goodwin contre Royaume-Uni, rendu en Grande Chambre le 11 juillet 2002⁹⁴. Il concerne le cas très particulier d'un transsexuel homme-femme qui, ayant subi un traitement médical et une opération chirurgicale afin de ressembler physiquement à une femme, s'était vue refuser la modification de la mention de son sexe à l'état civil par les services administratifs du Royaume-Uni, où elle résidait. La Cour, saisie sur la question de la violation du droit au respect de la vie privée de ce transsexuel, considère de nouveau que « *Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation*

⁹² Arrêt préc., §61.

⁹³ V. le commentaire dubitatif de F. Sudre, préc.

⁹⁴ C.E.D.H., Goodwin c/Royaume-Uni, 11 juill. 2002, F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andrianstimbazoniva, A. Gouttenoire et M. Levinet, *G.A.C.E.D.H.*, n°38 ; *D.* 2002 p. 525, note C. Birsan ; *R.T.D. civ.* 2002 p. 782 note J. Hauser et p. 862 note J.-P. Marguénaud et J. Raynard.

des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »⁹⁵. Un arrêt I. contre Royaume-Uni, rendu le même jour en Grande Chambre également, livre une motivation identique⁹⁶.

49. Une quatrième décision Van Kück contre Allemagne, rendue en Chambre de section, est venue par la suite préciser davantage le champ sémantique de l'autonomie personnelle⁹⁷. Cette fois-ci, ce n'est pas la Grande-Bretagne qui était mise en cause par l'un de ses ressortissants transsexuels, mais l'Allemagne. Les faits à l'origine de l'arrêt étaient presque similaires aux précédents. En effet, était en cause le refus de l'Etat Allemand de prendre en charge les soins nécessaires à la conversion sexuelle d'un transsexuel homme-femme. En conséquence, celui-ci invoqua la violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Conv. E. D. H. La Cour considère que la violation est établie, affirmant presque sans surprise, à l'instar des arrêts précédents, que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »⁹⁸. En revanche, elle précise davantage les implications juridiques du principe, estimant que la requérante dispose d'un « droit à l'autodétermination », « la liberté pour [celle-ci] de définir son appartenance sexuelle (...) s'analysant comme un de ses éléments les plus essentiels »⁹⁹. Audacieuse motivation, qui semble faire montre du souci inébranlable du juge des droits de l'homme de garantir le bonheur des justiciables... l'« apogée » en la matière étant atteinte trois ans plus tard, à l'occasion de l'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique, rendu en Chambre de

⁹⁵ Arrêt préc., §77.

⁹⁶ C.E.D.H., I c/Royaume-Uni, 11 juill. 2002, § 70, D. 2002 p. 525, note C. Birsan ; R.T.D. civ. 2002 p. 782 note J. Hauser et p. 862 note J.-P. MARGUÉNAUD et J. RAYNARD.

⁹⁷ C.E.D.H., Van Kück c/Allemagne, 12 sept. 2003, R.T.D. civ. 2004 p. 361, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. RAYNARD.

⁹⁸ Arrêt préc., §69.

⁹⁹ Arrêt préc., §73.

section le 17 février 2005¹⁰⁰. Dans cette affaire, il était question de pratiques sexuelles inhabituelles, dites sadomasochistes, auxquelles s'étaient adonnés deux hommes et l'épouse de l'un d'eux. Poursuivis pénalement, ils invoquèrent devant la Cour E. D. H. la violation du droit au respect de la vie privée. La Cour considère que cette disposition 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* ». Elle explique ensuite, reprenant en substance son argumentation dans l'arrêt *Pretty*, que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, 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 dommageables ou dangereuses pour la personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps* »¹⁰¹. Au total, elle rejette la requête de MM. K. A. et A. D., soulignant que c'est l'absence de consentement qui justifie leur condamnation pénale. Une interprétation *a contrario* de l'arrêt permet donc d'avancer que si la victime avait consenti aux tortures, l'Etat Belge n'aurait pas dû intervenir : ces relations sexuelles extrêmement violentes auraient été épargnées de l'intervention étatique au nom de la protection du droit au respect de la vie privée.

50. Enfin, la Cour de Strasbourg fait état du principe d'autonomie personnelle dans le domaine de la procréation, plus précisément de l'avortement, dans

¹⁰⁰ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, 17 févr. 2005, *J.C.P. G.* 2005. I. 159, n°12, obs. F. Sudre ; *D.* 2006. pan. 1206, obs. J.-C. Galloux ; *R.T.D. civ.* 2005. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; obs. M. Levinet in F. Sudre et *alii*, *op.cit.*, n°42, p. 439 ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005. 2973.

¹⁰¹ Arrêt préc., §83.

l'arrêt Tysiac contre Pologne, rendu en Chambre de section le 20 mars 2007¹⁰². Dans cette affaire, une ressortissante polonaise se plaignait de la violation, par la Pologne, de son droit au respect de la vie privée ainsi que de son intégrité physique et morale. En effet, alors que sa troisième grossesse avait de fortes chances d'aggraver sa myopie préexistante au point de la rendre quasi aveugle, elle n'avait pu, confrontée à un refus des médecins, bénéficier d'un avortement thérapeutique légal. Pas plus n'avait-elle pu, en outre, contester ce refus, l'Etat polonais ignorant, en la matière, tout recours permettant d'y procéder. La Cour E. D. H. conclut à la violation de l'article 8 et rappelle, de manière presque anecdotique cette fois, que « *la notion de « vie privée » est large et englobe notamment des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu comme le droit à l'autonomie personnelle* »¹⁰³.

51. Par la suite, la Cour de Strasbourg a réitéré l'affirmation du principe d'autonomie personnelle dans le domaine de l'avortement, à l'occasion de l'arrêt A, B et C contre Irlande rendu en Grande chambre le 16 décembre 2010¹⁰⁴. Dans cette affaire, A, B et C, trois femmes résidant en Irlande, reprochaient à l'Etat irlandais de n'avoir pu bénéficier d'un avortement. Alors que A et B auraient souhaité bénéficier en Irlande d'un avortement « de bien-être », C aurait espéré être autorisée à avorter pour la seule raison admise par le droit irlandais, le risque vital que cette grossesse représentait elle. Cependant, elle ne fut pas en mesure d'y recourir, en raison de l'absence de procédures effectives et accessibles pour ce faire. Ces trois femmes se firent donc avorter en Angleterre et saisirent la Cour E. D. H. afin de faire établir, entre autres, la violation du droit au respect de la vie privée garanti par

¹⁰² C.E.D.H., Tysiac c/Pologne, 20 mars 2007, requête n°5410/03. V. un commentaire in *Dictionnaire Permanent Bioéthique et biotechnologies*, v° « Interruption de grossesse », p. 1161, par D. Vigneau.

¹⁰³ Arrêt préc., § 107.

¹⁰⁴ C.E.D.H., A, B et C c/Irlande, 16 déc. 2010, v. S. Paricard, « Le droit à l'avortement en fuite ! », *Dr. fam.* 2011 n°3, comm. 36 ; « Valeurs morales et restrictions à l'avortement », *J.C.P. G.* 2011 n°3, p. 58, zoom par M. Levinet ; comm. in *Dictionnaire Permanent Bioéthique et biotechnologies*, n°75, p. 1163, par D. Vigneau.

l'article 8. Si le juge de Strasbourg rappelle que « *la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention (...) englobe notamment le droit à l'autonomie personnelle* »¹⁰⁵, ses conclusions sont mitigées concernant les requérantes. En effet, il estime qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 concernant les requérantes qui auraient souhaité bénéficier d'un avortement « de bien-être » en Irlande, considérant que l'Etat irlandais n'avait pas excédé sa marge d'appréciation en la matière, eu égard « *aux idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie* »¹⁰⁶, étant donné également qu'il autorisait l'avortement à l'étranger. En revanche, la Cour de Strasbourg considère que la violation de l'article 8 est établie concernant la troisième requérante, « *les autorités [ayant] méconnu leur obligation positive d'assurer à l'intéressée un respect effectif de sa vie privée* », « *faute d'avoir adopté des dispositions législatives ou réglementaires instituant une procédure accessible et effective au travers de laquelle la requérante aurait pu faire établir si elle pouvait ou non avorter en Irlande* »¹⁰⁷.

52. Enfin, signalons l'arrêt S. H. et autres contre Autriche rendu en Grande chambre le 3 novembre 2011¹⁰⁸, en matière de P.M.A. Les requérants se plaignaient de la violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8, en ce que la loi autrichienne sur la procréation artificielle prohibe la fécondation *in vitro* avec don de gamètes, seule technique qui leur aurait permis de concevoir un enfant. Le juge européen refuse de constater la violation, considérant que l'Etat autrichien n'a pas excédé sa marge d'appréciation en la matière¹⁰⁹. Néanmoins, il constate que « *les Etats contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le*

¹⁰⁵ Arrêt préc., §212.

¹⁰⁶ Arrêt préc., §241.

¹⁰⁷ Arrêt préc., §266.

¹⁰⁸ C.E.D.H., S. H. et autres c/Autriche, 3 nov. 2011, requête n°57813/00. V. « Stérilisation du droit de recourir à la procréation médicalement assistée », *J.C.P. G.* n°47, 21 nov. 2011, n°1291, zoom par C. Picheral. V., *contra*, C.E.D.H., S. H. et autres c/Autriche, 1^{er} avr. 2010, *J.C.P. G.* 2010, actu. 513, obs. C. Picheral.

¹⁰⁹ Arrêt préc., §115 et 116.

don de gamètes à des fins de fécondation in vitro, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen »¹¹⁰, et prend soin de rappeler que « la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large qui englobe, entre autres (...) le droit à l'autodétermination »¹¹¹, considérant également que « le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève (...) de l'article 8 »¹¹².

53. On comprend ainsi que le droit au respect de la vie privée inscrit à l'article 8 de la Conv. E. D. H. est la source essentielle du principe d'autonomie personnelle. Il convient donc d'en dresser ses contours. L'étude présente d'autant plus d'intérêt que la Cour E. D. H., par son interprétation dynamique **(2)**, complète audacieusement son sens originel **(1)**.

1- Le sens originel du droit au respect de la vie privée

54. Dans son acception originelle, le droit au respect de la vie privée au sens de la Conv. E. D. H. est un droit défensif, un droit « d'être laissé tranquille ». Ainsi, celui-ci vise pour l'essentiel à prémunir l'individu des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. En effet, les travaux préparatoires de la Convention révèlent qu'avant sa version définitive, le texte de l'article 8 prévoyait : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile, sa correspondance* ». Celle-ci s'inspire alors de son illustre prédécesseur, la Déclaration universelle des droits de l'homme (ci-après D. U. D. H.), qui consacre peu ou prou une disposition similaire en son article 12 : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation* ».

¹¹⁰ Arrêt préc., §96.

¹¹¹ Arrêt préc., §80.

¹¹² Arrêt préc., §82.

Ainsi, « Dans l'esprit du texte de 1950, la « vie privée » couvre la sphère d'intimité de la personne et l'article 8 vise à garantir le droit qu'a toute personne de vivre à l'abri des immixtions arbitraires des pouvoirs publics », explique M. F. Sudre. Puis, reprenant l'opinion dissidente d'un juge de la Cour E. D. H., à propos de l'arrêt Marckx contre Belgique¹¹³, il révèle que « le principal, sinon le seul objet, le seul champ d'application visé par l'article 8 [est] «la protection domiciliaire de l'individu. Celui-ci et sa famille ne devraient plus être exposés au sinistre toc-toc de quatre heures du matin à la porte, (...), bref à toutes les gammes des pratiques inquisitoriales fascistes et communistes...» »¹¹⁴. Ainsi, à l'origine, le droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 est une réaction défensive, presque vitale, à la toute puissance étatique manifestée par un pouvoir exorbitant, qui a pu être observée en période de guerre. Il s'agit alors de marquer, symboliquement, la volonté d'éviter que de tels abus se reproduisent dans le futur.

55. Dans le droit fil de l'esprit de l'article 8, les organes de la Convention estiment également que le droit à l'intimité est celui de « vivre à l'abri des regards étrangers »¹¹⁵, tant de la part des autorités publiques que des particuliers. Ainsi, il implique que l'intimité des lieux où s'exerce la vie privée soit assurée, ce qui passe avant tout par le respect du domicile, lieu privilégié de cette dernière¹¹⁶. Dans la même logique, le secret des opinions doit également être sauvegardé, et l'article 8 protège le droit au respect des correspondances, qu'elles soient orales ou écrites, et même s'agissant de

¹¹³ C.E.D.H., Marckx c/Belgique, 13 juin 1979, F. Sudre et *alii*, *op. cit.*, n°42, *Clunet* 1982, p. 183, obs. P. Rolland.

¹¹⁴ 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*, dir. F. Sudre, Bruylant Bruxelles, 2005, p. 11 et s., spéc. p. 12.

¹¹⁵ Com. déc. 18 mai 1976, Islande, req. n°6825/74, Déc. et Rapp., 5, 88.

¹¹⁶ C.E.D.H., Gillow c/Royaume-Uni, 24 nov. 1986, A. 109, §55.

détenus¹¹⁷. Un autre prolongement notable concerne l'état de santé d'un individu. Ainsi, la Cour E. D. H. protège, en vertu de l'article 8, les données à caractère personnel relatives à la santé¹¹⁸.

56. Dans son office de protection efficace des droits fondamentaux, la Cour E. D. H. a fait évoluer cette première interprétation. Ainsi, conformément à une jurisprudence désormais classique, inaugurée par le célèbre arrêt Tyrer contre Belgique¹¹⁹, elle juge que la Convention « *est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle* »¹²⁰ et opère une interprétation dynamique et évolutive de ce texte. En effet, il s'agit d'adapter le texte protecteur des droits fondamentaux à l'évolution des moeurs constatée dans les pays membres du Conseil de l'Europe, afin d'éviter tout anachronisme, sans quoi la protection des droits fondamentaux ne serait pas efficace. Or, le droit au respect de la vie privée est un domaine privilégié de cette interprétation dynamique. La Cour E. D. H. en a donc fait évoluer le contenu grâce à une interprétation créatrice audacieuse.

2- L'interprétation créatrice du droit au respect de la vie privée par la Cour E. D. H.

57. Cette interprétation évolutive de l'article 8 de la Conv. E. D. H. se démarque de la précédente en ce qu'elle protège dorénavant un droit non plus essentiellement défensif, mais également actif. Ainsi, le juge européen protège, de manière généreuse, le droit à la liberté de la vie sexuelle **(a)** et le droit à la vie privée sociale **(b)**.

¹¹⁷ C.E.D.H., Silver c/Royaume-Uni, 25 mars 1983, A. 61 ; C.E.D.H., Campbell c/Royaume-Uni, 25 mars 1992, A. 223.

¹¹⁸ C.E.D.H., Z. c/Finlande, 25 févr. 1997, *J.C.P. G.*, 1998, I, 107, n°35, chron. F. Sudre; C.E.D.H. M., S. c/ Suède, 27 août 1997, *D.*, 2000, 521, note I. Laurent-Merle.

¹¹⁹ C.E.D.H., Tyrer c/Belgique, 25 avr. 1978, A. 26, §31.

¹²⁰ Arrêt préc., §31.

a- Le droit à la liberté de la vie sexuelle

58. Nous avons vu que le droit au respect de la vie privée renvoie originellement à une acception négative : il s'agit du droit « de ne pas »... or, celui-ci comporte également une acception positive, active, celle qui inclut le droit d'agir dans sa sphère d'intimité.

59. Ainsi, la Cour E. D. H. juge de manière classique que le droit au respect de la vie privée suppose « *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* »¹²¹. Cela implique, nécessairement, le droit à mener la vie sexuelle de son choix, dès lors qu'elle est librement consentie. Ainsi, l'arrêt Dudgeon contre Royaume-Uni consacre la liberté d'accomplir des actes homosexuels en privé entre adultes consentants¹²², et, d'une manière générale, elle protège, comme faisant partie intégrante de la vie privée, « *les relations homosexuelles durables* »¹²³.

60. Le droit à la vie privée sociale constitue un autre aspect actif du droit au respect de la vie privée.

b- Le droit à la vie privée sociale

61. Le droit à la vie privée sociale peut sembler une digression étonnante du droit au respect de la vie privée, puisqu'*a priori* il ne recouvre que les situations ayant trait à la sphère intime. Or, la Cour E. D. H. estime que la notion de vie privée ne renvoie pas seulement à « *un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise* » à l'abri des regards étrangers, mais qu'elle recouvre aussi « *le droit pour l'individu de nouer et de développer des*

¹²¹ Com. dr., 13 mai 1976, X c/Islande, D. et R., 5, p. 86.

¹²² C.E.D.H., Dudgeon c/Royaume-Uni, 22 oct. 1981, F. Sudre et *alii*, *op. cit.*, n°37, §30.

¹²³ Com. déc. 10 févr. 1990, B. c/ Royaume-Uni, D. et R., 64, p. 278; C.E.D.H., Mata Estevez c/ Espagne, 10 mai 2001, n°65501/00, Rec. C.E.D.H. 2001-VI.

relations avec ses semblables ». Le droit à la vie privée sociale recouvre également le « *droit au développement personnel* »¹²⁴.

62. Deux prolongements ont été déduits de cette interprétation originale : d'une part, le droit à l'identité, d'autre part, le droit à la connaissance de ses origines. S'agissant du droit à l'identité, il renvoie logiquement au droit au nom, « *compris comme un moyen d'identification personnelle et de relations avec autrui, au titre cependant de la « vie privée et familiale » et non de la « vie privée* », explique M. F. Sudre¹²⁵. S'agissant du droit à la connaissance de ses origines, il est consacré par l'arrêt Odièvre contre France, rendu le 13 février 2003¹²⁶. Second aspect du droit au développement personnel, il participe du droit à l'« *épanouissement personnel* », comme moyen d'établir les « *détails de son identité d'être humain* »¹²⁷ et représente ainsi un élément fondamental d'intégration sociale.

63. Au terme de ces développements, on aura compris que la Cour de Strasbourg procède à une interprétation de la Convention qui est loin d'être littérale, n'hésitant pas à y ajouter des éléments là où le texte n'en dit pas assez. Ainsi, au regard de ce dynamisme interprétatif, on comprend mieux qu'elle emprunte volontiers des éléments au droit outre-atlantique issu des Cours suprêmes américaines, afin d'enrichir encore le *corpus* de la Convention. Le principe d'autonomie personnelle en constitue une illustration remarquable.

¹²⁴ C.E.D.H., Mikulic c/Croatie, 7 févr. 2002, *R.T.D. civ.* 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguenaud.

¹²⁵ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 2008, p. 417, citant C.E.D.H., Burghartz c/ Autriche, 22 févr. 1994, A. 280 B, § 24, *R.T.D.H.*, 1995, 53, note P. Geogin.

¹²⁶ C.E.D.H., Odièvre c/ France, 13 févr. 2003, §44, *J.C.P. G.*, 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre; *J.C.P. G.*, 2003, I, 120, étude P. Malaurie.

¹²⁷ Arrêt préc., §29.

B- L' « emprunt » du principe d'autonomie personnelle aux Cours suprêmes du Canada et des Etats Unis

64. Rappelons-le, dans l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni, fondateur du principe d'autonomie personnelle, la Cour E. D. H. se réfère sans ambages à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada (1). D'une manière générale, la doctrine estime que la Cour E. D. H. s'inspire du *right of privacy* américain dans son interprétation contemporaine du droit au respect de la vie privée, dont le principe d'autonomie personnelle constitue alors une manifestation (2).

1- La référence explicite à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada

65. Dans l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni, la Cour E. D. H. n'accorde pas à la requérante le droit de mourir, tout en admettant qu'au nom du principe d'autonomie personnelle, elle a le droit de faire des choix concernant son propre corps, étant entendu que ceux-ci peuvent être « *d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse* » pour elle¹²⁸. Or, ce faisant, le juge européen s'inspire directement de la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada. Ainsi, même si la Cour E. D. H. n'accède pas à la demande de la requérante consistant à ce que soit reconnu, sous le prisme du droit de choisir le moment de sa mort, son autodétermination, elle admet de façon inédite que le principe d'autonomie personnelle inerve l'interprétation des garanties contenues dans l'article 8 de la Conv. E. D. H., principe directement emprunté à la décision *Rodriguez* contre Procureur general du Canada¹²⁹.

¹²⁸ C.E.D.H., *Pretty* c/Royaume-Uni, arrêt préc., §62.

¹²⁹ Déc. *Rodriguez* c/Procureur général du Canada (1994) 2 LRC 136, accessible sur le site internet des Jugements de la Cour suprême du Canada : <http://scc.lexum.org/fr/>.

66. L'emprunt est judicieux au regard de la logique interprétative de la Cour E. D. H., puisque les deux affaires se correspondent du point de vue de la similarité des faits. L'arrêt de la Cour suprême du Canada concerne le cas de Mme Rodriguez, atteinte d'une maladie « *ne pouvant être juridiquement distinguée de ce qui accable [Mme Pretty]* »¹³⁰, et dans un état de handicap similaire au sien. A l'instar de Mme Pretty, Mme Rodriguez souhaitait que son médecin l'autorise à utiliser un procédé lui permettant de mettre elle-même un terme à son existence, procédé que celui-ci aurait mis au point. Or, si, de la même manière qu'au Royaume-Uni, le droit canadien ne considère pas le suicide comme une infraction pénale, il prohibe l'aide au suicide en vertu de l'article 241 b) de son Code pénal¹³¹. Cependant, Mme Rodriguez arguait à son profit de certaines dispositions de la Charte Canadienne des droits et libertés¹³², qui prévoit en son article 7 que « *Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale* ». De plus, dans des termes presque identiques à ceux que prévoit l'article 8, alinéa 2 de la Conv. E. D. H., elle énonce que les droits et libertés qu'elle proclame « *ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique* ».

67. La Cour suprême du Canada n'accède pas à la demande de la requérante. Nonobstant, la majorité de la Cour lui reconnaît un droit à l'autonomie personnelle, fondé sur l'article 7 précité. Ainsi, l'un des juges estime que « *la*

¹³⁰ Déc. Rodriguez c/Procureur général du Canada, préc., in arrêt Pretty, préc., §19.

¹³¹ Cet article prévoit qu'est « *Coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas : conseille à une personne de se donner la mort ; aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort, que le suicide s'ensuive ou non* ».

¹³² La Charte Canadienne des droits et libertés est une déclaration des droits qui forme la première partie de la loi constitutionnelle de 1982, elle-même ajoutée à la Constitution du Canada de 1982. Son but est de protéger les droits des citoyens canadiens contre les actions, les politiques et les lois des gouvernements fédéral et provinciaux, et d'unifier les Canadiens autour d'un ensemble de valeurs qui incarnent ces droits. V. par ex. *La Charte canadienne des droits et libertés, Concepts et impacts*, Montréal, Thémis, 1985.

notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale (...) ces considérations permettent de conclure que l'interdiction prévue à l'al. 241 b) prive l'appelante de son autonomie personnelle et lui cause des douleurs physiques et une tension psychologique telles qu'elle porte atteinte à la sécurité de sa personne »¹³³. Cependant, la Cour retient *in fine* que le droit à l'autonomie personnelle cède en l'espèce devant les principes de justice fondamentale, en particulier le respect de la vie. Or, celui-ci commande que l'aide au suicide reste prohibée, afin d'éviter que des personnes vulnérables soient incitées à se donner la mort. En outre, d'un point de vue symbolique, cette interdiction signifie que le Canada accorde, en toute hypothèse, une valeur fondamentale à la préservation de la vie.

68. La Cour E. D. H., dans sa décision *Pretty*, suit peu ou prou le même raisonnement, transposant dans ses motifs certaines expressions issues de la décision de la Cour suprême du Canada. En effet, elle juge que l'affaire *Rodriguez contre Procureur général du Canada* « *soulevait des problèmes analogues [à ceux soulevés dans l'affaire *Pretty*] relativement au principe de l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »¹³⁴, et met en balance le droit de mourir au nom de son autonomie personnelle, voire de son droit à l'autodétermination, invoqué par la requérante, et les « *considérations de santé et de sécurité publiques* »¹³⁵ qui commandent de prohiber l'aide au suicide assisté en raison du risque d'abus que son autorisation pourrait générer, conduisant à la conclusion selon laquelle « *la nature générale de l'interdiction du suicide assisté n'est pas**

¹³³ Juge Sopinka, déc. *Rodriguez c/Procureur général du Canada*, cité dans l'arrêt *Pretty*, préc., §21.

¹³⁴ Arrêt préc., §66. C'est nous qui soulignons.

¹³⁵ Arrêt préc., §74.

disproportionnée »¹³⁶.

69. Ainsi, dans une affaire qui pose les mêmes questions juridiques fondamentales, la Cour E. D. H. livre une conclusion similaire à celle de la Cour suprême du Canada.

70. Cependant, pour ce qui nous intéresse, l'essentiel est ailleurs. En effet, ce qu'il faut remarquer c'est que par son « emprunt » de motifs à la décision de la Cour suprême du Canada, la Cour E. D. H. introduit, de manière inédite, le principe d'autonomie personnelle dans le système juridique européen. Or, la transposition n'est pas anecdotique. En effet, au delà de son affichage terminologique, le principe d'autonomie personnelle traduit une conception plus libérale des droits fondamentaux, qui n'est pas contenue *a priori* dans l'esprit de la Conv. E. D. H.

71. Ainsi, au-delà de l'enrichissement du droit européen par cet emprunt notionnel au droit canadien, le principe d'autonomie personnelle reflète une conception du droit au respect de la vie privée fondamentalement distincte de la conception européenne. D'abord, le droit au respect de la vie privée n'est pas inscrit en tant que tel, ni dans la Charte Canadienne des droits et libertés, ni dans la Constitution Canadienne de 1982. C'est un droit jurisprudentiel, reconnu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* rendu en 1984¹³⁷, puis confirmé dans l'arrêt *R. c. Dymment* rendu en 1988¹³⁸. Traditionnellement, ni la common law, ni le droit civil canadien ne reconnaissent un droit à la vie privée autonome. Celui-ci est fondé au départ sur l'article 8 de la Charte, qui prévoit « *Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives* ». Ce sont les arrêts *Jones*¹³⁹, puis

¹³⁶ Arrêt préc., §76.

¹³⁷ *Hunter c. Southam Inc.*, (1984) 2 R. C. S. 145, accessible également sur le site internet des Jugements de la Cour suprême du Canada, v. *supra*.

¹³⁸ *R. c. Dymment*, (1988), 2 R. C. S. 427, même remarque.

¹³⁹ *R. c. Jones*, (1986) 2 R. C. S. 284, 318. P. 197, *idem*.

Morgentaler¹⁴⁰ et Beare¹⁴¹ qui affirment de manière inédite que le droit au respect de la vie privée peut trouver un fondement dans l'article 7 de la Charte, en ce qu'il « garanti[t], d'une certaine manière, le droit à la vie privée ou à tout le moins l'autonomie personnelle », explique alors le juge Wilson, puisque « le droit à la liberté [garanti par l'article 7] éman[e] des concepts fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix de prendre des décisions intrinsèquement personnelles »¹⁴². Ainsi la jurisprudence détermine-t-elle le contenu de l'article 7, qui « inclut une notion d'autonomie personnelle qui comprend la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'Etat et l'absence de toute tension psychologique ou émotionnelle imposée par l'Etat »¹⁴³, car, selon la Cour suprême du Canada, « Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentales pour sa personne »¹⁴⁴.

72. On comprend alors que le principe d'autonomie personnelle est avant tout une notion prétorienne interprétative du droit à la sécurité, fondamentalement issue du droit à la liberté, utilisée pour définir le contenu du droit à la vie privée. Or, dans cette logique libérale, le rôle de l'Etat ne consiste pas tant à s'abstenir de s'immiscer dans la vie privée des individus qu'à intervenir pour assurer la jouissance effective des droits et libertés fondamentaux. Dès lors, d'un point de vue ontologique, l'autonomie personnelle contient une dimension active, et non pas défensive. Le raisonnement est donc en quelque sorte renversé en comparaison du droit au respect de la vie privée européen.

¹⁴⁰ R. c. Morgentaler, (1988) 1 R. C. S. 30. P. 197, *idem*.

¹⁴¹ R. c. Beare, (1988) 2 R. C. S. 386, 412. P. 197, *idem*.

¹⁴² Cité par A.-R. Nadeau, *Vie privée et droits fondamentaux : étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, thèse Ottawa, 2000, p. 198.

¹⁴³ A.-R. Nadeau, th. préc., p. 199.

¹⁴⁴ Le juge Lamer, cité par A.-R. Nadeau, th. préc., p. 201.

73. Ainsi, selon la Cour suprême du Canada, des questions mettant en jeu la liberté personnelle dans le domaine de la vie privée, telles que la contraception, l'avortement, les relations sexuelles et le moment du choix de sa mort s'analysent sous l'angle de l'autonomie personnelle.

74. Dès lors, en empruntant une telle notion, la Cour de Strasbourg procède à une relecture du droit au respect de la vie privée « continental » en droit au respect de la vie privée « américain ».

75. Ce constat est confirmé par l'égal attrait de la Cour E. D. H. pour le right of privacy américain issu de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.

2- L'influence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis

76. Contrairement à ce que nous écrivions concernant la jurisprudence de la Cour suprême canadienne, la Cour E. D. H. ne se réfère pas explicitement à celle de la Cour suprême des Etats-Unis lorsqu'elle révèle le principe d'autonomie personnelle. En réalité, la référence à cette dernière est certaine.

77. En effet, le tournant libéral adopté par la Cour de Strasbourg dans son interprétation du droit au respect de la vie privée, *permettant* la révélation du principe d'autonomie personnelle, est également inspiré de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, et plus particulièrement, ce qui n'étonnera guère, par le right of privacy américain. La doctrine semble unanime pour souligner cette tendance à la « libéralisation américaine » du droit au respect de la vie privée européen, qui apparaît en filigrane au long de ses arrêts. Ainsi, au regard de l'évolution de la jurisprudence de la Cour E. D. H. en la matière, un auteur se demande si « *Le juge européen [a] adopté le modèle américain et fait sien le « principe d'individualité » sous le pavillon duquel est inscrit*

le *Right of Privacy* »¹⁴⁵, d'autant que par la consécration du principe d'autonomie personnelle, l'arrêt *Pretty* semble confirmer cette tendance, « réalis[ant] (peut-être) la mutation de la « vie privée-intimité » en « vie privée-liberté » inspirée de la *privacy* américaine »¹⁴⁶.

78. Or, toute la légitimité de cette interrogation réside en ce qu'une telle évolution interprétative du droit au respect de la vie privée n'est pas anodine. A l'instar de ce qui a été souligné relativement à l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, elle semble marquer un véritable glissement, voire une rupture idéologique avec la conception classique du droit au respect de la vie privée européen, confirmée par la consécration du principe d'autonomie personnelle. Ainsi, la Cour E. D. H. serait définitivement passée d'une conception intimiste, défensive du droit au respect de la vie privée, à une conception libérale, active. Or, les conséquences d'une telle évolution ne sont pas innocentes : la conception libérale du droit au respect de la vie privée incite le juge européen à aller à l'encontre du paternalisme étatique en matière de protection de l'individu. Autrement dit, la promotion de la vie privée-liberté a pour corollaire un rétrécissement de l'intervention étatique par le biais d'un ordre public protecteur, voire « l'obligation positive pour l'Etat (...) de protéger le libre épanouissement personnel contre toute atteinte perpétrée par des tiers »¹⁴⁷.

79. En effet, à l'instar du droit à la sécurité canadien, le *right of privacy* américain est ontologiquement libéral, davantage centré sur le bien-être individuel que le droit européen. De plus, il n'est pas non plus consacré par les textes fondamentaux, mais a été créé par le juge, plus précisément confirmé par celui-ci après avoir été découvert par la doctrine juridique.

¹⁴⁵ F. Sudre, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. Sudre (dir.), *Le Droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 11 et s., spéc. p. 12.

¹⁴⁶ F. Sudre, op. cit., p. 18.

¹⁴⁷ F. Sudre, op. cit., p. 31.

80. Ainsi, c'est en 1890 qu'apparaît dans le paysage juridique américain le droit au respect de la vie privée, le *right of privacy*, sous la plume de deux avocats, dans leur article paru à la prestigieuse *Harvard Law Review*¹⁴⁸. Ceux-ci, prenant conscience de la nécessité de protéger l'individu contre le regard inquisiteur de la société, suggèrent aux juges d'admettre un droit inédit dans la *common law*, le *right of privacy*. Dès lors, durant la première moitié du 20^{ème} siècle, les juges américains façonnent, au fil des affaires qui leurs sont soumises, le droit au respect de la vie privée, sans toutefois qu'il soit consacré en tant que tel. C'est en 1965 que la Cour suprême y procède, dans le célèbre arrêt *Griswold v. Connecticut*¹⁴⁹, s'agissant des moyens de contraception pouvant être mis à la disposition des couples mariés dans l'Etat du Connecticut. Celle-ci le fonde sur le 4^{ème} amendement de la Constitution américaine, qui interdit les perquisitions et saisies déraisonnables, ainsi que sur le *Bill of Rights*, intégré au texte fondamental¹⁵⁰. Sa création juridique en tant que droit constitutionnel autonome est confirmée quelques années plus tard par l'arrêt *Roe v. Wade*, rendu en 1973, consacrant le droit pour la femme enceinte d'interrompre sa grossesse. Il ne fait dès lors aucun doute que le droit au respect de la vie privée est protégé comme droit individuel fondamental contre l'Etat et *a fortiori* les tiers particuliers, en ce que « *[les pères fondateurs des Etats-Unis] ont cherché à protéger les Américains dans leurs croyances, leurs pensées, leurs émotions et leur sensibilité. Ils leur ont donné contre le gouvernement le droit d'être laissé tranquille (to be let alone), droit qui subsume tous les autres et qui est le plus chéri parmi les hommes civilisés* »¹⁵¹, étant entendu qu'il ne s'agit pas tant d'un droit défensif que d'un droit à l'autonomie

¹⁴⁸ Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis, « The right of privacy », *Harvard Law Review*, vol. 4 (1890), pp. 193-220.

¹⁴⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), *Grands arrêts*, pp. 677-698. Les arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis sont également accessibles sur le site internet de la Cornell University Law School : www.law.cornell.edu.

¹⁵⁰ E. Zoller, « Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis », in F. Sudre (dir.), *op. cit.*, p. 35, spéc. p. 49.

¹⁵¹ Juge Brandeis, in *Olmstead v. United-States*, 277 US 438, 466 (1928).

individuelle, constituant, selon Mme A. Delachambre-Griffon, « *l'élément unificateur de la jurisprudence relative à la vie privée* »¹⁵².

81. En effet, si le droit au respect de la vie privée en droit fondamental américain est souvent désigné par la célèbre définition « *droit d'être laissé tranquille* », il ne s'y réduit pas, voire renvoie davantage à une dimension libérale d'autonomie individuelle. C'est à tout le moins la direction adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis, laquelle, au fil de sa jurisprudence, lie ostensiblement droit au respect de la vie privée et autonomie individuelle. Ainsi, dans l'arrêt *Thornburgh v. American college of Obstetricians and Gynecologists* rendu en 1986¹⁵³, la Cour suprême juge que « *l'Etat d[oit] s'abstenir de s'immiscer dans la vie privée des individus [ainsi que] d'imposer des jugements moraux qui menaceraient l'autonomie individuelle* » ». Par la suite, le même lien est mis en évidence dans l'affaire *Carey v. Population Services Int'l* jugée en 1977¹⁵⁴, ainsi que dans « *la décision Bowers v. Hardwick*¹⁵⁵ [rendue en 1986 dans laquelle] le juge Blackmun dans son opinion dissidente [fait] du principe d'autonomie un principe unificateur du « *right of privacy* » »¹⁵⁶.

82. Il est en effet essentiel de comprendre que l'individu est au centre des préoccupations sociales dans la société américaine. Celui-ci a une importance toute particulière au sein du groupe social, il prédomine sur ce dernier. Ainsi, l'auteur précité constate que « *la plupart des droits [américains] sont individuels* », ce qui constitue une spécificité nord-américaine. Et de souligner plus loin que « *Les textes sur lesquels le droit est fondé accordent une place importante au groupe, mais aussi et surtout à l'individu. Ainsi en est-il spécialement de la Constitution, dont le Quatorzième amendement par exemple (...) fait expressément référence à la*

¹⁵² A. Delachambre-Griffon, *La liberté de la vie privée dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, Réflexions comparatives sur les enseignements de l'expérience américaine*, Thèse Aix-en-Provence, 7 janvier 2002, p. 144.

¹⁵³ *Thornburgh v. American college of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U. S. 747 (1986).

¹⁵⁴ *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U. S. 678 (1977).

¹⁵⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986).

¹⁵⁶ A. Delachambre-Griffon, th. préc., p. 153 et s.

personne en tant qu'entité à part entière »¹⁵⁷. C'est donc en toute logique que la Cour suprême, dans son travail prétorien de définition des contours du droit au respect de la vie privée, lie explicitement ce dernier à l'autonomie individuelle, puisqu'il est « l'épicentre de la privacy »¹⁵⁸. L'individu est maître de ses choix de vie intime, dans lesquels l'Etat n'a pas à s'immiscer. Il est, selon elle, un « agent moral autonome »¹⁵⁹, fondamentalement libre, dont le corollaire évident est sa responsabilité dans la conduite de son existence. A cet égard, la remarque du juge Stevens, à l'occasion du jugement de l'affaire Thornburgh v. American college of Obstetricians and Gynecologists, est éclairante. Selon lui, la vie privée renvoie au « fait moral selon lequel la personne appartient à elle-même et non aux autres, ni à la société comme un tout »¹⁶⁰.

83. Rien donc d'étonnant à ce que le droit au respect de la vie privée américain accorde une telle place à la liberté individuelle, ni à ce que la notion d'autonomie individuelle soit omniprésente dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis relative au droit au respect de la vie privée. En effet, la notion d'autonomie rend particulièrement compte du caractère crucial du choix actif dans l'existence humaine, de la façon dont celle-ci est façonnée par celui-là. Les expressions utilisées par les juges de la Cour suprême afin de définir ses contours en constituent une illustration remarquable. Ainsi, il s'agit de la « liberté de la manière de conduire [s]a vie », le droit au respect de la

¹⁵⁷ A. Delachambre-Griffon, *op. cit.*, p. 145. Rappelons que le Quatorzième Amendement de la Constitution des Etats-Unis prévoit que « toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des Etats-Unis et de l'Etat dans lequel elle réside. Aucun Etat ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité de protection des lois ».

¹⁵⁸ A. Delachambre-Griffon, reprenant une expression de M.-T. Meulders-Klein, in « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, n°4, p. 767 et s., spéc. p. 773, in th. préc., p. 147.

¹⁵⁹ Interprétation de l'arrêt *Roe v. Wade* (410 U. S. 113, 1973) par D. P. Kommers, « Abortion and Constitution : United States and West Germany », *The American Journal of Comparative Law*, 1977, vol. 25, n°1, p. 255 et s., spéc. p. 283, cité par A. Delachambre-Griffon, th. préc., p. 149.

¹⁶⁰ A. Delachambre-Griffon, th. préc., p. 149.

vie privée consistant en un droit à « *l'auto-définition* »¹⁶¹, cette liberté étant « *intimement liée à l'autodétermination* »¹⁶².

84. La tradition juridique veut donc qu'en Amérique du nord, la liberté de l'individu dans sa vie privée est davantage au centre des préoccupations étatiques qu'elle ne l'est sur le continent européen. A la fois le droit canadien et le droit américain font une place privilégiée à ses choix de vie.

85. C'est donc avec raison que Mme Pretty invoque à l'appui de son recours la jurisprudence canadienne, espérant ainsi influencer les juges de la Cour E. D. H. On le sait, cette dernière n'a pas accédé à sa demande. Néanmoins, en consacrant le principe d'autonomie personnelle, elle modifie juridiquement et symboliquement, au regard de la matière, la conception du rôle de l'individu en droit continental, s'agissant de ses choix existentiels. Celui-ci est dorénavant considéré dans sa dimension active, et plus uniquement dans sa dimension passive, reliée à la conception traditionnelle de « *vie privée-intimité* ».

86. Par cette jurisprudence innovante, la Cour strasbourgeoise marque un rapprochement ostensible avec la conception outre-atlantique de l'individu. La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme est donc le signe de l'individualisation du droit au respect de la vie privée. Mme A. Delachambre-Griffon constate ainsi : « *Sur notre continent, il semble manifestement que la personne en tant qu'entité à part entière occupe une place de plus en plus similaire que celle qu'elle occupe aux Etats-Unis. Une primauté identique de la personne en tant qu'entité, ou « l'avènement de la personne au centre*

¹⁶¹ Juge Blackmun, arrêt *Bowers*, 487 U. S. 186 (1986), cité par A. Delachambre-Griffon, th. préc., p. 156.

¹⁶² Juge O'Connor, arrêt *Cruzan v. Director of Health Services*, 474 U. S. 327 (1990), cité par A. Delachambre-Griffon, th. préc., p.156.

du droit contemporain», apparaît ainsi clairement dans le contentieux européen » »¹⁶³.

§2 : Le fondement occulte du principe d'autonomie personnelle : le déclin de l'influence religieuse en droit européen

87. Selon nous, la consécration du principe d'autonomie personnelle est la *signification juridique*, en droit européen, de l'autonomie contemporaine de l'individu par rapport à Dieu... en d'autres termes, la *signification* de la propriété nouvellement *acquise* de l'individu sur son corps.

88. En effet, en sus de l'influence manifeste du droit nord-américain, la révélation du principe d'autonomie personnelle trouve une explication dans une cause latente, que l'on pourra trouver saugrenue au vu de notre domaine d'étude : le déclin de la religion. Celui-ci constitue un facteur indéniable d'autonomisation de l'individu, l'interdiction originelle d'être libre quant à soi trouvant sa source dans les préceptes religieux, notamment chrétiens, qui ont trouvé une traduction juridique malgré la laïcité de la règle de droit. Un tel constat se vérifie s'agissant des systèmes juridiques étatiques en Europe comme en droit européen fondamental. L'influence traditionnelle de la morale chrétienne en droit européen implique ainsi un espace de liberté dans le domaine de la vie privée réduit à la portion congrue **(A)**. Nous postulons alors que la révélation du principe d'autonomie personnelle est une manifestation, certes moins évidente, mais indéniable, de la disparition contemporaine de l'influence de la morale chrétienne en droit européen **(B)**.

¹⁶³ A. Delachambre-Griffon, th. préc. p. 160, citant également R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui (3^{ème} série)*, D. 1959, n°335, p. 5, cité par R. Nerson in « La protection de la vie privée en droit positif français », *R.I.D.C.*, 1971, n°4, p. 737 et s., spéc. p. 738.

Le juge européen semble avoir pris la mesure de l'évolution de la société qui est la nôtre, débarrassée de *la* morale contraignante, ayant abandonné le « religieux ».

A- L'influence traditionnelle de la morale chrétienne en droit européen

89. La révélation du principe d'autonomie personnelle relève d'une prise en compte par le juge d'une évolution sociale amorcée depuis un siècle environ : l'abandon progressif de règles religieuses dans notre société, qui renvoient traditionnellement à une morale juridique. L'interprète autorisé de la Conv. E. D. H. aurait donc pris la mesure de cette évolution sociale, caractéristique tangible de notre société contemporaine.

90. On pourra rétorquer, à juste titre, qu'une telle démonstration est *a priori* faussée puisque le principe est acquis que le droit n'est pas la morale. S'il est vrai que celui-là prend parfois les traits de celle-ci, ils ne se confondent pas, nous apprend-on dès nos premiers cours de droit. Il faut pourtant bien avouer que cette assertion laisse songeur. Le professeur Terré écrit d'ailleurs que « *de très nombreuses règles de droit sont (...) empruntées à la morale, ce qui peut porter à considérer que le droit n'est pas autre chose que la morale relayée et sanctionnée par le groupe social* », sans se prononcer clairement sur la distinction droit/morale¹⁶⁴. *Quid* dès lors du lien qui unit (ou semble unir) ces deux notions ? Rappelons qu'une partie de la doctrine, qui s'est penchée sur cette question finalement récurrente, nous fournit nombre de réponses. Celles-ci ne permettent pas de douter sérieusement que droit et morale sont étroitement liés. Ainsi ce constat, s'il sera rappelé pour les besoins de la démonstration, ne sera pas davantage étudié¹⁶⁵. Nous retiendrons pour l'essentiel que la démonstration

¹⁶⁴ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, p. 11.

¹⁶⁵ V. par ex. Bureau D., Drummond F. et Fenouillet D. (dir.), *Droit et morale : aspects contemporains*, Dalloz, 2011.

d'influences réciproques entre droit et morale est déjà un argument favorable à l'étude de celle-ci prise en compte par celui-là.

91. Un autre argument favorable à une telle analyse est qu'elle nous invite à dépasser ce premier stade de réflexion pour examiner la *nature* de cette morale. En effet, nous pensons que la morale qui se délite au fil du temps dans notre société contemporaine prend sa source dans la religion chrétienne. Un tel propos est finalement assez classique. La doctrine a montré les relations étroites entre la religion et le droit¹⁶⁶, auxquelles le droit européen a également succombé. Nous proposons alors de définir la morale chrétienne **(1)** avant de montrer son influence en droit européen **(2)**.

1- Définition de la morale chrétienne

92. L'expression « morale chrétienne » renvoie à deux notions étroitement liées, la morale et la religion chrétienne. Elles présentent au premier abord nombre de similitudes, presque une synonymie. Elles sont pourtant distinctes, et c'est cette distinction entre l'une - la morale - **(a)** et l'autre - la religion - **(b)** que nous nous attacherons à expliquer, avant de montrer comment la morale chrétienne influence traditionnellement le droit européen **(c)**. Au terme de ces développements, on aura en effet compris que c'est *cette* morale qui disparaît de notre société actuelle, et, par contrecoup, du champ juridique.

¹⁶⁶ V. notamment sur cette question C. Duvert, « Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu », *R.R.J.* 1996, p. 737 et s.; J. Ellul, *Le fondement théologique du droit*, 1946; « La théologie chrétienne et le droit », *Arch. Phil. Droit*, 1960; « La révélation chrétienne et le droit », *Ann. Fac. Droit Strasbourg*, t. IX, 1961; « Religion, société et politique », *Mélanges Ellul*, P.U.F., 1983.

a- Définition de la morale

93. La morale, référent essentiel de toute action humaine (α), est spécifique d'une société donnée (β).

α - La morale constitue un référent essentiel de toute action humaine

94. Déterminer ce qu'est précisément la morale n'est pas chose aisée. Précisons au préalable que le terme « morale » est issu du latin *moralis*, qui signifie « *relatif aux mœurs* ». S'agissant de sa définition, le dictionnaire Larousse énonce qu'elle constitue un « *ensemble de normes, de règles de conduite propres à une société donnée* ». Dans une version quelque peu différente, Le Grand Robert énonce que la morale est l' « *ensemble des règles de conduite considérées comme valables de façon absolue* » ou l' « *ensemble des règles de conduite découlant d'une conception de la morale* ».

95. Le philosophe M. A. Lalande explique pour sa part que la morale est l' « *ensemble des règles de conduites tenues pour inconditionnellement valables* »¹⁶⁷. Selon cette acception, la morale représente un absolu, un référent universel.

96. A la lecture de ces différentes définitions, nous comprenons que la morale est un code de conduite intégré par la société de manière plus ou moins consciente. Mais surtout, au-delà de constituer un ensemble de règles dictant une certaine conduite aux individus, la morale est un référent, une valeur qui renseigne sur ce qui est bien et ce qui est mal, et en fonction de laquelle les individus doivent ajuster leurs conduites. C'est ce que confirme M. A. Lalande, qui définit également la morale comme la « *théorie raisonnée du bien et du mal* », ce qui est moral « *concern[ant] l'étude philosophique du bien et du mal* »

¹⁶⁷ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 2006, pp. 653 et 655.

¹⁶⁸. De même, le Larousse expose que la morale est la « *théorie du bien et du mal, fixant par des énoncés normatifs les fins de l'action humaine* ».

97. La morale serait donc caractérisée par deux éléments, qui tous deux la fondent : d'abord, elle se présente comme un ensemble de règles de conduite auxquelles obéissent les volontés individuelles *parce qu'elle l'ont intégrée*. Ensuite, elle est un référent pour toute action humaine, renseignant en quelque sorte les individus sur ce qu'il faut faire ou ne pas faire en fonction de la valeur, bonne ou mauvaise, de l'action entreprise. La morale est donc affaire de chacun dans sa vie quotidienne, elle constitue « *le système des règles que l'homme suit (ou doit suivre) dans sa vie aussi bien personnelle que sociale* », écrit M. E. Weil. « *[V]us ainsi, le problème moral et les problèmes de la morale constituent le centre de toute réflexion, puisque toute entreprise humaine, pour désintéressée qu'elle se croie, est soumise à la question de savoir si elle est justifiée ou non, nécessaire, admissible ou répréhensible, en accord avec les valeurs reconnues ou en contradiction avec elles, c'est-à-dire si elle aide à la réalisation de ce qui est considéré comme souhaitable, à la prévention ou à l'élimination de ce qui est jugé mauvais* »¹⁶⁹. La morale présente donc cette caractéristique d'être à la fois une règle de référence et un vécu : chacun, en fonction de sa conscience personnelle, choisira d'agir en fonction de ce qu'il pense être bon ou mauvais. Ce second point retiendra notre attention dans les lignes qui suivent, car il relie la morale à une notion très voisine : l'éthique. Afin de lever toute ambiguïté, il nous faut mener, de nouveau, un indispensable travail de définition.

98. L'éthique, si elle semble avoir la même signification, n'est pas la morale. Pourtant, dans une première approche, les définitions nous orientent vers cet *a priori*. Ainsi, le Larousse nous enseigne que l'éthique, qui est issu du grec *êthikos* signifiant moral, « *est une partie de la philosophie qui étudie les fondements*

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 655.

¹⁶⁹ E. Weil, *Encyclopaedia Universalis*, v° « Morale ».

de la morale », ou « un ensemble de règles de conduite ». M. Lalande accentue la confusion lorsque nous nous reportons aux définitions qu'il propose. En effet, il définit l'éthique comme la « science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du bien et du mal », soulignant qu' « historiquement, le mot éthique a été appliqué à la morale sous toutes ses formes, soit comme science, soit comme art de diriger la conduite »¹⁷⁰. Comment, dès lors, différencier ces deux définitions ? Elles renvoient en effet à des champs sémantiques presque identiques. La similitude n'est toutefois qu'apparente, et c'est ce qui nous guide vers le choix de « la morale » dans le cadre de notre étude.

99. En effet, la morale se différencie de l'éthique en ce qu'elle est *normative*. La morale, nous l'avons expliqué, représente un ensemble de règles de conduite. L'éthique, elle, constitue une *science de la critique* de l'action, en fonction de sa valeur. « Elle prend pour objet immédiat les jugements d'appréciation sur les actes qualifiés bons ou mauvais », précise M. A. Lalande¹⁷¹. La morale, quant à elle, se compose d'un ensemble de règles, un code de conduite, auquel il *faut* se référer. M. E. Durkheim considère d'ailleurs que la discipline en constitue le premier élément, « en tant que capacité de réfréner ses impulsions égoïstes et d'accomplir son devoir moral »¹⁷².

100. La morale est donc un référent essentiel à l'activité humaine, elle est une règle qui *doit* être suivie afin d'accomplir son devoir, règle qui est propre à chaque société.

¹⁷⁰ A. Lalande, *op. cit.*, p. 305.

¹⁷¹ A. Lalande, *op. cit.*, p. 306.

¹⁷² E. Durkheim, *L'éducation morale*, Paris, Alcan, 1925.

101. M. E. Weil observe que « [l]es règles [morales] ne sont pas les mêmes pour différents individus, époques, civilisations, société »¹⁷³. La morale, loin d'être absolue, est au contraire très relative, alors que l'on pourrait penser, *a priori*, qu'elle est universelle.

102. Au contraire, la morale apparaît comme une donnée sociale, en ce sens que, si elle représente un guide de référence pour les actions humaines, elle n'existe qu'au travers d'elles. Plus précisément, la morale est un fait social, « un concept qui n'est pas extérieur à la société : elle fait partie intégrante de son essence », explique E. Durkheim. La morale est intrinsèquement sociale, elle est même la raison d'être de la société, explique le sociologue : « [celle-ci] est un ensemble d'idées, de croyances, de sentiments de toutes sortes, qui se réalisent par les individus : et, au premier rang de ces idées, se trouve l'idéal moral qui est sa principale raison d'être »¹⁷⁴.

103. Ainsi, ce code de conduite qui impose un certain *agir* naît des comportements humains. Dès lors, toute société obéit, comme par instinct de survie, à une morale, *sa* morale : « Il n'existe pas de communauté humaine, pour primitive qu'elle soit, qui ne connaisse de règles et ne distingue pas le bien d'avec le mal : règles de mariage (interdiction de l'inceste, etc.), de distinction entre nourritures permises, interdites, parfois prescrites au cours de certaines cérémonies ; d'obligations dans le processus de travail de groupe, etc. En ce sens, on trouve partout une morale comme forme de vie »¹⁷⁵. La morale est donc immanente à une société donnée. Il est d'ailleurs banal d'évoquer, en parallèle à la morale, ses déclinaisons, les morales. Elles correspondent à un « ensemble des règles de conduite admises à une époque ou par un groupe d'hommes »¹⁷⁶.

¹⁷³ E. Weil, *op.cit.*

¹⁷⁴ E. Durkheim, *Sociologie et philosophie*, Paris, P.U.F.

¹⁷⁵ E. Weil, *op. cit.*

¹⁷⁶ A. Lalande, *op. cit.*, p. 654.

104. En somme, la morale dépend des hommes. Selon M. E. Durkheim, elle incarne un idéal auquel doit tendre la société. Elle requiert donc, pour exister, une croyance... et elle n'est finalement pas autre chose : c'est parce qu'un ensemble d'individus croient en elle qu'elle *existe*. Un tel constat, qui ne semble pas discutable, est pourtant troublant. En effet, le critère de la croyance n'est-il pas celui de la... religion ? Répondre à cette question nous conduit à déterminer si morale et religion sont liés.

b- Définition de la religion

105. Définir la religion semble plus aisé que définir la morale. Pourtant, l'étymologie du mot annonce quelques difficultés quant à la détermination de ses origines.

106. En effet, l'étymologie de celui-ci n'est pas fixée. Des doutes subsistent quant à son exactitude. M. A. Lalande écrit que « *la plupart des anciens (Lactance, Saint Augustin, Servius) tirent religio de religare et y voient l'idée d'un lien : soit un lien d'obligation à l'égard de certaines pratiques (...); soit un lien d'union entre les hommes, ou entre les hommes et les dieux. – D'autre part Cicéron fait venir le mot de relegere, au sens de relire, revoir avec soin* ». Cependant, un autre auteur soutient : « *Tout le monde répète que le mot français religion provient du verbe latin religare, lier en arrière ou par derrière, attacher, amarrer. (...) c'est faux. Le substantif latin religio, religionis, ne provient pas du verbe latin religare, mais du verbe relegere, qui signifie recueillir de nouveau, rassembler de nouveau, parcourir de nouveau, repasser par la pensée, repasser en vue. Le substantif religio signifie : attention scrupuleuse, scrupule, délicatesse de conscience. L'adjectif religiosus signifie : qui est d'une attention scrupuleuse, scrupuleux* »¹⁷⁷.

¹⁷⁷ C. Tresmontant, « De quelques malentendus philosophiques et théologiques », in *Archives de philosophie du droit, Droit et religion*, t. 38, Sirey 1993, p. 141.

107. Que conclure de ces précisions étymologiques divergentes quant au lien morale-religion? Si l'on se réfère à celle de M. A. Lalande, nous pouvons constater que les notions de morale et de religion se rejoignent en un point précis : toutes deux renvoient au champ sémantique de l'obligation, du devoir envers autrui. Une différence fondamentale réside cependant dans l'origine de ce lien : s'agissant de la morale, on peut penser qu'il est *sui generis*. En effet, « le système moral est-il le système tout court, il est vécu sans que l'on réfléchisse sur lui (...); il est simplement vrai et il va de soi. Aussi est-il souvent déclaré d'origine divine, éternel et sans début dans le temps historique, sacré, fondement de toute orientation dans le monde, lui-même sans fondement et n'en n'ayant nul besoin »¹⁷⁸.

108. Or, celui de la religion est tout différent : le lien d'obligation, le devoir ressenti par l'individu est imposé par Dieu (ou les Dieux). Si ce(s) Dieu(x) n(e)'est (sont) pas identifié(s) en tant qu'entité(s) individualisée(s), identifiée(s), on parle de « sacré », mais on comprend bien que la dynamique qui sous-tend le lien d'obligation est la même : une croyance en quelqu'un, en quelque chose, une (ou plusieurs) divinité(s) qui guide(nt) les actions humaines.

109. Si l'on se reporte à la précision étymologique de M. Tresmontant, elle nous indique également que religion et morale sont certainement liés. En effet, la morale ne renvoie-t-elle pas à l'idée d'une attention scrupuleuse envers une règle à respecter? Ne renvoie-t-elle pas à une notion de délicatesse, d'application, au sens d'une réflexion avant et dans l'action?

110. L'analyse des définitions de la religion semble conforter notre propos. Sans prendre parti pour l'une ou l'autre étymologie, nous pouvons affirmer que la religion, dans ses fondements théoriques, est *une morale*. Mais c'est une morale bien particulière, qui prend sa source dans l'autorité de Dieu (ou des Dieux), voire dans le sacré.

¹⁷⁸ E. Weil, *op. cit.*

La philosophie propose trois définitions qui toutes convergent sur ce point crucial que constitue ce *lien d'obligation entre l'homme et le sacré*. Ainsi, elle nous enseigne que, dans une première acception, la religion est une « *Institution sociale caractérisée par l'existence d'une communauté d'individus, unis : 1° par l'accomplissement de certains rites réguliers et par l'adoption de certaines formules ; 2° par la croyance en une valeur absolue, avec laquelle rien ne peut-être mis en balance, croyance que cette communauté a pour objet de maintenir ; 3° par la mise en rapport de l'individu avec une puissance spirituelle à l'homme, puissance conçue soit comme diffuse, soit comme multiple, soit enfin comme unique, Dieu* ».

111. Dans une deuxième acception, elle constitue un « *Système individuel de sentiments, de croyances et d'actions habituelles ayant Dieu pour objet* ».

112. Et, enfin, une troisième définition peut lui être donnée : « *Respect scrupuleux d'une règle, d'une coutume, d'un sentiment* ».

113. Notons au passage que la religion, tout comme la morale, unit un ensemble d'individus qui tous sont liés par une croyance commune : un code de conduite les obligeant pour les uns, Dieu les commandant pour les autres. Et d'ailleurs, tout comme la morale, Dieu *dit* ce qui est bien ou mal, l'être humain mortel et faible devant tendre à faire le bien pour vivre éternellement dans la résurrection.

114. Religion et morale ont donc en commun *d'exister parce que l'on croit en elles*, et de commander une conduite (voire une hygiène de vie) dans une dynamique de « faire le bien ».

115. Cet exposé de définitions, nécessaire dans notre travail de détermination du sens exact de la religion, nous amène à la dernière phase de notre démonstration : la religion chrétienne inspire le droit occidental sous forme de morale juridique.

c- La religion chrétienne, source de la morale en droit européen

116. Au terme de ce passage en revue des définitions de la morale et de la religion, il nous faut justifier en quoi la dimension morale du droit européen est d'origine chrétienne. Il ne s'agit pas de *La* morale conçue comme un absolu, de règles de conduites inhérentes à notre vécu social. Ces dernières sont issues d'une doctrine bien particulière, celle de la religion chrétienne.

117. Ainsi, nous considérons que les règles morales contenues dans le droit européen constituent la transposition juridique de principes chrétiens. En effet, il est certain que si la religion a une influence sur le droit, elle ne s'y retrouve jamais telle quelle. Elle n'« entre » pas directement dans le droit, mais par le truchement d'autres moyens. M. le doyen Carbonnier écrit à ce propos : « *il n'y pas eu d'adoption directe des normes religieuses par le système juridique. Elles ne sont devenues règles de droit que par l'intermédiaire, la médiation d'autres systèmes normatifs. Elles y sont passées, s'affaiblissant au passage, se dépouillant de la religion pour n'en conserver que cette religiosité. La morale est un de ces systèmes de transition* »¹⁷⁹.

118. Cette affirmation posée, il convient à présent d'aborder ces systèmes de transition entre droit européen des droits de l'homme et religion chrétienne, qui constituent une justification de l'influence de celle-ci sur celui-là.

¹⁷⁹ J. Carbonnier, « La religion, fondement du droit ? », *Archives de philosophie du droit, Droit et religion*, t. 38, Sirey 1993, p. 17.

2- Justification de l'influence de la religion chrétienne sur le droit européen

119. Les théoriciens de la matière se sont, bien avant nous, interrogés sur l'influence chrétienne, voire le fondement chrétien du droit occidental¹⁸⁰. Nous proposons de rappeler, pour l'essentiel, quelle a été leur analyse. Au regard de l'ampleur de la tâche, cette évocation ne sera certes pas exhaustive¹⁸¹.

120. D'aucuns en seront étonnés : le droit européen des droits de l'homme est sans nul doute un héritier contemporain de la religion chrétienne, qui constitue l'un de ses fondements essentiels **(b)**. En effet, l'objet de sa protection, à travers le prisme de ses droits, n'est autre que l'homme dans sa singularité la plus respectable, l'homme dans sa primauté, l'homme tel que le conçoit la religion chrétienne **(a)**.

a- L'homme de Dieu, objet du droit européen des droits de l'homme

121. Est-il besoin de le préciser, la naissance des droits de l'homme est bien plus ancienne que la création du droit européen des droits de l'homme. En ce que la Conv. E. D. H. consacre la primauté de l'homme par la prise de conscience de ses droits fondamentaux, elle n'est finalement que la digne héritière d'autres textes fondateurs : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (ci-après D. D. H. C.) et, surtout, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (ci-après D. U. D. H.) adoptée par l'Organisation des Nations Unies (ci-après O. N. U.) le 10 décembre 1948. Ainsi, l'« élévation » juridique de l'Homme par la consécration de ses droits intangibles est déjà introduite en droit positif. Le droit européen des droits de

¹⁸⁰ V. par exemple la réponse qu'apporte M. le Doyen Carbonnier à cette interrogation légitime *in* « La religion, fondement du droit ? », préc., p. 17.

¹⁸¹ Voir les références citées N.B.P. 166.

l'homme, de ce point de vue, perpétue une tradition juridique ayant débuté il y a plus de deux siècles déjà.

122. Penchons-nous plus attentivement sur quelques droits et libertés énumérés par les différents articles de la Convention : droit à la vie (article 2), interdiction de la torture (article 3), interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4), droit à la liberté et à la sûreté (article 5), droit au respect de la vie privée et familiale (article 8)... Par effet miroir, on peut esquisser la silhouette de l'homme tel qu'il est représenté, en gardant à l'esprit qu'il a connu la souffrance la plus extrême : c'est un homme qui, fort de cette expérience traumatisante, en ressort digne, libre, respectable en tant qu'homme, c'est-à-dire dans son essence. Et, logiquement, il est l'égal de tout autre.

123. Mais, peut-on objecter naïvement, quelle est l'origine de cette évidence première selon laquelle l'homme doit être protégé pour lui-même ? Quelle est la genèse de cette idéologie si répandue aujourd'hui que ce qu'il faut protéger en l'homme, c'est précisément sa qualité d'humain ? Bien sûr, les horreurs nazies perpétrées pendant la seconde guerre mondiale ont provoqué une prise de conscience de la capacité qu'a tout être humain de détruire son prochain. La communauté politique de l'époque a souhaité, en créant l'O. N. U. et en gravant solennellement les droits de l'homme dans le marbre d'une déclaration, conjurer le mauvais sort. Ce qui est écrit ne peut pas s'oublier. Cependant, ses principaux auteurs (John Peters Humphrey, Eleanor Roosevelt, René Cassin) n'ont en rien créé les droits de l'homme. La D. D. H. C. existait déjà, ils s'en sont inspirés. Néanmoins, contrairement à ce que le cartésianisme juridique incite à penser, le précurseur de l'idéologie de la primauté de l'être humain ne serait pas J. Locke, ni même J.-J. Rousseau¹⁸², ou encore les philosophes des Lumières... mais Dieu !

¹⁸² Nous ne nions absolument pas l'apport théorique décisif de ces deux illustres personnages s'agissant de la conceptualisation des droits de l'homme telle qu'elle est

124. La Bible dévoilerait nombre d'arguments en ce sens. Ainsi peut-on y lire que l'homme est une reproduction de Dieu: « *Dieu fit l'homme à son image et à sa ressemblance* »¹⁸³. Cette créature n'est donc pas semblable à toute autre : porteuse du sceau divin, son auteur projette en elle sa volonté de faire le bien. Lors de la Déclaration oecuménique du 30^{ème} anniversaire de la D. U. D. H., il fut déclaré : « *Nous devons regarder tout être humain, fut-il le plus méprisé aux yeux des hommes, comme la créature irremplaçable et l'image même de notre Dieu* »¹⁸⁴. Ainsi, ce qui fait de l'homme un être estimable, honorable, c'est précisément sa création à l'image de Dieu. Dieu s'incarne dans tout homme. Dès lors, l'invention de l'homme par ce dernier fait de lui un être *supérieur* à tous les autres (c'est-à-dire l'animal et le végétal), mais aussi à tout autre système transcendantal. L'homme est un absolu, il est au dessus de tout. Dans cette logique, les éléments qui l'entourent doivent lui permettre de s'accomplir. La norme juridique en fait partie. Du moins, c'est ce que l'on souhaite au sortir de la guerre. Elle a desservi l'homme, instrumentalisée à mauvais escient par la dictature. Désormais, elle doit lui garantir cette béatitude promise, en étant au service de son accomplissement. « *La religion chrétienne, religion en quelques sortes post-religieuse, (...) dépass[e] l'affirmation de la différence fixée entre Dieu et l'homme, puisque, en elle, Dieu se fait lui-même homme, et, du même coup, élève l'homme, dans la béatitude de l'amour, au dessus du simple droit* »¹⁸⁵.

reprise dans les grandes déclarations de droit international des droits de l'homme, et notamment la Conv. E.D.H. Cependant, l'objet de ce développement est de mettre en lumière quelle a été l'origine première du concept des droits de l'homme en tant que mise en évidence de sa primauté et donc d'être respectable, honorable, digne. Or, J. Locke et J. J. Rousseau, s'ils ont formulé « *l'idéologie des droits de l'homme, [c'est] conçue comme continuation et comme laïcisation de la philosophie chrétienne du droit naturel* », nous explique P. Chiappini in *Le droit et le sacré*, Dalloz, collection l'Esprit du droit, 2006, p. 325.

¹⁸³ *La Genèse*, Chapitre I, verset 26.

¹⁸⁴ Mgr Etchegaray, Mgr Meletios et Pasteur J. Maury, Déclaration oecuménique du 30^{ème} anniversaire de la D.U.D.H., 8 nov. 1978.

¹⁸⁵ B. Bourgeois, « Droit, religion et droits de l'homme », in *Droit et religion*, préc., p. 111.

125. L'homme de l'après guerre ne sera pas rabaissé au rang de chose. On a pris conscience de sa dignité, qui s'exprime dans la matérialisation de ses droits les plus essentiels.

b- Le fondement chrétien des droits de l'homme

126. Conséquence de cette première affirmation : l'homme, seul être digne, être supérieur à tout autre, est titulaire de droits précisément parce qu'il est homme, conformément à la volonté de Dieu. L'origine des droits de l'homme est divine. D'ailleurs, comme un homme est l'égal de n'importe quel autre, ces droits sont naturellement présents en chacun d'eux. Nous touchons, par cette dernière affirmation, à un principe fondamental des droits de l'homme : celui de l'identité de tous les êtres humains. « *Selon la doctrine chrétienne, origine et fin étant communes à tous, tous les hommes participent également à la dignité qu'elles fondent : c'est l'affirmation de l'égalité de tous les hommes dans une même dignité, telle que Saint Paul la formule dans l'épître aux Galates (III, 28) : « Il n'y a plus ni juif, ni grec ; il n'y a plus ni esclave, ni homme libre »* », explique le professeur M. F. Sudre¹⁸⁶. L'homme créé par Dieu est un homme abstrait, tout comme l'est celui des déclarations, et bien sûr de la Conv. E. D. H. Cette pérennité dans la conception de l'identité de l'homme ne tient pas du hasard : il s'agit du même homme, celui qui incarne un idéal universel.

127. Il faut alors comprendre que les déclarations écrites des droits de l'homme ne les fondent pas. Telle n'est pas leur prétention. Elles ne font que matérialiser, au sens de trace écrite, mais aussi de garantie concrète, effective, ce qui est inscrit dans tout homme par la volonté de Dieu. Ce postulat semble acquis chez les juristes, même si leur origine divine est davantage discutée. Dans tous les cas, la théorie d'une préexistence des droits de l'homme à leur

¹⁸⁶ F. Sudre, *op. cit.*, p. 38.

inscription sur le papier paraît faire consensus : « *La notion de droits de l'homme transcende sa reconnaissance par les textes : les textes internationaux (ou nationaux) ne « créent » pas les droits de l'homme mais les reconnaissent* »¹⁸⁷.

128. Remarquons que cette nécessité de sauvegarder matériellement les droits de l'homme est déjà, semble-t-il, présente dans la Bible. C'est en tout cas ce que pense M. J. Freund, expliquant que « *le Décalogue fut en quelques sortes, au moins indirectement, la première déclaration des droits et des devoirs de l'homme* »¹⁸⁸. Dès lors, il est permis d'apparenter ce texte ancestral à la genèse de la protection juridique des droits de l'homme. La pensée chrétienne constitue ainsi la première doctrine juridique ayant mis en forme les droits de l'homme, dont le droit européen des droits de l'homme est le lointain successeur.

129. M. P. Chiappini, qui a consacré sa thèse à l'étude de la relation entre le droit et le sacré - qu'il ne réduit d'ailleurs pas à la religion -, vient conforter notre propos, et, par contrecoup, l'idéologie d'une identité universelle de l'homme¹⁸⁹. Selon lui, « *L'origine de la philosophie des droits individuels de l'homme en tant qu'homme doit être en fait recherchée dans le droit canon chrétien, qui s'est lui-même inspiré des courants théologiques et philosophiques universalistes de l'Antiquité, et, bien sûr, de l'Ancien Testament* »¹⁹⁰. Et de citer M. P. Castel pour qui « *les lois du code mosaïque ayant trait aux rapports interpersonnels constituent la première déclaration des droits de l'homme* »¹⁹¹, ou encore le père M. A. Vincent qui pense que « *les droits de l'homme ont leur fondement divin, non seulement dans la loi naturelle, mais dans la surnaturelle ordination au Père que le*

¹⁸⁷ F. Sudre, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁸ J. Freund, cité par B. Bourgeois in « Droit, religion et droits de l'homme », *Droit et religion*, préc., p. 111.

¹⁸⁹ Remarquons que l'auteur a un regard très critique sur la tendance, voire la dérive actuelle de la communauté juridique, à diviniser l'être humain. Ainsi, il pense que cet homme que l'on veut, par-dessus tout, protéger des affres du monde moderne n'a, paradoxalement, plus grand-chose d'humain. Il s'agit désormais d'un « *homme abstrait divinisé* », écrit-il.

¹⁹⁰ P. Chiappini, *op. cit.*, p. 324.

¹⁹¹ P. Castel, « De Moïse à la déclaration des droits », in *Le Monde*, 4 juillet 1979.

Fils veut en tout homme et qu'il a recréée sur la profonde blessure du péché originel »¹⁹².

130. Loin de ne relever que de l'idéalisme révolutionnaire et d'une volonté *post* seconde guerre mondiale de conjurer le mauvais sort, l'existence juridique des droits de l'homme est intimement liée aux valeurs que véhicule la doctrine chrétienne. Or cette dernière, de par son hégémonie sur le continent européen depuis les 4^{ème}- 5^{ème} siècles après J.-C, eut une influence décisive sur la pensée philosophico juridique. « *Les Pères de l'Eglise ont non seulement posé les bases universelles de la valeur de l'être humain, en complétant la pensée grecque, mais (...) ils ont modelé (...) toute l'organisation sociale et même politique du continent européen* », écrit M. G. D. Guyon¹⁹³, ajoutant que « *l'apport spécifique du droit canonique aux droits séculiers [européens] est considérable* ». En effet, le christianisme apparut d'abord dans l'Empire romain, puis, marquant les royautés successives, imprégna au fil du temps les différents ordres politiques et juridiques. Une telle suprématie a été rendue possible, explique-t-il, par « *la reconnaissance que l'Eglise obtint du pouvoir impérial romain qui régnait sur l'Orient et l'Occident et dont il ne faut pas oublier que son droit et ses institutions, sinon l'autorité, dominant jusqu'au 15^{ème} siècle à Constantinople. Désormais associés à l'Etat, les chrétiens obtiennent de nombreuses concessions qui aboutissent à former un vaste ensemble juridique, d'autant plus que l'empereur, puis les monarchies « barbares » successives devenues maîtresses de l'Occident, acceptent ces lois, les complètent par leur propre législation et mettent au service de l'Eglise leur autorité et leurs tribunaux. Le temps a ainsi progressivement donné au christianisme une prééminence juridique, sociale et politique* »¹⁹⁴.

¹⁹² Père A. Vincent, *La pensée catholique*, mars-avril 1980.

¹⁹³ G. D. Guyon, « Le legs du christianisme dans l'histoire du droit européen », in *L'héritage religieux du droit en Europe*, Actes du Congrès européen de l'Union internationale des Juristes Catholiques, 20-23 novembre 2003, éd. Pierre Téqui, 2004, pp. 85-86.

¹⁹⁴ G. D. Guyon, *op. cit.*, pp. 71-72.

131. La religion chrétienne a donc joué un rôle décisif d'un point de vue juridique. Religion, politique et droit ont pendant longtemps formé un trio indissociable. Ce dernier fut ainsi un vecteur déterminant des valeurs professées par l'Eglise, enseignées par la Bible. Ce rôle crucial de la pensée religieuse a néanmoins été occulté par la suite. Selon certains auteurs, l'origine conceptuelle de certaines valeurs chrétiennes a ainsi été abusivement attribuée à la philosophie des Lumières¹⁹⁵. Ce serait le cas de la dignité de l'homme, valeur fondamentale qui, juridiquement, fonde ses droits inaliénables et sacrés. Le juge de la Cour européenne des droits de l'homme rappelle d'ailleurs régulièrement qu'elle est « l'essence même de la Convention »¹⁹⁶. Il s'agit, en tous cas, de la manifestation par excellence de la morale chrétienne en droit européen des droits de l'homme, qui justifie la protection de ce dernier en tant qu'être supérieur – au sens d'infiniment respectable.

132. Ce principe, qui postule donc la création divine de l'homme, implique seulement un usufruit de son corps par ce dernier, la propriété revenant à Dieu. La dignité de l'homme implique donc une interdiction de porter atteinte à son intégrité, physique ou morale, car cela constitue une atteinte à la propriété divine. Cette dernière inspire donc, d'un point de vue originel, la protection de l'être humain digne.

133. Ainsi, l'homme¹⁹⁷, à travers son corps, est d'abord pensé comme propriété de Dieu. Dans la tradition judéo-chrétienne, Dieu est un acteur crucial de la naissance, de la vie et de la mort de l'homme. L'homme n'est pas autonome, il obéit à la règle divine car c'est Dieu qui lui insuffle la vie. Selon le récit biblique, l'homme est de création divine. Par l'action de Dieu, il

¹⁹⁵ Voir en ce sens *L'héritage religieux du droit en Europe, op. cit.*

¹⁹⁶ V. par exemple l'arrêt Goodwin c/Royaume-Uni, arrêt préc., §90.

¹⁹⁷ Nous utilisons volontairement le terme « homme » au lieu de « personne », trop connoté juridiquement, donc en décalage au regard de l'époque dans laquelle se situe notre étude. En effet, nous entendons évidemment faire référence à la croyance religieuse selon laquelle l'homme a été créé par Dieu.

devient « être vivant »¹⁹⁸. « Le seigneur Dieu modela l'homme avec de la poussière prise du sol. Il insuffla dans ses narines l'haleine de vie, et l'homme devint un être vivant », enseignent les textes religieux¹⁹⁹. Nous comprenons ainsi, que, selon la pensée chrétienne, l'homme n'est pas lui-même à l'origine de sa propre vie (grâce au mécanisme biologique qu'est la procréation), c'est Dieu qui la lui donne. L'homme, même sans vie – car l'homme n'est, avant de recevoir le souffle divin, que poussière - est un pur produit divin : « Dieu créa l'homme à son image, à l'image de Dieu il le créa »²⁰⁰.

134. L'homme est donc digne parce qu'il est créé à l'image de Dieu. Parce qu'il appartient à la seule espèce créée de la sorte²⁰¹, le respect de son être s'impose. Autrement dit, être un homme, c'est être créé à l'image de Dieu, et cette qualité originelle si précieuse impose qu'on le respecte dans sa nature la plus profonde. En somme, être digne, c'est appartenir au genre humain²⁰². Notons que la genèse de la dignité de l'homme n'est pas exclusive à la religion chrétienne. Ainsi que l'écrit M. M. Benchikh, « De Bouddha à Jésus-Christ et à Mohammed, l'apport des grandes philosophies et des grandes religions pour renforcer la dimension universelle de l'être humain, sa spécificité par rapport au reste de la « création » est indéniable : respect dû à la créature de Dieu dans les grandes religions, et l'homme au centre de l'univers dans le Bouddhisme. On se remémorera cet avertissement du prophète de l'Islam : « si vous tuez un homme, vous

¹⁹⁸ La Bible, Genèse, 1,2.

¹⁹⁹ La Bible, *ibid.*

²⁰⁰ La Bible, *ibid.*

²⁰¹ « Dieu fit les bêtes sauvages selon leur espèce, les bestiaux selon leur espèce et toutes les petites bêtes du sol selon leur espèce. Dieu vit que cela était bon.

Dieu dit : « Faisons l'homme à notre image, selon notre ressemblance et qu'il soumette les poissons de la mer, les oiseaux du ciel, les bestiaux, toute la terre et toutes les petites bêtes qui remuent sur la Terre ! » », La Bible, *ibid.*

²⁰² Voir sur cette question M. L. Pavia et Th. Revet, *La dignité de la personne humaine*, éd. Economica, collection Etudes juridiques, 1999.

tuez toute l'humanité »²⁰³. L'homme n'est pas une créature ordinaire. Il est le produit de la main et du souffle divin.

135. Remarquons que le principe de dignité humaine, s'il constitue un fondement essentiel du droit européen protecteur des droits fondamentaux, ne traduit pas toute l'influence de la morale chrétienne en droit européen des droits de l'homme.

136. Cette démonstration pourra sembler datée, puisque l'évolution sociale actuelle montre un réel désintérêt pour la question religieuse. Or, on ne peut sérieusement douter de ce qu'il touche également la sphère juridique. On touche alors au cœur de notre démonstration.

137. Si ce phénomène peut-être appréhendé par le terme lyrique mais non moins illustratif de « désenchantement »²⁰⁴, alors le principe d'autonomie personnelle constitue une manifestation par excellence du désenchantement du droit contemporain. En effet, celui-ci apparaît, dans la jurisprudence européenne, à un moment particulièrement propice : celui d'un émiettement de la morale religieuse en droit européen.

B- La disparition contemporaine de l'influence de la morale chrétienne en droit européen

138. Si le droit occidental est profondément marqué par ses racines chrétiennes, l'observateur ne peut que constater leur délitement depuis la deuxième moitié du 20^{ème} siècle. D'un point de vue sociologique et juridique, on observe que les individus aspirent à une liberté individuelle accrue, notamment, pour ce qui nous intéresse, en ce qui concerne leur corps.

²⁰³ M. Benchikh, « La dignité de la personne humaine en droit international », in *La dignité de la personne humaine, op. cit.*, p. 37.

²⁰⁴ Terme que nous nous permettons de leur emprunter.

139. Certains auteurs signalent que la société actuelle est composée d'individus mus essentiellement par leur recherche individuelle, voire égoïste, du bonheur. D'autres n'hésitent pas à forcer le trait pour dénoncer ce courant social irrésistible. En témoigne ainsi le titre de l'ouvrage de M. C. Melman, au titre évocateur : « *L'homme sans gravité, Jouir à tout prix* »²⁰⁵. Cet auteur, psychanalyste de son état, explique que « *le ciel est vide, aussi bien de Dieu que d'idéologies, de promesses, de références, de prescriptions, et que les individus ont à se déterminer eux-mêmes, singulièrement et collectivement. Les deux derniers siècles ont été ceux des grandes inventions et du repérage des limites (...). Le siècle qui s'annonce sera celui de leur levée : plus d'impossible (...). L'intervention décisive fut sans aucun doute la maîtrise de la fécondité puis de la reproduction de la vie. [Le pouvoir de création est dérobé à Dieu]. D'une certaine façon, nous assistons à la fin d'une époque (...), ce qui est la source d'une liberté assez remarquable* »²⁰⁶. Il montre ainsi clairement que la levée des limites collectives est nécessairement liée à la disparition de ce repère ancestral qu'est la religion.

140. Notre société occidentale contemporaine est donc marquée par la disparition manifeste de l'influence de la religion, par son identité « a religieuse » presque évidente : on est passé d'une société fondamentalement guidée par les préceptes chrétiens à une société qui reconstruit ses repères au regard d'une valeur inédite : la quête du bonheur. Dans cette quête, et corollairement à l'abandon du religieux, une autre valeur prend une importance fondamentale : l'autonomie. En effet, ne déduisant plus ses normes des préceptes religieux, l'individu les déduit de lui-même.

141. M. M. Gauchet remarque avec raison que la dimension collective contenue dans la religion a été transférée à l'Etat, et que c'est précisément ce transfert qui a permis l'autonomisation de l'individu, au sens de la maîtrise

²⁰⁵ C. Melman, *Entretiens avec Jean-Pierre Lebrun, L'homme sans gravité, Jouir à tout prix*, éd. Denoël, 2002.

²⁰⁶ C. Melman, *op. cit.*, pp. 19-20.

de sa personne : « C'est seulement au travers de ce remaniement d'ensemble qui a délivré l'individu de toute obligation d'appartenance en transférant la totalité de la dimension collective dans la sphère de l'Etat que l'homme intérieurement autonome est devenu un être globalement maître de lui-même », remarque-t-il²⁰⁷. « Au dessous de l'être social, pris en dehors dans le réseau des contraintes communautaires et des obligations envers César, il y a dorénavant un homme intérieur, absolument indépendant en ultime ressort, au fond de lui-même, dans sa relation à Dieu »²⁰⁸.

142. D'autres auteurs ont une vision plus critique de l'« a religiosité » de la société contemporaine et dénoncent un mouvement d'individualisme social ayant causé ce délaissement de la religion, et corollairement des comportements individuels égoïstes. Ainsi, M. P. Diener souligne que « le culte de l'individuel ne cesse de se développer. Et l'obsession du fait concret. L'homme proclamé indépendant à l'égard de tout ordre supérieur à lui-même, le dernier mot d'un nominalisme²⁰⁹ conséquent ne pouvait être que scepticisme à l'égard de toute valeur permanente, universelle, liée à la nature humaine. L'individu devenu l'unique centre d'intérêt, l'exaltation nominaliste des droits subjectifs devait assurer le triomphe de l'intérêt individuel égoïste dans une « morale » contingente (...). Aujourd'hui, le point critique est atteint, nous sommes parvenus au confluent des divers courants nominalistes dont les efforts se conjuguent, convergent vers une négation de toute norme objective faisant référence à l'universel. Ils laissent – ou saisissent – l'individu seul et nu, en le prétendant libre. Cette prétendue libération nominaliste, moteur paradoxal d'une société installée dans le pur juridisme, avec un droit coupé de sa source, ne libère pas l'homme, mais les instincts de l'homme, ses

²⁰⁷ M. Gauchet, *Le désenchantement du monde, Une histoire politique de la religion*, Gallimard, 1985, p. 79.

²⁰⁸ M. Gauchet, *op. cit.*, p. 76.

²⁰⁹ Le nominalisme est une doctrine logique et théologique issue de la philosophie médiévale. La question porte sur le statut des substances secondes, autrement appelées étants généraux : ceux-ci ont-ils une existence ontologique réelle ou ne sont-ils que des instruments qui permettent de relater commodément le réel ? Le nominalisme soutient la deuxième thèse. V. *Encyclopedia Universalis*, v° « Nominalisme ».

pulsions, ses phantasmes. L'individu enfermé dans sa subjectivité est une proie ou un prédateur solitaire ; pour lui il n'est pas question d'être mais d'avoir »²¹⁰.

143. D'un point de vue juridique, celui-ci explique que le nominalisme débouche sur « *l'atomisation du droit* » et « *l'appropriation des droits* », le premier se traduisant par « *la montée du subjectivisme et la mise en cause des droits de l'homme* », et « *la liberté (...) est considérée comme la règle absolue qui trouve en elle-même sa propre justification ; c'est le bien suprême* ». Par voie de conséquence, « *L'individu est désormais seul au centre de la construction du droit, comme il est seul dans l'univers ; il exerce tous ses pouvoirs de droit sur les choses et sur lui-même. A l'atome des individus correspondent des atomes de droits* »²¹¹.

144. Sur le continent, le bonheur aurait ainsi remplacé la religion en tant que valeur référentielle dans les comportements humains. Or, cette substitution de valeurs est significative d'une modification profonde de la liberté d'action de l'individu, puisque la valeur bonheur suppose que cette dernière soit sensiblement élargie : en effet, la morale contraignante de la religion cède sa place à la volonté créatrice de l'individu. M. P. Diener explique qu'on passe alors à une « *perspective utilitariste* », car il s'agit de « *satisfaction des plaisirs* », les « *désirs [devenant] créateurs de droits* »²¹². Dans cette logique, l'individu, en recherche de nouveaux droits dans sa conquête du bonheur, exige de la société qu'elle les consacre. A l'inverse de l'ordre juridique fondé sur les préceptes religieux, on aboutit ainsi à un désordre juridique fondé sur la « *spontanéité* » individuelle, obéissant à « *l'utilité personnelle* », « *le bonheur*

²¹⁰ P. Diener, « Idée nominaliste et déconstruction du droit », *Archives de philosophie du droit, philosophie pénale*, t. 28, Sirey, 1983, p. 229 et s., spéc. p. 231. C'est nous qui soulignons.

²¹¹ P. Diener, *préc.*, p. 232.

²¹² P. Diener, *préc.*, p. 235.

[étant alors] le critérium utilitaire de ce qui est bien dans la conduite d'un individu »²¹³.

Section 2 : La signification du principe d'autonomie personnelle en droit européen

145. La jurisprudence de la Cour E. D. H. montre que le principe d'autonomie personnelle, en tant que principe interprétatif de l'article 8 de la Conv. E. D. H., épouse le contenu de la disposition corporelle. La conception libérale sur laquelle elle repose (§1) et le renouvellement de la notion de consentement qu'elle implique (§2) rendent cette variante européenne audacieuse.

§1 : Une conception libérale de la disposition corporelle

146. L'analyse de la jurisprudence de la Cour E. D. H. met en lumière une conception originale de la disposition de son corps en tant que manifestation du principe d'autonomie personnelle. En effet, selon le juge européen, celle-ci inclut la maîtrise de fait sur son corps (A), et elle peut-être effectuée à dessein exclusif de bien-être personnel (B).

A- La disposition corporelle inclut la maîtrise de fait sur son corps

147. L'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique²¹⁴ renvoie à la maîtrise factuelle de son corps (2), différant sur ce point des arrêts Pretty contre Royaume-Uni²¹⁵,

²¹³ Pascal Diener, *préc.*, p. 235.

Haas contre Suisse²¹⁶, Goodwin²¹⁷ et I. contre Royaume-Uni²¹⁸, Van Kück contre Allemagne²¹⁹, Tysiac contre Pologne²²⁰ et A, B et C contre Irlande²²¹ qui renvoient à la disposition juridique de son corps (1).

1- La référence à la disposition juridique de son corps

148. Dans chacun de ces arrêts, la disposition corporelle protégée par le juge européen se caractérise par une disposition juridique. Celle-ci consiste à autoriser autrui à porter atteinte à son intégrité physique, soit que cette atteinte soit fondée sur un contrat médical, dans le cadre du secteur privé, soit

²¹⁴ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, 17 févr. 2005, §83 ; *J.C.P. G.* 2005. I. 159, n°12, obs. F. Sudre ; *D.* 2006. Pan. 1206, obs. J.-C. Galloux ; *R.T.D. civ.* 2005. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; obs. M. Levinet in F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andrianstsimbazoniva, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., Thémis, n°42, p. 439 ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005. 2973.

²¹⁵ C.E.D.H., Pretty c/Royaume-Uni, 29 avr. 2002, v. C. Girault, « La Cour E.D.H. ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *J.C.P. G.* n° 15, 9 avr. 2003, II 10062 ; J. Hauser, « Euthanasie : le droit au néant et l'Europe », *R.T.D. civ.* 2002, p. 482 ; N. Deffains, obs. ss. C.E.D.H., 4e sect., 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, req. n° 2346/02, *Europe* 2002, comm. 305 ; A. Garay, « Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le « précédent » de la dramatique affaire Pretty », *Gaz. pal.* 2002, 2, doctr. p. 1244 ; F. Massias, « A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, arrêt Pretty relatif au suicide assisté et à l'euthanasie », *Rev. sc. crim. et dr. pénal comp.* 2002 n° 3 p. 645 ; E. Garaud, « A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, arrêt Pretty contre Royaume-Uni, l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie », *Rev. pers. et fam.* 2002 n°7-8 p. 11 ; P. Malaurie, *Défrénois*, 2002, 1131 ; O. De Schutter, *R.T.D.H.*, 2003, 71.

²¹⁶ C.E.D.H., Haas c/Suisse, 20 janv. 2011, v. le comm. de Ch. Byk, « Suicide digne et obligation de l'Etat », *J.C.P. G.* 2011, n°5, act. 122 ; M. Bruggeman, « Droit au respect de la vie privée : l'aide au suicide ne s'impose pas aux Etats », *Dr. fam.* n°3, alerte 18 ; F. Sudre, comm. dans sa chronique sur le droit de la convention européenne des droits de l'homme, *J.C.P. G.* 2011 n°35, p. 914.

²¹⁷ C.E.D.H., Goodwin c/ Royaume-Uni, 11 juill. 2002, F. Sudre et *alii*, *op. cit.*, n°42 ; *D.* 2002 p. 525, note C. Birsan ; *R.T.D. civ.* 2002 p. 782 note J. Hauser et p. 862 note J.-P. Marguénaud et J. Raynard.

²¹⁸ C.E.D.H., I. c/ Royaume-Uni, 11 juill. 2002, *D.* 2002 p. 525, note C. Birsan ; *R.T.D. civ.* 2002 p. 782 note J. Hauser et p. 862 note J.-P. Marguénaud et J. Raynard.

²¹⁹ C.E.D.H., Van Kück c/Allemagne, 12 sept. 2003, req. n°35968/97.

²²⁰ C.E.D.H., Tysiac c/Pologne, 20 mars 2007, *R.T.D. civ.* 2004 p. 361, note J.-P. Marguénaud et J. Raynard.

²²¹ C.E.D.H., A, B et C c/Irlande, 16 déc. 2010, v. S. Paricard, « Le droit à l'avortement en fuite ! », *Dr. fam.* 2011 n°3, comm. 36 ; « Valeurs morales et restrictions à l'avortement », *J.C.P. G.* 2011 n°3, p. 58, zoom par M. Levinet.

qu'elle soit fondée sur la loi ou le règlement, dans le cadre de l'usage du service public hospitalier. La relation médicale, qu'elle se déroule dans un cadre privé ou public, constitue donc toujours la justification juridique des soins apportés au patient.

149. Ainsi, les arrêts Goodwin, I., et Van Kück abordent la question du transsexualisme²²² et celle du changement de sexe physiologique par le transsexuel, celui-ci impliquant une ou plusieurs interventions chirurgicales, fondées sur une relation médicale. Quant aux arrêts Tysiack et A, B et C, ils concernent l'avortement, et portent donc également sur le domaine de la relation médicale.

150. Enfin, les arrêts Pretty et Haas abordent aussi la disposition sous l'angle de la relation médicale. En effet, M. Haas désirait se voir remettre un somnifère puissant par un médecin psychiatre, ce qui suppose un entretien préalable avec ce dernier et la délivrance du médicament. Dans l'arrêt Pretty, la prestation du médecin est fondée sur une relation médicale dont l'objet consiste non pas en l'euthanasie active qui est d'ailleurs refusée à la requérante, mais en l'arrêt du traitement curatif, admis par la Cour de Strasbourg.

151. L'affaire Pretty concernait le cas douloureux d'une femme atteinte d'une maladie neurodégénérative incurable qui, ayant conscience de l'imminence de sa mort dans des circonstances atroces, souhaitait mettre un terme à son existence. Or, sa maladie, qui avait pour conséquence de la paralyser entièrement, l'empêchait de mener à bien son projet. Elle souhaitait ainsi que son mari – qui y consentait - y sacrifie, mais à la condition qu'il ne soit pas

²²² Sur cette question, voir notamment « Le transsexualisme en Europe », in *Le transsexualisme en Europe*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2000, p. 5 et s. ; J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, préf. de F. Terré, L.G.D.J., 1993 ; J. Pousson-Petit, « Le transsexualisme », *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, p. 2503 et s.

pénalement poursuivi. Le Royaume-Uni refusant de renoncer à d'éventuelles poursuites, Mme Pretty saisit la Cour E. D. H. du chef de la violation des articles 2 et 8 de la Conv. E. D. H. Selon elle, le Royaume-Uni, en refusant de ne pas poursuivre son mari, portait une atteinte à un aspect intime de sa vie privée, constitué par le choix du moment de sa mort. Si la Cour n'accède pas à la demande de la requérante, considérant que l'article 2 de la Conv. E. D. H. ne confère pas un droit à mourir²²³ et que « *la nature générale de l'interdiction du suicide assisté n'est pas disproportionnée* »²²⁴, elle concède, et l'essentiel est ici, qu'« *une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie* »²²⁵. En clair, si la Cour E. D. H. refuse de garantir, en tant que droit protégé par l'article 8 interprété à la lumière de l'autonomie personnelle, le suicide assisté, c'est-à-dire une action positive qui conduit au décès, elle cautionne le « laisser mourir », rendu possible par l'arrêt des soins.

152. Au terme de cet arrêt, il est possible de considérer que si la Cour ne protège pas le suicide assisté, c'est à dire l'euthanasie active, elle protège en revanche l'euthanasie dite passive, constituée par l'arrêt des soins. Il s'agit alors d'une disposition corporelle juridique, malgré les apparences qui renvoient *a priori* à une maîtrise factuelle de son corps (de manière symbolique, le malade n'étant pas capable de mettre un terme lui-même à ses traitements). En effet, si par l'arrêt des soins l'obligation du médecin d'administrer une thérapie curative prend fin, au demeurant il n'en reste pas moins tenu de soulager sa douleur au titre des soins palliatifs, ce qui relève également de la relation médicale.

153. L'arrêt Haas contre Suisse aboutit au même constat, même si en l'espèce la problématique de l'euthanasie se présentait différemment. En effet, le

²²³ C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., §39.

²²⁴ Arrêt préc., §76.

²²⁵ Arrêt préc., §63.

requérant arguait de ce que c'était le refus de la part des autorités suisses de lui délivrer un barbiturique mortifère, l'empêchant dès lors de se suicider dignement, qui constituait une atteinte au droit au respect de sa vie privée. De nouveau, l'essentiel est que l'exercice de sa disposition corporelle refusée à M. Haas, expression de son autonomie personnelle, se fonde nécessairement sur une relation médicale, le suicide dans la dignité n'étant possible qu'à la condition qu'un psychiatre lui délivre, après expertise psychiatrique, un barbiturique léthal.

154. S'agissant ensuite des arrêts relatifs au transsexualisme, il est nécessaire de distinguer entre les arrêts Goodwin et I. et l'arrêt Van Kück. En effet, les deux premiers consacrent, de manière inédite²²⁶, le changement de sexe juridique du transsexuel, alors que le troisième en est le prolongement, en ce qu'il condamne l'Allemagne pour ne pas avoir pris en charge le coût engendré par l'opération de conversion sexuelle d'un transsexuel, alors même que cette opération était autorisée en droit.

155. Les arrêts Goodwin et I. constituent donc la consécration, par la Cour de Strasbourg, du changement de sexe à l'état civil du transsexuel, celui-ci étant protégé et garanti au nom du « *droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »²²⁷. Dans ces affaires, les requérantes, transsexuels hommes-femmes dont le syndrome avait été médicalement constaté, avaient déjà subi un traitement thérapeutique de conversion sexuelle, mené à son aboutissement. Restait dès lors la consécration juridique de cette nouvelle identité sexuelle grâce au changement de sexe à l'état civil, ce que refusait la Grande-Bretagne. La Cour E. D. H. la condamne pour violation du droit au

²²⁶ C.E.D.H., Rees c/Royaume-Uni, 17 oct. 1986, *J.D.I.* 1987, p. 796, obs. P. Rolland et V. Berger ; C.E.D.H., 27 sept. 1990, Cossey c/Royaume-Uni ; C.E.D.H., Sheffield et Horsham c/Royaume-Uni, 30 juill. 1998, *R.T.D.H.*, 1999, p. 637, note M. Levinet ; *R.T.D. civ.* 1998, p. 1001, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. famille* 1999, comm. 22, note B. de Lamy ; *D.* 1998, som. com. p. 370, obs. J.-F. Renucci ; *J.D.I.* 1999, p. 252 et s., note P. Tavernier.

²²⁷ C.E.D.H., Goodwin et I. c/Royaume-Uni., arrêts préc., §90 .

respect de la vie privée et consacre le droit au changement de sexe juridique du transsexuel. Ce faisant, elle entérine la conversion sexuelle, c'est-à-dire la disposition de son corps par le transsexuel, préalable indispensable au changement de sexe à l'état civil. Or, cette disposition est, à l'évidence, une disposition juridique, puisqu'elle est réalisée au soutien d'une relation médicale liant le médecin à son patient, qui autorise l'atteinte au corps du second par le premier²²⁸.

156. Dans l'arrêt Van Kück contre Allemagne rendu quelques années plus tard²²⁹, le juge européen parachève le droit au changement de sexe juridique du transsexuel, puisqu'il consacre son préalable indispensable, la possibilité de changer de sexe physiologique. Dans cette affaire, la Cour E. D. H. juge qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention en raison du refus des juridictions allemandes de condamner une compagnie d'assurance privée n'ayant pas pris en charge les frais liés au traitement thérapeutique de la requérante, transsexuel homme-femme. Or, selon la Cour, « *la procédure qui s'est déroulée devant les tribunaux civils mettait en cause [s]a liberté (...) de définir son appartenance sexuelle* »²³⁰. Ainsi, l'Etat doit garantir la liberté de changer de sexe physiologique en assurant la prise en charge des frais qu'il engendre.

157. Au total, cette jurisprudence nous conduit à constater que la Cour E. D. H. protège et garantit une disposition juridique de son corps à *deux degrés*, le premier étant constitué par le changement de sexe physiologique, fondé sur une relation médicale, et le second par le changement de sexe juridique, lui-même fondé sur le changement de sexe physiologique.

158. Dans l'arrêt Tysiac²³¹, la Cour E. D. H. condamne la Pologne pour avoir violé le droit au respect de la vie privée de l'une de ses ressortissantes, qui

²²⁸ J. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Les études hospitalières, 2011.

²²⁹ C.E.D.H., Van Kück c/Allemagne, arrêt préc.

²³⁰ C.E.D.H., Van Kück c/Allemagne, arrêt préc., §73. C'est nous qui soulignons.

²³¹ C.E.D.H., Tysiac c/Pologne, préc.

souhaitait subir un avortement thérapeutique afin de ne pas aggraver son mauvais état de santé préexistant. Or, selon la cour, le corollaire du droit au respect de la vie privée est l'obligation positive qui incombe à « l'Etat (...) de reconnaître à ses ressortissants le droit au respect effectif de [l'] intégrité [physique] » qui se décline, en l'espèce, en celle « de reconnaître aux futures mères le droit au respect de leur intégrité physique »²³². Cela nécessitait, à l'égard de la requérante, sinon de lui permettre d'avorter afin de sauvegarder son intégrité physique, au moins de lui donner la possibilité de contester utilement l'opposition des médecins de procéder à cet avortement salvateur. Il est ainsi possible d'avancer que de nouveau, la Cour garantit, au moyen du principe d'autonomie personnelle, la disposition juridique de son corps, puisqu'elle protège la possibilité d'avorter pour la requérante, l'avortement étant réalisé sur le fondement d'une relation médicale.

159. Dans l'arrêt A, B et C contre Irlande, la Cour de Strasbourg vient confirmer ce constat, même si elle ne consacre pas un droit absolu à l'avortement. Ainsi, ne manquant pas de rappeler, dans sa formation la plus solennelle, que « la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention (...) englobe notamment le droit à l'autonomie personnelle »²³³, elle juge, s'agissant de A et de B qui souhaitaient bénéficier d'un avortement « de bien-être », qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8. En effet, selon le juge de Strasbourg, l'Etat irlandais n'avait pas excédé sa marge d'appréciation en la matière, et les requérantes avaient pu légalement se faire avorter en Angleterre. Il considère néanmoins, à l'instar de l'arrêt Tysiak, qu'il y avait eu violation de ce même article à l'égard de C, qui souhaitait se faire avorter pour le risque vital que cette grossesse représentait pour elle, mais qui n'avait pas été en mesure de recourir à une mesure effective et accessible pour ce faire. De nouveau donc, l'autonomie personnelle protégée par le juge européen s'illustre par une

²³² C.E.D.H., A, B et C c/Irlande, préc., §107.

²³³ Arrêt préc., §212.

disposition corporelle juridique, puisqu'il prend la forme de l'avortement, prestation médicale justifiée par une relation médicale.

160. Le principe d'autonomie personnelle épouse également la forme de la disposition corporelle non juridique, c'est à dire la maîtrise de fait sur son corps.

2- La référence à la maîtrise factuelle de son corps

161. La consécration de la maîtrise factuelle de son corps est évidente dans l'arrêt K. A. et A. D.

162. Celui-ci aborde la justification, au regard de l'article 8 de la Conv. E. D. H., de poursuites pénales auxquelles avait procédé la Belgique à l'encontre de deux de ses ressortissants, en raison de relations sadomasochistes imposées à l'épouse de l'un d'entre eux. Dans cette affaire, la cour ne condamne pas la Belgique sur le fondement de l'article 8 de la Conv. E. D. H. pour avoir poursuivi et condamné les deux hommes. En revanche, elle consacre, au visa de ce même article, le « *droit d'entretenir des relations sexuelles [qui] découle du droit de disposer de son corps* »²³⁴, fussent-elles particulièrement atypiques en raison de leur caractère sadomasochiste... ce qui l'avait d'ailleurs conduit, quelques années auparavant, à les condamner²³⁵.

163. En l'occurrence, il faut bien comprendre que le juge européen cautionne la condamnation pénale des requérants en raison, non pas de la violence de leurs pratiques sexuelles, assimilables à des actes de torture et de barbarie, mais de l'absence de consentement de leur partenaire. Ainsi, la Cour protège une disposition corporelle essentiellement « a juridique » : le droit n'intervient

²³⁴ C.E.D.H., K. A. et A. D c/Belgique, préc., §83.

²³⁵ C.E.D.H., Laskey, Jaggard et Brown c/Royaume-Uni, 19 févr. 1997, R.T.D.H., 1997, 738, note Levinet ; D. 1998, 97, note J.-M. Larralde.

pas dans la pratique des relations sexuelles, qui sont fondées sur la seule maîtrise corporelle.

164. De la même façon, la Cour de Strasbourg protège la disposition de son corps effectuée à dessein exclusif de bien-être personnel.

B- Une disposition corporelle pouvant être effectuée à dessein exclusif de bien-être personnel

165. La Cour E. D. H. garantit le droit de disposer de son corps, que cette disposition poursuive un but thérapeutique ou médical logiquement associé à un objectif de bien-être personnel (1), ou qu'elle vise exclusivement ce dernier (2).

1- Le bien-être personnel associé au but thérapeutique ou médical

166. Les arrêts Goodwin, I, Van Kück, Tyziac et A, B et C illustrent la protection par la Cour E. D. H. de la disposition de son corps effectuée dans un but thérapeutique ou médical. On remarque que ces arrêts sont ceux-là même qui illustrent la protection de la disposition juridique de son corps. Cette correspondance est logique, puisque la disposition juridique, pour être autorisée, doit être effectuée à dessein thérapeutique ou médical : il n'est possible de déroger à l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique que si cette condition essentielle est respectée.

167. Ces arrêts qui ont trait aux questions du transsexualisme et de l'avortement consacrent donc une protection de la disposition corporelle à dessein de soigner, ou, à tout le moins, de soulager une maladie, fut-elle psychologique, voire un syndrome, comme c'est le cas s'agissant du

transsexualisme²³⁶. Logiquement, cet intérêt thérapeutique ou médical est accompagné sinon d'un bien-être, au moins d'un mieux-être personnel. Ainsi, s'agissant du cas du transsexuel, l'opération de conversion sexuelle aboutit, si le syndrome du transsexualisme a été médicalement diagnostiqué, à une acceptation de son corps par le transsexuel opéré, et donc *in fine* à un mieux-être personnel. Le constat est similaire concernant la question de l'avortement : l'interruption de la grossesse peut permettre d'éviter une aggravation de la santé de la mère, qu'il s'agisse surtout de sa santé physique – par exemple la myopie de Mme Tysiac - ou de sa santé psychique.

168. L'étude des arrêts *Pretty*, Haas et K. A. et A. D. requiert une analyse en sens contraire : la Cour E. D. H. protège un bien-être personnel, à l'exclusion de tout intérêt thérapeutique ou médical.

2- La disposition effectuée dans un objectif exclusif de bien-être personnel

169. Une telle analyse s'impose, s'agissant de l'arrêt K. A. et A. D. De nouveau, on remarque que disposition factuelle et bien-être personnel, étrangers à tout intérêt thérapeutique ou médical, sont liés : la maîtrise purement factuelle de son corps peut, de toute évidence, ne poursuivre qu'un objectif essentiellement subjectif de bien-être, quand le but rationnel de traiter une maladie est inexistant : en témoignent le suicide, les scarifications, les mutilations, la pratique du tatouage et du piercing, etc.

²³⁶ Depuis les années 70, le transsexualisme était répertorié par les pays européens comme maladie mentale (v. not. *Le transsexualisme en Europe, op. cit.*). Néanmoins, cet « étiquetage » suscitait la controverse au sein du milieu transsexuel français, qui exigeait que le transsexualisme (ou transsexualité) soit reconnu comme un simple état identitaire, au même titre que l'homosexualité. En 2009, le ministre de la santé en fonctions, Mme Bachelot, a sacrifié à cette revendication en annonçant, le 16 mai, « *une déclassification de la transsexualité des affections psychiatriques de longue durée* », réalisée par le décret n°2010-125 du 8 févr. 2010.

170. S'agissant de l'arrêt *Pretty*, une réponse plus nuancée s'impose, en ce que le « laisser mourir » s'accompagne en général de soins palliatifs dont l'objet thérapeutique n'est pas à démontrer²³⁷. Ceux-ci se superposent alors à l'arrêt des soins qui ne poursuit à l'évidence aucun objectif thérapeutique ou médical, puisqu'il s'agit de mettre fin à l'existence d'une personne alors que la préservation de la vie constitue un fondement incontournable de l'acte thérapeutique. Le paradoxe réside en ce que c'est la personne souhaitant mourir qui recherche une sorte de bien-être : en effet, les souffrances causées par le fait d'être en vie sont telles que la mort est perçue comme une délivrance. Les explications de Mme *Pretty* sont à cet égard saisissantes : sachant qu'elle va mourir à la suite de problèmes d'insuffisance respiratoire, elle « s'afflige de la souffrance et de l'indignité qu'elle va devoir endurer si elle laisse la maladie se développer »²³⁸. Voilà tout le paradoxe, mais aussi la rationalité du raisonnement du mourant qui souffre et qui souhaite abrégé sa vie afin de mettre un terme à sa douleur.

171. Le raisonnement est similaire s'agissant de M. *Haas*, même si, rappelons-le, la problématique du suicide dans la dignité se posait différemment, celui-ci étant capable de mettre fin à ses jours, mais exigeant qu'on lui délivre un somnifère puissant pour y procéder. Si la Cour de Strasbourg n'accède pas à sa demande, nous savons qu'elle ne remet pas en cause l'arrêt *Pretty* et le principe d'autonomie personnelle en la matière²³⁹, jugeant même, de manière certes timide, que l'on peut supposer que les Etats « peuvent avoir une obligation positive d'adopter les mesures permettant de faciliter un suicide dans la dignité »²⁴⁰.

²³⁷ Le caractère thérapeutique d'un traitement ne vise pas que la guérison mais également l'amélioration du bien-être du malade.

²³⁸ C.E.D.H. *Pretty* c/Royaume-Uni, préc., §8.

²³⁹ C.E.D.H. *Haas* c/Suisse, préc., §51.

²⁴⁰ C.E.D.H. *Haas* c/Suisse, préc., §61.

172. Cela pourra paraître surprenant : le raisonnement n'est pas fondamentalement différent s'agissant des relations sadomasochistes. En effet, il s'agit à nouveau d'une disposition de son corps excluant tout but thérapeutique ou médical, mais effectuée à dessein de bien-être, les relations sexuelles, fussent-elles d'une extrême violence, ayant pour but la recherche du plaisir sexuel. Ajoutons que non seulement, dans ce cas, le but thérapeutique ou médical n'est évidemment pas recherché, mais en plus le bien-être n'est obtenu qu'au prix d'atteintes disproportionnées à l'intégrité physique de la personne, illustrées dans l'arrêt par l'utilisation d'aiguilles et de cire brûlante sur le corps de la victime, ou par le fait de lui infliger des chocs électriques, ou encore par celui de la hisser par les seins au moyen d'une poulie²⁴¹. Ainsi, en ne condamnant pas les pratiques sadomasochistes, la Cour E. D. H. protège, au nom de l'autonomie personnelle, des pratiques sexuelles d'une extrême violence. Cela laisse à penser qu'elle cautionne la recherche du bien-être personnel sous quelque forme que prenne celle-ci, et notamment, comme en l'espèce, une atteinte grave à l'intégrité physique.

173. Cet arrêt n'a pas été favorablement accueilli par la majorité de la doctrine, et pour cause²⁴². Symboliquement, une telle consécration fait douter de la pérennité du rôle ontologique de la Cour E. D. H., qui au-delà de la protection des libertés fondamentales, consiste à sauvegarder, dans l'imaginaire collectif, l'idée que l'être humain ne doit plus jamais être traité comme une chose²⁴³. Avec l'arrêt *Pretty*, on peut se demander si le juge européen opère un glissement idéologique vers la promotion d'un individualisme irraisonné, sous couvert de protéger une liberté fondamentale.

²⁴¹ C.E.D.H., *K. A. et A. D. c/Belgique*, préc., §15.

²⁴² V. M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *préc.* V. également le commentaire de D. Vigneau, « Statut du corps humain, de ses éléments et produits », *in Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, n°64 et s.

²⁴³ V. la thèse de B. Maurer, sur le principe de respect de la dignité humaine et le rôle de la Cour E. D.H. en tant que Cour protectrice du principe de respect de la dignité humaine en ce qu'elle conserve l'idée, dans l'inconscient et l'imaginaire collectif, que l'être humain ne peut être rabaissé au rang d'animal indigne.

Il est indéniable que cette jurisprudence audacieuse fait montre d'une doctrine inquiétante concernant sa conception du principe de la dignité humaine... à moins qu'elle promeuve une acception renouvelée de celui-ci, dont la jurisprudence K. A. et A. D. marquerait l'avènement. Remarquons simplement, et une telle observation est également valable s'agissant des décisions consacrant le droit au changement de sexe du transsexuel, que certains auteurs publicistes considèrent de telles atteintes comme nécessaires à la sauvegarde de l'unité âme-corps. Selon M. G. Armand, celui qui dispose ainsi de lui a égard à la « *belle image* » qu' [il] se fait de son corps »²⁴⁴. Le corps est ainsi « *disponible au nom de la qualité de vie* »²⁴⁵. En somme, l'individu qui agit de la sorte *se rend service*.

174. Le point de vue adopté est novateur. En effet, la personne n'est plus considérée essentiellement comme *cet* être biologique appartenant à l'humanité, et qui, en raison de cette qualité ontologique fondamentale, doit être protégé dans son intégrité physique, c'est-à-dire dans sa caractéristique essentielle d'être humain. Selon la théorie proposée par l'auteur, « *La personne humaine n'étant pas que chair ou matière, mais aussi et avant tout être spirituel doué d'intelligence et de raison, son véritable respect dans les sociétés civilisées consisterait à garantir sa vie intellectuelle* »²⁴⁶. Ainsi, cette théorie réduit l'être humain à son psychisme. L'essentiel est que ce dernier soit comblé, quand bien même l'enveloppe qu'est le corps est sacrifiée.

175. La Cour. E. D. H., en garantissant au transsexuel le droit au changement de sexe et en cautionnant les pratiques sadomasochistes consenties, ainsi que le suicide dans la dignité, adhère à une conception inédite de l'être humain qui dissocie de manière surprenante le corps et l'esprit.

²⁴⁴ G. Armand, « L'ordre public de protection individuelle », *Revue de la Recherche Juridique Droit prospectif*, 2004, n°3, spéc. p. 1617.

²⁴⁵ G. Armand, *ibid.*

²⁴⁶ G. Armand, *ibid.*

176. L'audace de la Cour de Strasbourg peut également être remarquée concernant l'acceptation originale du consentement qu'elle adopte dans cette jurisprudence. En effet, la notion est revisitée sous des traits largement « individualistes », ce qui, au demeurant, est tout à fait cohérent avec l'affirmation du principe d'autonomie personnelle. La conception du consentement est alors renouvelée sous l'angle de ce dernier.

§2 : La conception renouvelée du consentement sous l'angle de l'autonomie personnelle

177. La Convention E. D. H. étant logiquement muette sur le consentement, c'est le juge européen qui détermine ses contours de manière incidente au fil de sa jurisprudence. Or, l'analyse de la jurisprudence de la Cour illustre une conception dualiste du consentement **(A)**, c'est à dire à la fois classiquement restrictive et très libérale, traduisant la progression d'une conception absolutiste de ce dernier dans le domaine de la vie privée **(B)**.

A- La référence à une conception dualiste du consentement par la Cour E. D. H.

178. La jurisprudence n'est pas très démonstratrice en la matière. Néanmoins, des éléments pertinents peuvent être tirés des arrêts *Pretty*, *Haas* et *K.A. et A. D.*, qui illustrent, de manière surprenante, deux conceptions contradictoires du consentement. Ainsi, on constate que si les arrêts *Pretty* et *Haas* refusent le consentement omnipotent en matière de suicide dans la dignité **(1)**, l'arrêt *K. A. et A. D.* le consacre sans ambiguïté dans le domaine des relations sexuelles. Ce faisant, la Cour E. D. H. marque une rupture symbolique dans sa

jurisprudence, vers la consécration du pouvoir de la volonté individuelle sur autrui (2).

1- Le refus du consentement omnipotent en matière de suicide dans la dignité

179. Le consentement est au cœur de la problématique des arrêts Pretty et Haas, même si, comme nous l'avons déjà remarqué, le suicide dans la dignité est traité de manière différente. En effet, Mme Pretty, devant l'inéluctabilité de sa mort mais surtout de ses souffrances, souhaitait que son mari mette fin à ses jours, n'ayant pas les capacités physiques d'y procéder elle-même, alors que M. Haas, tout à fait apte à se donner lui-même la mort, exigeait que lui soit délivré un somnifère létal pour ce faire. Sous le prisme de la revendication du droit à mourir, il s'agissait finalement pour la Cour de déterminer la validité du consentement de Mme Pretty à son meurtre par son mari. Quant à M. Haas, le juge de Strasbourg devait également déterminer, afin de jauger de la légitimité du refus des autorités suisses de lui délivrer la substance mortifère, si son désir de suicide relevait d'un réel discernement, au regard de ses troubles psychiatriques.

180. S'agissant d'abord de Mme Pretty, la Cour E. D. H. refuse de reconnaître le bien-fondé d'un tel consentement, jugeant que « l'article 2 (...) ne saurait (...) créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie »²⁴⁷, et que « la nature générale de l'interdiction du suicide assisté [au Royaume-Uni] n'est pas disproportionnée »²⁴⁸ sous l'angle de l'article 8. Selon la Cour, l'article 2 de la Convention ne protège pas, en tant que pendant du droit à la vie, le droit de mourir, et la préservation de la vie des personnes faibles et vulnérables comme c'est le cas de Mme Pretty peut

²⁴⁷ C.E.D.H., Pretty c/Royaume-Uni, préc., §40.

²⁴⁸ Arrêt préc., §76.

commander, sans qu'il y ait violation du droit au respect de la vie privée de cette dernière, l'intervention étatique par le truchement de poursuites pénales si un tiers l'aide à se suicider. Néanmoins, elle observe qu' « *en matière médicale, le refus d'accepter un traitement particulier pourrait, de façon inéluctable, conduire à une issue fatale, mais l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 paragraphe 1 de la Convention [droit au respect de la vie privée et familiale]. Comme l'a admis la jurisprudence interne, une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie* »²⁴⁹.

181. Deux observations s'imposent. D'abord, la Cour refuse de consacrer la toute puissance de la volonté individuelle en matière de suicide assisté, nonobstant les mobiles *a priori* légitimes de la requérante. Elle ne se départit pas de la conception traditionnelle du consentement au regard des conditions légales nécessaires à sa validité : le consentement n'est efficace que si la convention qu'il fonde ne contrevient pas à l'ordre public. Aussi, le consentement ne peut constituer un fait justificatif d'une infraction pénale et c'est précisément ce que pose en principe la Cour E. D. H. dans l'arrêt *Pretty*. Puisque le suicide assisté est puni en droit anglais, ainsi que le prévoit l'article 2§1 de la loi de 1961 sur le suicide qui dispose que « *Toute personne qui facilite, encourage, recommande ou organise le suicide ou une tentative de suicide d'un tiers est passible, après mise en accusation, d'une peine d'emprisonnement* »²⁵⁰, le consentement de Mme *Pretty* à son meurtre par compassion est inefficace.

182. Ensuite, et nous apportons une atténuation à ce constat, la Cour concède que si la Convention ne protège pas le droit au suicide assisté, en revanche toute personne *adulte et saine d'esprit* peut obtenir du médecin qu'elle la laisse

²⁴⁹ Arrêt préc., §63.

²⁵⁰ Arrêt préc., §16.

mourir en mettant un terme à des soins ayant pour effet de prolonger sa vie. La distinction est importante, même si *in fine* le résultat est identique : l'acte positif consistant à donner la mort à un tiers est prohibé, même si celui-ci souhaite mourir parce que les souffrances de son existence sont insupportables. En revanche, il est possible d'arrêter des soins, ce qui aura pour effet de provoquer la mort. Toute la distinction réside dans le procédé utilisé, le résultat étant identique. Ainsi, c'est le dommage ultime à soi-même, la mort, que consacre symboliquement la Cour E. D. H. dans cet arrêt *Pretty*²⁵¹.

183. Remarquons que la Cour E. D. H. rejoint alors le droit français s'agissant de la définition du consentement dans le domaine du droit médical, et plus particulièrement dans celui de la mort provoquée du patient – qui, par hypothèse, ne peut se suicider. En effet, d'une part l'article 1110-5 du Code de la santé publique dispose que « *Toute personne a (...) le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire (...). Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article 1110-10* »²⁵². D'autre part l'article 1111-4 du même code prévoit à l'alinéa 2 que « *Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix (...)* » et à l'alinéa 3 qu' « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé*

²⁵¹ V. B. Le Baut-Ferrarèse, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt *Pretty* du droit au refus de soins », *A.J.D.A.* 2003 p. 1383.

²⁵² C'est nous qui soulignons.

de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Ainsi, le consentement du patient paraît sémantiquement similaire en droit français et en droit européen : il s'agit du consentement libre, éclairé, informé, participant à la licéité de l'intervention médicale. Nous y reviendrons²⁵³.

184. Remarquons que dans le cas du refus de soin, on se situe à la frontière du consentement et d'une manifestation de la volonté individuelle, puisque le refus marque, davantage que la rencontre de deux volontés, l'assujettissement de l'une par l'autre.

185. S'agissant ensuite de l'arrêt Haas, nous avons déjà souligné à plusieurs reprises qu'il vient confirmer la jurisprudence Pretty, la Cour E. D. H. jugeant que le droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention protège « *le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin* », mais à condition « *qu'il soit en mesure de forger librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence* »²⁵⁴. Or, en l'espèce, et à la différence de Mme Pretty, M. Haas souffrait de troubles psychiatriques graves, puisqu'il était bipolaire. Nonobstant, il estimait qu'une expertise psychiatrique, ayant pour objet de déterminer le caractère raisonné de son désir de suicide, n'était pas nécessaire. Soucieuse d'éviter les abus dans un pays où l'assistance au suicide est facilement permise, et ayant égard à la marge d'appréciation de l'Etat suisse en la matière, la Cour E. D. H. refuse de reconnaître la violation du droit au respect de la vie privée dans le chef du requérant. De nouveau, le juge de Strasbourg se montre donc pragmatique en matière de suicide dans la dignité. Si, certes, on se situe en amont du consentement dans l'arrêt Haas, puisque le souhait du requérant consistait en une manifestation de volonté qui, justement, restait extérieure à toute relation médicale, la Cour rappelle l'un des éléments essentiels à la formation ultérieure d'un consentement valable : le discernement.

²⁵³ V. *infra*, chapitre 2 section 1 §2.

²⁵⁴ C.E.D.H., Haas c/Suisse, préc., §51.

186. En matière de sexualité en revanche, et plus précisément de relations sexuelles sadomasochistes, la Cour E. D. H. rompt avec la conception sus décrite en se référant à un consentement omnipotent, ce dernier étant susceptible de faire obstacle à l'intervention du droit pénal.

2- La consécration d'un consentement omnipotent en matière de relations sexuelles sadomasochistes

187. Alors que dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni*, la Cour E. D. H. juge que les relations sexuelles d'une violence extrême ne sont pas justifiées par le consentement de ceux qui y participent **(a)**, elle affirme le contraire dans l'arrêt *K. A. et A. D. contre Belgique* **(b)**.

a- Le refus de justifier les relations sexuelles sadomasochistes par le consentement

188. L'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni* est le premier arrêt rendu par la Cour s'agissant de pratiques violentes en matière de relations sexuelles. Il s'agit de groupes d'hommes qui, lors de réunions assez particulières, s'infligeaient des violences physiques dans le but d'obtenir du plaisir sexuel. Celles-ci consistaient en de « *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 point ou des martinets. Dans certains cas, le marquage au fer rouge ou les lésions infligées provoquèrent des saignements et laissèrent des cicatrices* »²⁵⁵. La Cour remarque que « *ces activités étaient librement*

²⁵⁵ C.E.D.H., *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, 20 janv. 1997, §8, *J.C.P. G.* 1998, I, 107, n°32 et n°34, comm. F. Sudre.

*consenties*²⁵⁶ et menées en privé, apparemment sans autre but que la recherche du plaisir sexuel »²⁵⁷.

189. Des poursuites pénales furent exercées à l'encontre de trois des participants à ces réunions particulières, M. Laskey, M. Jaggard, et M. Brown. Ceux-ci furent condamnés pénalement et se plaignirent devant la Cour E D. H. de ce que leur condamnation pénale « constituait une ingérence illégale et injustifiable dans l'exercice de leur droit au respect de leur vie privée » relevant de l'article 8 de la Convention²⁵⁸. Il revenait donc à la Cour de se prononcer sur la qualité absolutoire du consentement dans le cadre de relations sexuelles : celui-ci excusait-il les violences exercées ? En d'autres termes, ces relations sexuelles particulières auraient-elles dû être épargnées par l'intervention pénale étatique parce qu'elles étaient fondées sur le consentement des participants ? L'argumentation des requérants était concentrée sur ce point essentiel. La Cour n'est pas convaincue par celle-ci, jugeant que le consentement ne pouvait faire obstacle à l'intervention étatique. En effet, elle considère d'une part que « l'un des rôles incontestablement dévolu à l'Etat est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien » et d'autre part que « Le choix du niveau de dommage que la loi peut tolérer lorsque la victime est consentante revient en premier lieu à l'Etat concerné car l'enjeu est lié, d'une part, à des considérations de santé publique et à l'effet dissuasif du droit pénal en général et, d'autre part, au libre arbitre de l'individu »²⁵⁹. Elle conclut alors qu'il n'y a pas eu violation du droit au respect de la vie privée des requérants, car « 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 par. 2 de la

²⁵⁶ C'est nous qui soulignons.

²⁵⁷ Arrêt préc., *ibid.*

²⁵⁸ Arrêt préc., §32.

²⁵⁹ Arrêt préc., §43.

Convention (art. 8-2) ». Ainsi, la Cour refuse de considérer que le caractère consensuel des relations sexuelles sadomasochistes constitue un rempart à l'intervention étatique.

190. Sa doctrine est bien différente dans l'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique.

b- La consécration d'un consentement absolu justifiant les relations sexuelles sadomasochistes

191. L'arrêt K. A. et A. D. porte également sur le cas atypique des relations sexuelles sadomasochistes. Rappelons que des poursuites pénales avaient été exercées à l'encontre d'un médecin et d'un magistrat belge ayant entretenu des relations sexuelles sadomasochistes, d'une violence inouïe, avec l'épouse de l'un d'eux, celles-ci ayant abouti au prononcé d'une condamnation pénale. En conséquence, les ressortissants belges se plaignaient devant la Cour E. D. H. d'une violation du droit au respect de la vie privée. Ils considéraient que celui-ci protégeait leur vie sexuelle et qu'à ce titre les poursuites pénales constituaient une atteinte disproportionnée. La Cour juge que les poursuites pénales menées par l'Etat belge sont justifiées et que, par voie de conséquence, le droit au respect de la vie privée des requérants n'a pas été violé. Sa motivation est néanmoins curieuse. En effet, elle considère tout de même que « *le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des relations sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus* » mais qu' « *En l'espèce, en raison de la nature des faits incriminés, l'ingérence que constituent les condamnations prononcées n'apparaît pas disproportionnée. 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. Ceci implique que les pratiques se*

déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas. En effet, à la lumière notamment des éléments retenus par la cour d'appel, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés »²⁶⁰. Ainsi, il faut comprendre que ce ne sont pas les pratiques sexuelles violentes qui justifient la condamnation des requérants mais l'absence de consentement de la victime. A contrario, donc si cela avait été le cas, l'ingérence étatique n'aurait plus été justifiée en vertu de l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention.

192. Le raisonnement adopté par le juge européen diffère donc substantiellement de celui adopté dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* contre Royaume-Uni. En effet, contrairement à ce qu'il juge dans cette affaire, il affirme dans l'arrêt *K. A. et A. D.* que le consentement aux relations sexuelles violentes, c'est-à-dire à des actes qui peuvent être qualifiés, d'un point de vue pénal, de violences volontaires, peut faire obstacle à l'intervention de la loi pénale. Une telle décision marque la progression d'une conception absolutiste du consentement en matière de vie privée, fondé sur la toute puissance de la volonté individuelle.

B- La progression d'une conception absolutiste du consentement dans le domaine de la vie privée

193. Il n'est pas évident de tirer des conclusions pertinentes de quelques arrêts de la Cour E. D. H. au regard de la notion de consentement. Remarquons simplement en substance que l'arrêt *K. A. et A. D.* marque la consécration d'un consentement absolutiste en ce qu'il est dissocié de deux de ses

²⁶⁰ Arrêt préc., §84-85. C'est nous qui soulignons.

éléments constitutifs fondamentaux, la conscience et la liberté d'être donné (1), et qu'il peut constituer un rempart à l'intervention de la loi pénale (2).

1- Un consentement dissocié des éléments de conscience et de liberté

194. *A priori*, notre développement pourrait sembler mal à propos, en ce que l'arrêt K. A. et A. D. illustre l'absence de consentement en matière de relations sexuelles sadomasochistes. Cependant, il peut être tiré des enseignements tout à fait pertinents d'une interprétation *a contrario* de l'arrêt, dans le sens de notre démonstration.

195. Rappelons-le, la Cour E. D. H. juge que l'absence de consentement de la victime, caractérisé par le fait qu'elle criait « pitié » à l'endroit de ses partenaires sexuels, fonde l'intervention de la loi pénale belge. *A contrario* donc, s'il y avait eu consentement, celui-ci étant caractérisé par l'absence de toute manifestation en sens contraire de la part de la victime, les poursuites pénales auraient constitué une ingérence injustifiée dans ces pratiques sexuelles, au titre du droit au respect de la vie privée. Deux remarques s'imposent alors, quant à la conception ontologique du consentement.

196. D'abord, l'élément de conscience est essentiel au consentement : sans conscience, le consentement n'existe pas²⁶¹. *Le consentement est conscience*. Aussi, il implique une pleine possession de ses facultés intellectuelles lorsqu'il est donné. Le consentement est don de soi, il a une dimension abnégative qui donne un caractère crucial à cette conscience. Ainsi, on peut se demander, au regard des faits, si l'élément de conscience requis aurait pu être considéré rempli, dans le cas où la victime aurait consenti. Cela n'est pas certain du tout, tant du point de vue des bourreaux que de celui de la victime. En effet, s'agissant des premiers, la Cour explique qu'ils avaient bu de grandes

²⁶¹ V. M. Marzano, *Je consens, donc je suis*, P.U.F., 2006.

quantités d'alcool et ne se maîtrisaient plus, au point d'ailleurs que « *toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents* » et qu' « *il y a eu une escalade de violence et que les requérants ont eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas où elle se serait terminée* »²⁶². S'agissant de la seconde, on peut supposer qu'elle n'était pas en pleine possession de ses capacités intellectuelles au regard des violences subies et de la souffrance engendrée.

197. Ensuite, un autre élément essentiel du consentement est absent, malgré les apparences, de cet accord sadomasochiste. Il s'agit de celui de liberté. Imaginons que la victime n'aurait pas crié pitié. Peut-on alors vraiment considérer qu'elle aurait donné son consentement à ces violences en toute liberté ? Les violences reçues et leurs conséquences dommageables tant physiques que psychologiques peuvent-elles vraiment le laisser penser, nonobstant la recherche du plaisir sexuel qui les fondent ? Ne semble-t-il pas plutôt que l'engrenage de la violence – d'autant que celle-ci durait depuis un certain temps - et une dépendance psychologique évidente empêchaient, en l'espèce, toute liberté dans le consentement ? Une réponse positive s'impose, d'autant plus que l'arrêt révèle que la victime s'était livrée à la prostitution sous la pression de son mari.

198. Ainsi, le raisonnement de la Cour E. D. H. n'emporte absolument pas la conviction. Ce consentement qui, s'il avait été donné, aurait rendu licites ces relations sexuelles très violentes n'en aurait pas été un de toute façon. Le consentement donné dans le cadre de telles relations sexuelles ne remplit pas les conditions sinon fondamentales, du moins élémentaires du consentement valide. L'accord donné s'assimile davantage à l'assujettissement de la volonté de l'un par celle de l'autre. Aussi surprenant que cela puisse être, l'autonomie personnelle peut donc être fondée sur un consentement faussé, constitué par la toute puissance d'une volonté individuelle sur une autre.

²⁶² Arrêt préc., §85.

Nous rejoignons alors l'analyse critique de M. M. Levinet, qui, à propos de l'arrêt K. A. et A. D., évoque « les dérives » de « l'autonomie personnelle ». « En privilégiant une approche hypersubjectiviste de la notion d'autonomie personnelle, [le juge] oublie qu'en général ce sont les faibles qui consentent », souligne-t-il avec raison²⁶³.

199. Ce constat pose la question plus générale de la validité du consentement en matière sadomasochiste et de l'autonomie personnelle des individus qui s'y adonnent, notamment celle des esclaves - selon la terminologie consacrée dans ce domaine²⁶⁴ -, autrement dit les victimes. Mme M. Marzano donne une réponse négative, pour deux raisons essentielles²⁶⁵. La première tient à la psychologie du sadique dans la relation sadomasochiste, pour qui autrui n'existe pas. « Dans le rapport sadomasochiste (...), [le] seul pouvoir [du sadique] tient en fait à sa capacité d'imaginer qu'il a assez de puissance, non pas pour mettre un terme à la présence de l'autre, mais pour imposer à l'autre soit la figure de la victime, soit la figure du complice (...); le sadique (...) n'a pas la possibilité de construire une structure dans laquelle autrui existe (...). En fin de compte, le sadique se construit un monde dans lequel les autres n'existent pas. Les autres sont absents et, par leur absence, ils rendent impossible l'existence même du contrat, du consentement, ou de l'autonomie », explique-t-elle de manière éclairante²⁶⁶.

200. La seconde raison a trait à la privation de liberté que s'inflige l'esclave, inhérente à la structure de la relation sadomasochiste. Pour l'auteur, cette privation de liberté est antinomique avec la notion même de consentement d'une part, et d'autonomie d'autre part. Et si l'on veut quand même

²⁶³ M. Levinet, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, n°49, 2009, p. 16 et s., spéc. p. 17.

²⁶⁴ V. par ex. O. Cayla, « Le plaisir de la peine ou l'arbitraire pénalisation du plaisir », in *La liberté sexuelle*, dir. D. Borillo et D. Lochak, P.U.F., 2006, p. 89 et s.

²⁶⁵ M. Marzano et A. Millon, « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », in *La liberté sexuelle*, *op. cit.*, p. 107 et s.

²⁶⁶ *Op. cit.*, p. 121.

considérer que le consentement donné est réel, il ne peut garantir l'autonomie de celui qui l'a donné. En effet, « *on assiste [alors] (...) à une sorte de démission de son autonomie afin que quelqu'un d'autre établisse les règles de la réciprocité* »²⁶⁷.

201. Selon Mme M. Marzano, la structure même de la relation sadomasochiste exclut *ab initio* le consentement. L'accord conclu entre les participants à la relation sadomasochiste n'est donc pas un consentement, mais la volonté du sadique imposée à l'esclave.

202. Une autre spécificité caractérise également le consentement illustré dans l'arrêt K. A. et A. D. : il s'agit de sa potentialité à faire échec à toute poursuite pénale.

2- Un consentement susceptible de faire obstacle à l'intervention de la loi pénale

203. La motivation du juge européen est sans ambiguïté : « *le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8§2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* »²⁶⁸. Autrement dit, l'Etat régulateur des comportements sociaux doit rester en dehors de ce domaine si intime de la vie privée qu'est la vie sexuelle. Cette exclusion n'est pas inconditionnelle, puisque la Cour juge que sont concernées uniquement les relations sexuelles consenties. Le consentement, constitutif de l'accord passé entre les partenaires, c'est-à-dire d'une norme privée légitimant la relation sexuelle, fonde dès lors l'exclusion de l'ingérence étatique. Ce n'est que si le consentement disparaît que celle-ci devient justifiée. Cette assertion appelle deux remarques.

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 123.

²⁶⁸ C.E.D.H., 17 févr. 2005, K.A. et A. D. c/Belgique, préc., §84.

204. D'abord, le consentement en matière de relations sexuelles exclut traditionnellement toute ingérence étatique. En effet, il est le fondement de l'activité sexuelle licite : « *Le consentement libre entre adultes [est] la référence de base de la relation sexuelle [depuis le début du XIXème siècle]* », explique M. J.-F. Chassaing²⁶⁹. Au contraire, la relation sexuelle subie est réprimée par le droit pénal, puisqu'il s'agit alors d'un viol, prévu en droit français à l'article 222-23 alinéa 1 du Code pénal : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commise sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol* ». Dès lors, le consentement n'est pas un fait justificatif, puisque la caractérisation de l'infraction implique l'absence de consentement. L'absence de consentement est un élément constitutif de l'infraction, caractérisé par des circonstances telles que la violence, la contrainte, la menace ou la surprise²⁷⁰.

205. En revanche, ce consentement *normalement* légitimant de l'exclusion de l'ingérence étatique devient, par effet de contagion, un fait justificatif des violences exercées, voire des tortures et actes de barbaries commis dans le cadre de ces relations sexuelles sadomasochistes. En effet, la Cour E. D. H. juge indirectement que la raison particulièrement grave susceptible de faire obstacle à l'intervention étatique par le truchement du droit pénal est l'absence de consentement, ce dernier rendant licite quelque activité sexuelle que ce soit, fut-elle violente. Or, les violences exercées dans cette affaire ne se réduisent pas à quelques gifles anodines mais correspondent à l'infraction de violences volontaires en droit français prévue aux articles 222-7 et suivants du Code pénal, voire à celle de torture et actes de barbarie prévue à l'article 222-1 du même Code, constituées par un « *élément matériel consistant dans la commission d'un ou plusieurs actes d'une gravité exceptionnelle qui dépassent des*

²⁶⁹ J.-F. Chassaing, « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal », in *La liberté sexuelle, op. cit.*, p. 65 et s., spéc. p. 75.

²⁷⁰ Sur le mécanisme du fait justificatif, v. nos explications *infra*, p. 156 et s.

simples violences et occasionnent à la victime une douleur et une souffrance aiguë, et d'un élément moral consistant dans la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine »²⁷¹. Ajoutons que la Conv. E. D. H. condamne également de tels agissements sous une qualification similaire : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Est-il besoin de rappeler que le consentement n'excuse pas, en droit pénal, les violences exercées à l'endroit d'un tiers, quelle que soit leur gravité ? Ainsi, le consentement à être battu n'exclut aucunement l'intervention de la loi pénale, pas plus que le consentement à son propre meurtre. Cependant, au regard de ce qui vient d'être écrit concernant le domaine de la vie sexuelle, on peut douter qu'une telle affirmation soit toujours vraie. Puisque de telles violences peuvent être exercées en toute impunité dans le cadre de relations sexuelles, pourquoi ne pas admettre que le meurtre soit de même excusé ? La motivation de la Cour E. D. H., on le constate, pourrait avoir des virtualités bien dangereuses.

206. L'essentiel est que l'accord donné dans ce domaine de la vie privée semble être considéré par la Cour de Strasbourg comme une norme privée s'imposant inconditionnellement à l'Etat, dans toute sa dimension de garant du respect de l'ordre public le plus fondamental que foule aux pieds, à n'en pas douter, une telle situation.

207. Une telle doctrine en matière de droits fondamentaux ne fait pas consensus parmi les auteurs. Ces derniers sont partagés entre la condamnation la plus totale et son approbation avec un enthousiasme peu dissimulé. Ainsi, Mme C. Labrusse-Riou s'insurge contre un tel arrêt, remarquant avec raison que « *le consentement de la victime [ne permet pas d'excuser les auteurs de coups et blessures] (...). Les droits de l'homme seraient vidés de toute portée si le consentement de la victime suffisait à se dispenser de les respecter.*

²⁷¹ Lyon, ch. acc., 19 janv. 1996, D. 1996. 258, note Coste.

Si la seule chose qui compte est l'autonomie personnelle, une personne pourrait accepter d'être soumise à des pratiques sadomasochistes, mais aussi d'être torturée, traitée en esclave, ou même tuée »²⁷². M. D. de Béchillon pense quant à lui que la Cour E. D. H. marque avec opportunité sa tolérance pour la pleine liberté des personnes de disposer d'elles-mêmes, et par là même son respect pour le contrat qu'elles ont passé, implique-t-il des violences extrêmes. Ainsi, pour cet auteur, le consentement peut excuser de telles pratiques, puisqu'il s'agit alors de la « *loi des parties* » qui doit être respectée²⁷³.

208. La Cour E. D. H. semble toutefois limiter cette conception toute particulière du consentement au domaine très circonscrit de la vie sexuelle. En effet, elle n'a pas usé de cette doctrine dans les autres arrêts rendus sur le fondement de l'autonomie personnelle, et celui qui parmi ceux-ci traite directement du consentement l'exclut catégoriquement. Ainsi, dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, le consentement de Mme Pretty à son meurtre n'aurait pas fait obstacle à des poursuites pénales.

209. Dès lors, que penser de cette promotion du consentement, fondement de l'autonomie personnelle en matière de relations sexuelles ? Y aurait-il implicitement, selon la Cour, différents degrés d'autonomie, fondés sur différents niveaux de consentement ? Et pourquoi faire bénéficier les relations sexuelles d'une telle immunité pénale ? En effet, on sait qu'aucune liberté ne saurait être exercée de manière absolue, et que son exercice est toujours limité, d'une part, par l'exercice de sa propre liberté par autrui – il s'agit de l'exigence de coexistence des libertés –, d'autre part par des considérations d'intérêt général, supérieures à l'exercice de cette liberté, qui forment un

²⁷² C. Labrusse-Riou, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (C.E.D.H., 1^{re} sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/Belgique) », *D.* 2005, p. 2973.

²⁷³ D. de Béchillon, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme » *Juger l'administration, administrer la justice ; Mélanges offerts au Président Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2006.

ordre public impératif venant la limiter – il s’agit alors de l’exigence de protection de la société²⁷⁴. Cette limitation ontologique de la liberté est d’ailleurs intégrée, rappelons-le, dans la Conv. E. D. H. Le droit au respect de la vie privée, en tant que droit conditionnel, peut-être limité en vertu de l’alinéa 2 de l’article 8 par une « *ingérence [étatique] (...) prévue par la loi et (...) constitu[ant] 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* ». D’ailleurs, c’est la protection de la santé qui conduit la Cour E. D. H. à considérer dans l’arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* que l’intervention étatique par le truchement du droit pénal ne constitue pas une violation du droit au respect de la vie privée des requérants²⁷⁵.

210. Plusieurs arguments peuvent raisonnablement expliquer une telle évolution de la doctrine de la Cour. D’abord, celui de l’égalité entre toutes les pratiques sexuelles, aboutissement d’une jurisprudence ayant consacré l’égalité entre les relations sexuelles homosexuelles et les relations sexuelles hétérosexuelles, qui d’ailleurs ne concerne pas seulement les pratiques sexuelles mais également les orientations sexuelles. Ainsi, dans le prolongement de la dépénalisation des pratiques sexuelles entre hommes homosexuels, que ces pratiques incluent deux ou plusieurs partenaires, la Cour a logiquement dépénalisé les pratiques sexuelles violentes, avec toutes les réserves que nous avons soulignées *supra*.

211. Remarquons que toute la doctrine ne s’insurge pas contre la jurisprudence *K. A. et A. D.* Ainsi, selon M. O. Cayla, les relations sexuelles sadomasochistes sont une expression particulière et acceptable de la libido de

²⁷⁴ V. sur ce point J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, Tome 1, P.U.F.

²⁷⁵ V. Arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c/Royaume-Uni*, préc., §41 et s.

certaines individus, qui, dès lors qu'elles sont consenties, ne doivent pas être réprimées pénalement²⁷⁶.

²⁷⁶ O. Cayla, « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », in *La liberté sexuelle, op. cit.*, p. 89 et s.

CONCLUSION CHAPITRE I

212. Si le juge de Strasbourg présente le principe d'autonomie personnelle comme une notion interprétative de l'article 8 de la Conv. E. D. H., ce qui en fait une énième manifestation de son interprétation dynamique et, somme toute, affranchie de ce texte, l'étude de sa genèse révèle qu'il s'agit surtout d'un emprunt au droit jurisprudentiel nord-américain. En effet, la Cour E. D. H. utilise un principe largement usité outre-atlantique dans le domaine de la vie privée, et plus généralement dans celui de la disposition corporelle, qui fait une large place à la liberté du choix individuel, voire à l'autodétermination.

213. En dépit d'une conception plus libérale de la disposition corporelle par les Cours suprêmes du Canada et des Etats-Unis, la révélation du principe d'autonomie personnelle trouve une justification tout à fait logique, voire naturelle, en droit européen. En effet, il y est judicieusement intégré par le juge de Strasbourg qui, finalement, prend acte d'une évolution libérale de la conception de l'individu, révélée par un droit affranchi de la morale chrétienne. La propriété humaine du corps s'est substituée à la propriété divine. Pour la Cour de Strasbourg, cette propriété peut conduire à opérer des choix dangereux pour soi. Voilà alors que se dessine le caractère absolutiste du principe d'autonomie personnelle : il autorise une disposition corporelle plus libérale que celle traditionnellement acceptée en droit continental, et notamment en droit interne, illustrant une discordance conceptuelle avec ce dernier.

CHAPITRE 2 : LA DISCORDANCE CONCEPTUELLE ENTRE LE PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE ET LA DISPOSITION CORPORELLE EN DROIT FRANÇAIS

214. La France étant placée sous la juridiction de la Cour de Strasbourg, elle est supposée, par voie de conséquence, appliquer sa jurisprudence, quand bien même elle n'est pas l'Etat mis en cause par une condamnation. En effet, la protection efficace des droits fondamentaux à l'échelon européen supposant son homogénéité, elle implique que tous les Etats membres du Conseil de l'Europe se plient à l'interprétation du texte de la Convention par le juge de Strasbourg. Cependant, la réception du droit européen par les Etats n'est pas automatique et suppose, de toute évidence, une certaine volonté étatique. De ce point de vue, le passé a montré que la France ne fait pas toujours preuve d'enthousiasme et ce constat pourrait se vérifier concernant le principe d'autonomie personnelle, puisque **le droit français adopte traditionnellement une conception étroite de la disposition corporelle (Section 1)**. Cependant, au regard des raisons évoquées plus haut mais aussi, tout simplement, de la conformité obligée de la norme française à la norme européenne, **le rapprochement du droit français avec la disposition corporelle fondée sur le principe d'autonomie personnelle est nécessaire (Section 2)**.

Section 1 : La conception étroite de la disposition corporelle en droit français

215. Le droit français inverse la logique du droit européen puisque la disposition corporelle n'est admise qu'en tant qu'exception au principe d'indisponibilité du corps humain (§1). De plus, dans son traditionnel rôle de garde-fou des débordements individuels, l'Etat n'autorise la disposition corporelle qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un consentement strictement défini (§2).

§1 : La disposition corporelle, exception au principe d'indisponibilité du corps humain

216. L'expression disposition corporelle ou disposition de son corps n'est pas étrangère au droit français. Celle-ci y a fait son apparition dans les années soixante-dix, alors même qu'aucun texte ne la consacre expressément. Son origine est essentiellement doctrinale, sous la forme du droit de disposer de son corps²⁷⁷.

217. Surtout, il faut comprendre que la disposition de son corps en droit français n'existe qu'en tant qu'antinomie à l'indisponibilité corporelle. Il s'agit d'un principe prétorien constituant une limite aux atteintes qui chosifient le corps humain, défini comme l'interdiction de conclure un contrat ayant pour objet le corps (par exemple, vendre son rein contre une somme d'argent). Le but ultime est de protéger le corps des utilitaristes qui y voient un objet de commerce fructueux.

²⁷⁷ V. l'étude éclairante de S. Henette-Vauchez sur l'émergence du droit de disposer de son corps en droit français in *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, thèse Paris, 2000, L'harmattan, 2004, spéc. p. 103 et s.

218. S'il n'a pas été consacré par les lois bioéthiques de 1994, on admet que le principe d'indisponibilité du corps innerve le domaine relatif au corps humain, à l'instar des principes énumérés dans le Code civil.

219. Si, au regard du principe d'indisponibilité, la réalité juridique du droit de disposer de son corps reste encore largement débattue au sein de la doctrine juridique française²⁷⁸, cette dernière est beaucoup moins divisée lorsqu'il s'agit de constater et de reconnaître l'existence de la disposition de son corps comme concept matriciel de modes d'utilisation de soi. De nombreuses études qui y sont consacrées font état de son apparition pérenne en droit français²⁷⁹.

220. S'il est possible de définir génériquement la disposition de son corps comme le pouvoir d'utiliser son corps, certains travaux de la doctrine s'appesantissent plus longuement sur cette notion. De ceux-ci, nous retiendrons les enseignements essentiels qui nous permettent de la différencier de la disposition corporelle en tant que manifestation du principe d'autonomie personnelle.

221. L'étude révèle que la disposition corporelle en droit français s'entend de manière plus restrictive. D'abord, la disposition de son corps est une notion juridique à distinguer de la simple maîtrise de fait sur son corps **(A)**. Ensuite, la notion ne se réduit pas à la commercialité juridique du corps et la disposition ne peut être effectuée qu'à titre gratuit **(B)**. Enfin, l'acte de disposition n'est possible qu'en cas de nécessité thérapeutique, ou au moins médicale **(C)**.

²⁷⁸ V. S. Prieur et S. Hennette-Vauchez, th. préc.

²⁷⁹ V. les références citées *supra*, N.B.P. 66 et 67.

A- La disposition de son corps se distingue de la maîtrise de fait sur son corps

222. La disposition de son corps recouvre deux significations, qu'il est essentiel de distinguer dans le cadre de la présente étude. Elle peut être définie comme la simple maîtrise de fait sur son corps, ou comme « *l'accompli[ssement] [d']actes matériels sur son corps, (...) ou [le fait de] pass[er] des actes juridiques [sur celui-ci] qui ont pour objet de conférer à une autre personne le pouvoir d'accomplir sur lui un acte déterminé* »²⁸⁰.

223. Si nous ne nous attardons pas sur la première définition, très générique et finalement, conventionnelle ²⁸¹, la seconde, en revanche, retient notre attention. En effet, elle fait référence à la dimension dualiste de la notion de disposition, qui peut être appréhendée d'un point de vue purement factuel ou juridique, en témoigne la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Dans la première hypothèse, la disposition du corps n'intéresse pas le droit *a priori*, car alors il s'agit de l'exercice du pouvoir de maîtrise que chacun détient sur son propre corps : les mutilations volontaires et le suicide en sont les exemples types. Dans ce domaine, le droit est *inutile*, parce qu'*impuissant* : « *L'être humain face à lui-même semble pouvoir s'autodétruire partiellement, sans que le droit y trouve à redire* », écrit avec raison M. S. Prieur²⁸². Un bémol doit toutefois être apporté concernant le suicide. En effet, le même auteur évoque, le concernant, « *un acte matériel juridicisé* »²⁸³, en ce que si l'acte de suicide n'est pas pris en compte par le droit, des conséquences juridiques lui sont

²⁸⁰ I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse Bordeaux, P.U. Bordeaux, 1995, p. 191.

²⁸¹ La disposition de son corps est habituellement définie comme la maîtrise de son corps par l'homme. V. par ex. J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 32 ; G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey Dalloz, p. 187.

²⁸² S. Prieur, th. préc., p. 120.

²⁸³ S. Prieur, th. préc., spéc. p. 124 et s.

attachées. Cependant, malgré cette appréhension juridique incidente, le suicide relève bien de la disposition matérielle, ou « *autodisposition* »²⁸⁴.

224. Le second versant de la notion de disposition renvoie, en revanche, à une acception différente. En effet, dans cette hypothèse, le droit intervient dans la maîtrise de son corps par l'individu, en ce que « *L'acte de disposition de son propre corps se réalise par le truchement d'un acte juridique (...). Disposer juridiquement de son propre corps, c'est autoriser à ce qu'autrui porte une atteinte à son corps, à son intégrité physique* »²⁸⁵. Dès lors, l'intervention d'autrui est indispensable : c'est cet autrui qui permet la réalisation de la maîtrise de son corps par l'individu. « *L'altérité est l'élément essentiel d'une disposition « corporelle » juridique : on quitte la sphère proprement individuelle de l'acte matériel sur son propre corps (...) pour pénétrer dans une relation interindividuelle régie par le droit* », résume-t-il²⁸⁶.

225. Cette démonstration, qui met en lumière les deux approches de la notion de disposition corporelle, rend compte du rôle du droit au regard de chacune d'elle, qui est sensiblement différent.

226. Une mise au point du même ordre s'impose également s'agissant de la synonymie traditionnellement avancée en doctrine entre disposition de son corps et commercialité du corps. En effet, la disposition de son corps en droit français ne se réduit pas à sa commercialité juridique est doit être exercée à titre gratuit.

²⁸⁴ Vocabulaire emprunté à S. Prieur, qui nomme ainsi les actes individuels relevant d'une maîtrise matérielle de son corps. V. th. préc., spéc. p. 119.

²⁸⁵ S. Prieur, th. préc., p. 140 et s.

²⁸⁶ S. Prieur, *ibid.*

B- La disposition de son corps ne se réduit pas à sa commercialité juridique et doit être effectuée à titre gratuit

227. Une telle affirmation peut surprendre. En effet, la doctrine juridique française détermine habituellement le sens de la notion de disposition du corps comme exception au principe d'indisponibilité et, celui-ci étant en général assimilé à celui d'extracommercialité juridique, la disposition juridique du corps est présentée comme une possibilité exceptionnelle de faire entrer le corps dans le commerce juridique. Or, si cette dernière affirmation est exacte, elle est insuffisante à rendre compte des virtualités de la notion étudiée, qui renvoie également à des actes juridiques extérieurs à tout commerce.

228. En droit français, il est donc courant d'associer ces deux notions. Disposer de son corps reviendrait à faire entrer celui-ci dans le commerce juridique, c'est-à-dire permettre sa circulation d'un patrimoine à un autre, « *en tant qu'objet à un acte juridique, un contrat* »²⁸⁷. Cet amalgame théorique est conforté par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation dans son célèbre arrêt rendu le 31 mai 1991 condamnant la maternité de substitution sous le visa, quelque peu surprenant, de l'article 1128 du Code civil²⁸⁸ qui dispose : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions* ». Dès lors, on a pu déduire de cet arrêt que si le corps ne peut être objet de conventions c'est parce qu'il n'est pas dans le commerce juridique²⁸⁹,

²⁸⁷ R. Dommages, *Le corps humain dans le commerce juridique*, thèse Paris, 1956, p. 23, cité par S. Prieur, th. préc., p. 45.

²⁸⁸ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. civ.* n°4, D. 1991. 417, rapp. Chartier, note Thouvenin ; *J.C.P.* 1991. II. 21752, communication J. Bernard, concl. Dontenwille, note Terré ; *R.T.D. civ.* 1991. 517, obs. Huet-Weiller ; Defrénois 1991. 948, obs. Massip ; *R.R.J.* 1991/3. 843, note Barthouil. V. également l'étude éclairante de M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *R.T.D. civ.* 1991, juill-sept. 1992, p. 513.

²⁸⁹ Nous ne nous appesantirons pas sur la polémique provoquée par le choix de cet article en tant que visa de l'arrêt, qui a pu donner à penser, par une interprétation *a contrario*, que si le corps ne peut être l'objet de conventions, c'est parce qu'il est une

et que, par conséquent, l'indisponibilité du corps humain est synonyme d'extracommercialité juridique. *A contrario*, son caractère disponible signifierait qu'il est dans le commerce juridique²⁹⁰.

229. Remarquons alors que la notion de commerce juridique (tout comme celle de commerce économique, d'ailleurs) est intimement liée à celle d'altérité. En effet, la circulation d'un bien entre deux patrimoines nécessite logiquement la présence de deux personnes... ce qui n'est pas le cas s'agissant de la disposition de son corps. Tout individu peut « utiliser » son corps sans avoir nécessairement recours à autrui, en témoignent le suicide ou les mutilations volontaires. Reprenons la démonstration éclairante de M. Prieur, qui explique cette idée à partir de la notion d'indisponibilité : « *l'indisponibilité est un ensemble, l'extracommercialité son sous-ensemble (...). La présence d'autrui n'est pas requise s'agissant de l'indisponibilité, d'où un élargissement de son champ d'application. De « ce » qui est indisponible, l'on ne peut en disposer. Or, disposer, ce n'est pas seulement aliéner, transmettre à autrui. Disposer, c'est également abandonner, c'est aussi détruire, c'est également renoncer, tout cela donc sans la présence d'un autre sujet de droit. (...) Ce n'est pas parce qu'un existant est hors commerce qu'il est indisponible. Ce n'est donc pas parce que son corps est hors commerce que la personne ne peut en disposer* »²⁹¹.

230. Si la disposition de son corps ne peut faire entrer ce dernier dans le commerce juridique, celle-ci doit en outre être effectuée à titre gratuit. Ainsi l'article 16-1, alinéa 3 du Code civil pose-t-il en principe que « *Le corps humain*

chose hors commerce, donc une chose. Il est bien évident que la Cour de cassation n'a pas entendu réduire le corps à une chose... il s'agit là bien plutôt d'une maladresse rédactionnelle, dont il est illégitime de tirer une telle conclusion.

²⁹⁰ Il convient de préciser que la notion de commerce juridique ne se confond pas avec celle de commerce économique, qui est l'« *ensemble des activités qui consistent à vendre des produits achetés sans leur faire subir de transformation importante* ». Le commerce juridique englobe un domaine d'activités plus large, en ce qu'il n'a pas pour unique objet la production de richesses, mais, plus largement, la circulation d'un bien entre deux patrimoines.

²⁹¹ S. Prieur, th. préc., p. 45 et s., spéc. p. 48.

(...) *ne peu[t] faire l'objet d'un droit patrimonial* ». En conséquence, le corps humain ne peut être évaluable en argent ; il est interdit de lui fixer un prix. De loin en loin, c'est l'attribution d'une valeur marchande à ce dernier que le législateur a ainsi souhaité éviter.

231. A ces deux éléments de définition, il convient d'ajouter le motif de la disposition qui est spécifique à son objet, le corps humain. Ainsi, la disposition en droit français n'est licite qu'à condition d'être effectuée dans un but thérapeutique ou au moins médical.

C- Une disposition autorisée par nécessité sinon thérapeutique, au moins médicale

232. La condition essentielle de nécessité thérapeutique ou médicale, dont le contenu sera étudié (1), implique également le respect du principe de raison proportionnée (2).

1- Le contenu de la nécessité thérapeutique ou médicale

233. Traditionnellement, le droit français n'admet l'acte de disposition de son corps que s'il est justifié par nécessité thérapeutique, c'est-à-dire s'il a pour objet de traiter une maladie²⁹², c'est à dire « *[son] traitement et [son] éradication, la suppression d'une altération physique* »²⁹³, étant entendu que le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyens²⁹⁴. Cet impératif, qui puise ses racines dans les règles de déontologie médicale les plus anciennes, est devenu

²⁹² *Larousse*, v° « thérapeutique ».

²⁹³ S. Prieur, th. préc., p. 331 et s.

²⁹⁴ Arrêt dit *Mercier*, Cass. civ., 20 mai 1936, *D.P.* 1936, jurispr. p. 88, concl. Mater, rapp. Jossierand, note E. P. ; S. 1937, 1, p. 321, note Breton.

progressivement un concept juridique (normatif ?) de référence²⁹⁵ par le truchement des actions en responsabilité médicale qui se sont démocratisées à la fin du 19^{ème} siècle, et dont l'aboutissement fut sans doute son inscription dans les célèbres lois de bioéthique du 29 juillet 1994²⁹⁶ qui disposaient, en l'article 16-3 du Code civil: « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne* ».

234. Par la suite, le législateur a affaibli la nécessité thérapeutique en tant que concept référentiel, lui préférant, quelques années plus tard, l'expression « nécessité médicale »²⁹⁷, plus englobante, renvoyant également aux actes de prévention qui constituent une cause licite à la recherche sur l'être humain²⁹⁸. Toutefois, la seule nécessité thérapeutique est exigée lorsque l'acte de disposition est effectué dans un but altruiste, le législateur ayant précisé opportunément²⁹⁹ à l'article 16-3 par la loi du 6 août 2004³⁰⁰ qu'« *Il peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain (...) à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ».

235. Dès lors, tout acte de disposition de son propre corps doit être motivé, en droit positif français, par nécessité médicale ou, à tout le moins, thérapeutique, pour soi-même ou autrui, au risque d'illicéité. Ainsi, don de sang, don de gamètes, don d'organe, avortement, opération de conversion sexuelle dans le cas de transsexualisme, expérimentation scientifique sur le

²⁹⁵ V., à ce propos, J.-C. Honlet qui affirme (certes avec quelque retenue) que l'acte thérapeutique est devenu un standard juridique, dans son étude « *Adaptation et résistance de catégories substantielles de droit privé aux sciences de la vie* », in *Le droit saisi par la biologie*, C. Labrusse-Riou (dir.), L.G.D.J., 1996, p. 233 et s., spéc. p. 275 et 280.

²⁹⁶ Lois n°653-1994 et 654-1994 du 29 juill. 1994, J.O. 30 juill. 1994.

²⁹⁷ Cette modification textuelle a eu lieu lors de l'adoption de la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 *relative à la création d'une couverture maladie universelle et adoptant diverses mesures d'ordre sanitaire et social*. Depuis, l'article 16-3 du Code civil dispose qu'« *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne (...)* ».

²⁹⁸ Ce qui a provoqué les foudres d'une partie de la doctrine: v. notamment D. Thouvenin, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.* 2000, pp. 485-490.

²⁹⁹ Mais de manière non moins désintéressée, cette même loi ayant étendu la catégorie des donneurs vivants.

³⁰⁰ Loi n°2004-800 du 6 août 2004, J.O. 7 août 2004.

corps ne peuvent être effectués qu'à dessein de traiter ou de prévenir une maladie.

236. Remarquons que, malgré les apparences, les actes de chirurgie esthétique ne dérogent pas à cette condition essentielle³⁰¹. En effet, le désir de modifier son apparence physique ne saurait justifier à lui seul l'acte d'intervention sur le corps. Si un tel acte est admis, c'est parce qu'il a pour objet d'alléger, voire de supprimer la souffrance psychologique dont ce souhait de changement physique est révélateur. La nécessité thérapeutique justifiant l'intervention réside alors dans « *La recherche d'une amélioration d'un état mental ou moral défectueux dû à une perception négative qu'a le sujet de son apparence physique* »³⁰², alors même que celui-ci ne souffre par ailleurs d'aucune maladie physique entendue comme une « *Altération de la santé, des fonctions des êtres vivants* »³⁰³. Cette conception volontairement – nécessairement ? - englobante³⁰⁴ de la nécessité thérapeutique s'agissant des actes de chirurgie esthétique a été forgée par la pratique judiciaire³⁰⁵ afin de justifier leur licéité qui, *a priori*, n'est pas évidente.

237. En résumé, la nécessité thérapeutique s'entend de l'objectif de soigner une maladie prise dans son sens le plus générique, que celle-ci soit physique ou essentiellement psychologique. En tous les cas, sa mise en œuvre poursuit l'objectif de maintenir, restaurer ou améliorer le bien-être du sujet, défini comme « *Le fait d'être bien, satisfait dans ses besoins, ou exempt de besoins, d'inquiétudes ; sentiment agréable qui en résulte* »³⁰⁶. Il est évident que tout acte à visée thérapeutique a pour objectif final le bien-être ou le mieux-être du patient. Seulement, si cet objectif est exclusivement recherché dans le cas de la

³⁰¹ S'entend, non réparatrice et reconstructrice. Dans ce cas, la nécessité thérapeutique est évidente.

³⁰² S. Prieur, th. préc., p. 337.

³⁰³ *Larousse*, v° « maladie ».

³⁰⁴ S. Prieur évoque une finalité thérapeutique « forcée » *in* th. préc., p. 336 et s.

³⁰⁵ S. Prieur, th. préc., p. 338.

³⁰⁶ *Larousse*, v° « bien-être ».

chirurgie esthétique, il l'est de façon plus indirecte lorsqu'il s'agit de traiter une maladie dans son sens précisé *supra*, puisqu'il ne se réalise que par son truchement dont il *doit être* la conséquence.

238. Le critère de la seule nécessité médicale poursuit ce même objectif, même s'il n'est atteint qu'à plus ou moins long terme, donc de manière plus indirecte encore. En effet, la recherche sur le corps humain qu'il justifie vise à améliorer les connaissances médicales et scientifiques sur ce dernier et ainsi aboutir à la mise au point de thérapeutiques nouvelles. Celles-ci, on le sait, demandent en général des mois, voire des années de recherche. Elles n'en ont pas moins pour effet une amélioration du bien-être de l'individu.

239. La licéité de l'atteinte à l'intégrité physique du patient se justifie donc à deux niveaux : d'abord celui de la nécessité thérapeutique, ensuite celui de la recherche du bien-être voire du mieux-être du patient qui doit être systematiquement recherchée comme conséquence de l'acte thérapeutique, ceux-ci étant audacieusement confondus dans le cas de la chirurgie esthétique. La nécessité thérapeutique ou médicale, conjugée au bien-être ou au mieux-être individuel, justifie ainsi la licéité de l'atteinte à l'intégrité physique du patient. Ainsi, elle s'accorde parfaitement avec le principe d'inviolabilité du corps qui l'interdit *a priori*³⁰⁷.

240. Pour autant, elle est insuffisante à garantir que l'acte de disposition ne constitue pas une atteinte trop grave à l'intégrité physique du sujet. En effet, un acte thérapeutique peut-être *subjectivement ressenti par le patient comme améliorant son état physique et psychologique, alors même que l'atteinte à son intégrité physique serait disproportionnée d'un point de vue objectif*. Ce n'est que conjugué avec le principe de la raison proportionnée auquel doit obéir tout acte médical que, finalement, l'acte de disposition ne saurait avoir des

³⁰⁷ Article 16-1 C. civ.

conséquences dramatiques sur le corps du sujet qui s'y prête, et donc être autorisé.

2- Le principe de raison proportionnée

241. Le principe de la raison proportionnée est prévu à l'article R. 4127-40 du Code de la santé publique : « *Le médecin se doit d'interdire, dans les investigations et interventions comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié* »³⁰⁸. Ainsi, le médecin doit s'abstenir de procéder à l'acte d'intervention médicale s'il fait courir au patient un risque supérieur au bénéfice recherché, quand bien même ce dernier l'accepterait. Ce principe est appliqué de manière privilégiée dans le domaine de l'expérimentation sur le corps humain. Plus généralement, il s'agit d'un garde-fou à la réification du corps humain auquel peut aboutir toute intervention médicale. « *[L]e finalisme de la pensée médicale n'est pas une excuse absolutoire à l'égard du droit et de la morale. Il y a des limites à l'ingérence technique et scientifique dans le domaine de la biologie humaine. Le positivisme scientifique expérimental doit s'arrêter là où commence le respect de la personne humaine* », souligne avec raison M. L. Kornprobst³⁰⁹. Le principe de la raison proportionnée interdit ainsi que l'acte de disposition ait des conséquences irrémédiables sur le corps du sujet qui s'y prête. Il constitue le rempart ultime à l'atteinte la plus grave à l'intégrité physique : sa destruction. Par là même, il complète efficacement l'impératif de nécessité thérapeutique ou médicale : l'acte d'intervention doit avoir pour finalité le bien-être ou le mieux-être du sujet tout en préservant la vie et l'aspect humain du corps.

³⁰⁹L. Kornprobst, *Les responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion, 1957, p. 517.

242. La disposition corporelle en droit français présente donc un contenu moins libéral que sous le prisme du principe d'autonomie personnelle. De manière tout à fait logique, le consentement qui la justifie est également entendu de manière plus limitée.

§2 : Une disposition fondée sur une conception stricte du consentement

243. En droit interne, le consentement, pour être au fondement de la disposition corporelle, doit présenter certaines qualités essentielles. Si le socle dur de celles-ci est contenu dans le consentement en droit commun **(A)**, le consentement en droit médical **(B)** et le consentement en droit pénal **(C)**, qui impliquent directement la personne en son corps, requièrent des conditions supplémentaires.

A- Le consentement en droit commun

244. Il convient de distinguer le consentement de notions voisines du point de vue de la sémantique **(1)**, puis de le distinguer de la volonté **(2)**, et enfin de présenter le consentement classique de droit commun, le consentement contractuel **(3)**.

1- Le consentement et les notions sémantiquement voisines

245. Le mot consentement est issu du latin *consentire* qui signifie « être de même sentiment », d'où « être d'accord »³¹⁰. Il renvoie génériquement à l'acceptation d'une proposition par quelqu'un formulée par un tiers, c'est-à-dire à un accord de volontés. Ainsi, en droit français, le terme de consentement renvoie presque naturellement au consentement conventionnel, précisément formé par un accord de volontés. Aussi, la doctrine française a souvent étudié le consentement par le prisme de la convention, l'assimilant parfois à cette dernière.

246. Or, le consentement peut être caractérisé en l'absence d'accord de volonté entendu en ce sens. Ainsi, « il peut constituer une permission (l'accord des parents au mariage de leur enfant mineur), il peut entraîner un abandon de droits (l'accord impliquant un désistement d'instance), il peut traduire l'adhésion à un statut (le consentement au mariage) ou l'exercice d'une option (le consentement du bénéficiaire d'une promesse de contrat) »³¹¹. Ainsi, le consentement peut correspondre à un accord de volontés ou à une manifestation unilatérale de volonté, s'agissant par exemple de la permission donnée par les parents au mariage de leur enfant mineur ou d'un incapable majeur.

247. La philosophe Mme M. Marzano souligne toute l'ambiguïté du consentement et sa plurisignification. Ainsi, elle souligne que « d'un point de vue général, le verbe « consentir » signifie : « accepter qu'une chose se fasse et ne pas l'empêcher, approuver et souscrire ; autoriser et permettre »³¹². Ontologiquement, le terme consentement oscille ainsi entre une acception positive et une acception négative, entre « approuver » et « ne pas empêcher ».

³¹⁰ F. Gaffiot, *Dictionnaire illustré Latin-Français*, Hachette, v° « consentio », cité par X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, thèse Grenoble, L.G.D.J., 2002, p. 15.

³¹¹ X. Pin, th. préc., p. 17.

³¹² M. Marzano, *op. cit.*, p.4.

248. L'essentiel est que le consentement traduit, en toute hypothèse, un certain don de soi, qui peut être plus ou moins marqué selon l'implication de celui qui consent.

249. Ainsi, le consentement semble être le fondement évident de l'autonomie. Manifestation d'une implication personnelle, il paraît marquer un choix individuel assumé. Cependant, ce lien n'est pas toujours vérifié, car, pour être une manifestation de l'autonomie, il doit présenter certains caractères dont un, essentiel : la pleine conscience de ses implications, rendue possible par une information suffisante et surtout son caractère dépassionné. C'est ce qu'explique Mme M. Marzano dans son ouvrage : un consentement donné alors que ces conditions ne sont pas remplies n'assure absolument pas l'autonomie individuelle, l'individu procédant alors à un don de soi irréfléchi.

2- Le consentement et la volonté

250. Consentement et volonté sont étroitement liés mais ne peuvent être assimilés. En effet, alors que le consentement est déjà du droit car il est normatif à l'égard de ceux qui l'ont donné, la volonté est encore purement factuelle. Elle n'a pas accédé à la vie juridique au sens d'acte ayant un effet juridique, c'est-à-dire pris en compte par le droit. Elle est intériorisée, elle n'existe que dans l'esprit de celui dans lequel elle naît. La définition du philosophe décrit parfaitement cet état encore intime de la volonté : « *Forme de l'activité personnelle qui comporte, sous sa forme complète, la représentation de l'acte à produire, un arrêt provisoire de la tendance à un acte, la conception des raisons pour l'accomplir ou pour ne pas l'accomplir, le sentiment de la valeur de ces raisons, la décision d'agir comme elles l'indiquent et l'aboutissement à l'abstention ou à l'exécution définitive* »³¹³.

³¹³ A. Lalande, *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, P.U.F., Quadrige, 2006, v° « volonté ».

251. La définition juridique se fait déjà plus précise, liant la volonté au consentement, puisque le Doyen Cornu la définit d'une part comme « *La faculté de vouloir ; aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider, condition de validité d'un acte juridique (le défaut de volonté résultant d'un trouble mental justifiant l'annulation de l'acte) (...) et condition de la responsabilité délictuelle ou contractuelle (le défaut de discernement étant, au moins chez l'enfant en bas âge, une cause de non imputabilité) (...)* », d'autre part, comme le « *Fait de vouloir ; acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et un élément d'extériorisation (volonté déclarée) (...)* »³¹⁴. On comprend ainsi que pour le juriste, la volonté est une notion plus englobante que le consentement et surtout qu'elle lui préexiste autant qu'elle le fait exister. Elle constitue le mécanisme psychique qui conduit au consentement et qui l'anime. La volonté est ainsi la composante occulte du consentement. « *La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté* », écrit très justement Mme M.-A. Frison-Roche³¹⁵. La volonté est teintée d'une sorte d'absolutisme : en tant qu'élément interne au sujet, elle est ontologiquement illimitée. Dès lors qu'elle est extériorisée, elle s'oppose à la volonté d'autrui, et donc perd ses virtualités, sauf à être imposée à cette dernière. Dès lors, « *par sa volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté* »³¹⁶.

252. Ainsi, on comprend que la volonté dans son sens originel, c'est-à-dire son sens réel, est *a priori* instable puisque indépendante. Aussi, le juriste est réticent à accorder un rôle juridique à la volonté en tant que telle : « *Ce n'est*

³¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., v^o « volonté ».

³¹⁵ M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *R.T.D. civ.* juill-sept. 1995, p. 573.

³¹⁶ M.-A. Frison-Roche, *ibid.*

jamais la volonté pure de l'individu que le droit rend obligatoire et la chose serait impensable. Car la volonté empirique est instable et désordonnée ; qui voudrait se marier un jour voudrait demain devenir libre ; prendre la volonté pour loi serait l'incohérence absolue, ce serait l'absence de droit », écrit avec raison M. M. Villey³¹⁷. Si la volonté individuelle peut jouer un rôle juridique, c'est parce qu'elle est encadrée, domptée, maîtrisée par le droit. Et il ne s'agit dès lors plus de volonté. « [L]a volonté pure des individus (dans ce qu'elle a de spécifique, d'arbitraire et d'irréductible à la raison) est parfaitement impuissante à elle seule à être le droit ; elle est liberté, anarchie, (...), l'antithèse de la règle de droit »³¹⁸.

253. En droit français, il est classique de présenter la volonté sous le prisme du concept d'autonomie de la volonté, qui reprend cette idée de puissance, voire d'absolutisme, puisqu'elle signifie que la volonté humaine a le pouvoir de créer sa propre loi. Elle constitue l'un des principes directeurs du droit des contrats qui a inspiré les rédacteurs du Code civil de 1804. Concept idéaliste, il postule que la volonté librement exercée à la fois quant au choix du cocontractant mais aussi quant au contenu du contrat produit un acte parfait pour les parties que celles-ci *doivent* exécuter. Par leur seule volonté, les parties au contrat s'obligent à quelque chose dans des termes qui leur conviennent *nécessairement*. « *C'est la volonté des parties qui va donner sa force au contrat et le libre jeu de la volonté doit conduire au maximum de productivité* », écrit Mme V. Larribau-Terneyre ³¹⁹. Or, cette volonté ne devient normative qu'autant que le droit consacre son existence juridique à travers le consentement qui forme le contrat. La volonté seule des cocontractants, sans consécration juridique, n'aurait aucune valeur normative. Ce n'est donc pas la seule volonté des contractants qui permet la création de l'acte juridique qu'est le contrat.

³¹⁷ M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », in *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1957, p. 94.

³¹⁸ M. Villey, *op. cit.*, p. 95.

³¹⁹ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Sirey, p 232.

254. Même l'acte unilatéral de volonté, qui par définition émane d'une seule personne et n'oblige qu'elle-même, symptomatique de la méfiance du droit à l'égard de cette volonté instable, ne peut avoir d'effet juridique que parce que la règle de droit l'encadre. Sans cet encadrement, la volonté individuelle seule n'aurait pas d'existence juridique. Ainsi le testament, forme par excellence de l'acte juridique unilatéral, est-il encadré par le Code civil.

3- Le consentement contractuel

255. Le consentement de droit commun, consentement banal, classique, donné dans le cadre contractuel est formé par la rencontre des volontés des parties au contrat. D'ailleurs, d'un point de vue étymologique, « consentement » est issu du latin *consentire* signifiant être d'accord³²⁰. C'est cet accord qui marque l'extériorisation de la volonté par sa formalisation.

256. Le Code civil n'est pas généreux en dispositions réglementant le consentement. Ses rédacteurs se sont contentés, à l'article 1108, de prévoir que « *Le consentement de la partie qui s'oblige* » est une des quatre conditions essentielles à la validité d'une convention. Par la suite, les critères relatifs à sa validité juridique ne sont pas énoncés de manière positive mais essentiellement déduits des vices qui ne doivent pas l'affecter, l'article 1109 énonçant qu' « *Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Ainsi, le consentement doit être intègre **(b)**. Mais, au préalable, il doit évidemment exister **(a)**.

³²⁰ *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, v^o « consentement ».

a- L'existence du consentement

257. L'existence du consentement renvoie directement à la faculté de vouloir, à l'aptitude à comprendre la portée d'un acte. En effet, pour que le consentement existe, il est nécessaire qu'il émane d'une personne qui est en mesure de le comprendre, qui a conscience de l'engagement qu'elle donne : celui qui consent à un acte doit être capable, c'est-à-dire « *Doté de la capacité (surtout d'exercice), soit en plénitude (individu majeur et maître de ses droits pleinement capable, capable de tous les actes de la vie civile (...)) soit relativement à un genre d'engagement (individu capable de contracter, de s'obliger par ses délits, etc.)* »³²¹.

258. En droit français, la catégorie des incapables est constituée d'une part des mineurs non émancipés, d'autre part des majeurs protégés, c'est-à-dire « *Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté [qui bénéficie] d'une mesure de protection juridique* » (art. 425 C.civ., alinéa 1).

259. S'agissant des premiers, ce sont généralement leurs parents, titulaires naturels de l'autorité parentale, qui les représentent dans les actes de la vie civile jusqu'à leur majorité légale. Si le mineur a fait seul un acte pour lequel il aurait dû être représenté, celui-ci pourra être frappé de nullité (art. 1124 et 1305 C.civ.).

260. S'agissant des seconds, ils sont protégés « *tant [dans leur] personne que [dans leurs] intérêts patrimoniaux* » (art. 425 C.civ., alinéa 2) par la mise en place d'une sauvegarde de justice (art. 433 C.civ.), d'une curatelle (art. 440 C.civ., alinéas 1 et 2), ou d'une tutelle (art. 440 C.civ., alinéas 3 et 4)³²². Ces mesures

³²¹ G. Cornu, *op. cit.*, v° « capable ».

³²² Les mesures de protection juridiques des majeurs ont d'ailleurs été modifiées dans le sens d'une meilleure prise en compte de la volonté de ces derniers par une loi n°2007-308 du 5 mars 2007, J.O. 7 mars 2007. Pour un commentaire, voir par exemple *J.C.P.*

de protection judiciaire visent à assurer le contrôle, l'assistance ou la représentation du majeur s'agissant de certains ou de tous les actes de la vie civile, contractuels ou non. *A contrario*, il faut comprendre que lorsqu'aucune mesure de protection n'a été mise en place, le consentement du majeur en toute conscience est présumé, mais l'acte juridique fondé sur celui-ci pourra être attaqué *a posteriori* (art. 414-1 et 414-2 C.civ.). Bien entendu, si le majeur est placé sous un régime de protection et qu'il donne seul son consentement à un acte pour lequel il aurait dû être assisté ou représenté par un tiers protecteur, l'acte pourra être aisément annulé (art. 465 C.civ.).

b- L'intégrité du consentement

261. Le consentement doit, en sus d'exister, être intègre, c'est à dire n'avoir subi aucune altération, aucune atteinte. Il doit donc avoir été donné librement (α) et en pleine conscience (β).

α - La liberté du consentement

262. Un consentement n'est valable que s'il a été donné en toute liberté, c'est-à-dire sans contrainte physique et/ou morale. Le consentement, manifestation d'un « *abaissement, d'une sorte de capitulation, d'une aliénation* » selon Mme Frison-Roche³²³, doit avoir été donné en toute indépendance.

263. En droit des contrats, c'est le vice de violence qui est sanctionné en tant que révélateur du défaut de liberté dans le consentement (art. 1109 et 1111 et

2007. I. 118, T. Fossiez ; *Dr. et patr.*, janv. 2008, p. 110, H. Fulchiron ; *D.* 2008. Pan. 313, J.-J. Lemouland. Initialement, c'est la loi n°64-1230 du 14 déc. 1964 (J.O. 15 déc. 1964) qui a institué ces mesures de protection juridique.

³²³ M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, pp. 574-575.

s. du Code civil), la violence étant constituée par une « *contrainte physique ou morale exercée sur une personne pour l'amener à contracter* »³²⁴.

264. Cet impératif de liberté se retrouve s'agissant de toutes les hypothèses de consentement, que celui-ci soit donné dans un cadre purement contractuel ou au cours du processus judiciaire. Ainsi, s'agissant du divorce par consentement mutuel, l'article 232 du Code civil prévoit que « *Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé* »³²⁵.

De même, s'agissant du mariage, l'article 180 du Code civil prévoit la sanction du mariage contracté « *sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux* ».

265. Ainsi, le consentement n'a pas de sens s'il n'a pas été donné en toute liberté : il est fondé sur cette dernière, parce qu'il en est avant tout une manifestation. Cette remarque semble contredire ce qui a été dit *supra*, en ce que nous avons expliqué que le consentement est acte d'abnégation, de capitulation. Pourtant, l'un n'implique pas l'exclusion de l'autre. Le consentement, parce qu'il est toujours fondamentalement un choix, est l'exercice d'une liberté.

266. La validité du consentement impose également qu'il ait été donné en toute connaissance de cause.

β- La pleine conscience du consentement

267. Cela implique que le consentement soit exempt de dol ou d'erreur **(1)**, ce qui renvoie à l'obligation d'informer son cocontractant **(2)**, même si ces deux éléments ne sont pas nécessairement liés.

³²⁴ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, p. 290 et s.

³²⁵ C'est nous qui soulignons.

1- Le consentement doit être exempt de dol ou d'erreur

268. Nous avons cité *supra* l'article 1109 du Code civil qui prévoit qu' « *Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur (...) ou surpris par dol* ».

269. S'agissant d'abord de l'erreur, elle est le « *fait de se tromper (...), c'est une fausse représentation de la réalité* »³²⁶. « *Elle consiste à croire vrai ce qui est faux, et faux ce qui est vrai* »³²⁷.

270. Le Code civil précise à l'article 1110 que l'erreur « *n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ». Ainsi, toute erreur n'est pas prise en compte en tant que vice du consentement : seules l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne, s'agissant pour cette dernière des contrats conclus *intuitu personae*, sont juridiquement sanctionnées.

271. Outre ces conditions liées à la nature de l'erreur, il est également impératif que celle-ci soit entrée dans le champ contractuel. Il est aussi nécessaire que l'erreur ait été déterminante du consentement, au sens où son absence aurait conduit la partie au contrat à ne pas conclure la convention ou à la conclure à des conditions différentes.

272. S'agissant du dol, il est prévu à l'alinéa 1 de l'article 1116 du Code civil, selon lequel « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Selon les textes, le dol originel renvoie donc nécessairement à un comportement positif : il est une tromperie

³²⁶ G. Cornu, *op. cit.*, v° « erreur ».

³²⁷ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, p. 278.

extériorisée. Or, il ne se réduit plus à cette conception depuis que la jurisprudence a élargi son domaine et il englobe désormais tout « *Comportement malhonnête, le plus souvent d'un contractant envers l'autre, sous forme de manœuvres, mensonges, feintes, collusions, etc.* »³²⁸. Le dol peut donc être « *un act[e] extérieu[r] destiné à tromper et portant en [lui]-mêm[e] la preuve de cette intention de tromper* »³²⁹ ou un simple mensonge³³⁰, voire « *le silence de l'une des parties dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui l'aurait empêché de contracter* »³³¹, autrement dit une réticence dolosive. Cet élargissement jurisprudentiel ultime a été fondé sur l'obligation corrélative d'information, également découverte par le juge. Trouvant sa source dans l'exigence de loyauté et de bonne foi contractuelle, cette obligation a été imposée non seulement aux professionnels lorsqu'ils concluent un contrat avec des profanes³³², mais également entre ces derniers³³³.

273. Erreur et dol sont ainsi révélateurs de ce que le consentement a été donné alors que des éléments essentiels du contrat étaient mal compris ou ignorés par l'une des parties au contrat. Cela nous conduit tout naturellement à aborder l'obligation d'informer son cocontractant.

2- L'obligation d'informer son cocontractant

274. Il est logique d'affirmer qu'un consentement éclairé requiert une information exhaustive sur la convention projetée. Or, sous l'action (non

³²⁸ G. Cornu, *op. cit.*, v° « dol ».

³²⁹ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, p. 286.

³³⁰ Civ. 3^{ème}, 6 nov. 1970, *J.C.P.* 1971. II. 16942, note J. Ghestin.

³³¹ Civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, *Bull. civ.* n°38, *R.T.D. civ.* 1971. 839, note Loussouarn.

³³² Civ. 3^{ème}, 3 févr. 1981, *D.* 1984. 457 ; Cass. 3^{ème} civ., 12 oct. 1994, n°92-16.341, inédit.

³³³ Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, *J.C.P.* 2001. I. 301, obs. Y.-M. Sérinet ; *J.C.P.* 2002. II. 10054, note Chr. Lièvreumont.

concertée, selon une partie de la doctrine³³⁴) du juge et du législateur, la façon dont cette information est obtenue a évolué.

275. Ainsi, il est classique de poser en principe que le pendant de la liberté contractuelle est le devoir de s'informer sur les éléments essentiels de la convention projetée. Cependant, la complexification des rapports contractuels, la spécialisation d'une catégorie des parties au contrat - les professionnels -, et par conséquent le risque de déséquilibre contractuel lié à la surinformation de ces derniers, a conduit à remettre en cause une telle règle implicite de comportement. C'est le juge qui a progressivement imposé une obligation d'information à la charge de certains contractants à l'égard de l'autre partie au contrat, imposant ainsi la communication d'éléments essentiels à ce dernier³³⁵. Par la suite, le législateur a complété le travail jurisprudentiel et créé diverses obligations particulières d'information, essentiellement en droit de la consommation qu'il n'est pas utile d'aborder.

276. En tous les cas, l'information délivrée doit concerner un fait pertinent et dès lors présenter trois caractéristiques : d'abord, être un fait en rapport avec les obligations nées du contrat, ensuite, être un fait utile au contractant, c'est à dire « *qui permet de l'éclairer dans ses décisions et le cas échéant de modifier son comportement* », soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en réexaminant les conditions ; enfin, être un fait dont la révélation n'est pas illicite³³⁶.

277. Remarquons enfin qu'il est essentiel que cette information soit délivrée de manière intelligible. En effet, en sus des éléments théoriques qui viennent

³³⁴ V. par exemple les remarques de F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette *in Les obligations*, Dalloz, 2005, p. 236.

³³⁵ V. notamment Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris 1975 ; Y. Boyer, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, thèse Aix 1977 ; C. Lucas de Leyssac, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *in L'information en droit privé*, 1978 p. 305 et s. ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse Paris I, éd. 1992 ; A Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, thèse ronéot, Nice 1977.

³³⁶ M. Fabre-Magnan, th. préc., p. 164.

d'être décrits, il est primordial qu'en pratique la partie au contrat à qui est destinée cette information en saisisse sinon tous les éléments, au moins le principal. Ainsi, si sur le fond l'information doit être claire et accessible de manière à ce que le cocontractant la comprenne sans difficulté³³⁷, en la forme le plus souvent elle est logiquement constituée d'un écrit.

278. Ce dernier élément est revêtu d'une importance décisive lorsque le consentement est donné dans le domaine médical.

B- Le consentement en droit médical

279. Le consentement en droit médical, s'il peut paraître fondamentalement similaire au consentement en droit commun, présente pourtant certaines particularités essentielles, puisqu'il autorise le médecin à porter atteinte à l'intégrité physique du patient. Sans prétendre à une analyse exhaustive, nous étudierons d'abord les manifestations formelles de ce consentement **(1)** avant d'analyser ses justifications **(2)**, puis il sera illustré par des exemples issus du droit médical et biomédical, dans les domaines ayant vu consacrer le principe d'autonomie personnelle **(3)**.

1- Les manifestations formelles de la particularité du consentement en droit médical

280. Le consentement donné par le patient à son médecin présente des analogies avec celui que nous venons d'étudier puisqu'il doit, à l'instar de celui-ci, être donné de manière libre et éclairée, et, bien évidemment, exister. Ce dernier point fera l'objet d'observations particulières en ce que le

³³⁷ V. les ouvrages généraux en droit des obligations cités *supra*.

consentement donné à l'acte médical est nécessaire mais non suffisant à permettre l'atteinte à l'intégrité physique du patient **(a)**. Le caractère éclairé du consentement impose également des développements supplémentaires au regard de l'objet de la relation médicale, que ce soit dans le secteur public ou privé, qui consiste à effectuer une prestation sur le corps du patient. Ainsi, le consentement à l'atteinte portée à son intégrité physique ne sera donné par ce dernier qu'après qu'une information toute particulière lui a été délivrée **(b)**.

a- L'insuffisance du consentement à l'acte médical

281. Il est évident que le médecin doit recueillir le consentement du patient avant toute intervention sur son corps. Cependant, ce consentement est plus complexe que celui vu précédemment en ce qu'il est insuffisant à permettre l'atteinte à l'intégrité physique du patient : il convient ainsi de distinguer le consentement aux soins médicaux **(α)** de l'autorisation de porter atteinte à l'intégrité physique du patient, qui est renouvelée chaque fois que le médecin effectue un acte thérapeutique sur ce dernier **(β)**.

α - Le consentement aux soins médicaux

282. Ce consentement peut être donné, nous l'avons vu, dans le cadre d'un contrat médical **(1)** ou dans le cadre de l'usage du service public hospitalier **(2)**.

1- Le consentement donné dans le cadre d'un contrat médical

283. Rappelons que c'est le célèbre arrêt Mercier qui pose en principe la relation contractuelle unissant le médecin libéral à son patient : « *Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le*

praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade (...), du moins de lui donner des soins non pas quelconques (...), mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science (...) »³³⁸.

284. M. G. Mémeteau enseigne, dans son « *Cours de droit médical* »³³⁹, que le contrat médical est un contrat synallagmatique en vertu duquel « *le médecin s[e] trouve obligé à faire quelque chose, c'est à dire prêter ses soins, précédés de la réception par le client et du diagnostic, suivis de conseils et de surveillance* »³⁴⁰. En contrepartie, le malade n'est pas dispensé de toute obligation, puisqu'il est obligé à « *rémunérer le médecin (...) [et] suivre [s]es conseils (...)* »³⁴¹. C'est également, est-il besoin de le souligner, un contrat *intuitu personae*, tant du point de vue du médecin que de son patient, que l'un et l'autre concluent au regard de leurs personnalités respectives. Cela est d'autant plus crucial s'agissant du patient qui accepte de confier son corps à *un médecin en particulier*. Ainsi, le contrat médical est « *une confiance qui rejoint librement une conscience* », selon la célèbre formule du professeur Portes³⁴². Rappelons également que par le contrat médical, et en vertu de la jurisprudence Mercier précitée, l'obligation du médecin est de moyens et non de résultat : il est tenu non pas de guérir le patient, mais de le soigner. « *Le praticien est obligé de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose, matériellement et intellectuellement, pour protéger, conserver, restituer la santé de son patient* », explique M. G. Mémeteau³⁴³.

285. Par son consentement au contrat médical, le patient accepte ainsi une offre de soins proposée par son médecin. Dans la pratique, « *bien qu'ayant pris en premier l'initiative, [le patient] accepte le contrat tel qu'offert par le médecin ainsi*

³³⁸ V. arrêt Mercier, Cass. civ. 20 mai 1936, préc.

³³⁹ G. Mémeteau, *Cours de droit médical*, Collection Les Etudes Hospitalières, p. 303 et s.

³⁴⁰ G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 303.

³⁴¹ G. Mémeteau, *ibid.*

³⁴² Professeur Portes, cité par G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 305.

³⁴³ G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 333.

que ses conditions, lesquelles du fait de l'organisation légale de la profession médicale, sont en fait réglementées par la loi, l'usage et la déontologie », remarque avec raison Mme. P. Rayroux³⁴⁴. Le contrat médical est donc schématiquement un contrat d'adhésion, naturellement fondé sur la relation médecin-patient qui est de type sachant-ignorant. Ce constat, s'il s'impose, n'a cependant rien d'original. En effet, toute la spécificité du contrat médical réside davantage dans la nécessité du consentement à former le contrat médical et à permettre son exécution³⁴⁵, et en même temps dans son insuffisance à la mise en pratique de cette dernière, ce que nous allons étudier *infra*³⁴⁶.

286. Ce consentement n'est pas spécifique au contrat médical, puisqu'il doit également être donné lorsque les soins médicaux ne sont pas fondés sur une relation contractuelle. C'est le cas lorsque le patient est un usager du service public hospitalier.

2- Le consentement donné dans le cadre du service public hospitalier

287. L'adhésion du patient à une offre de soins proposée par le praticien est également requise si celui-ci est un usager du service public hospitalier. La nature non contractuelle des rapports entre le médecin exerçant dans le secteur public et son patient ne fait pas disparaître l'exigence du consentement. En effet, il s'agit toujours de porter atteinte, par les soins médicaux, à l'intégrité physique du patient, ce qui ne peut être réalisé sans son accord. Certains auteurs ont mis en évidence la réalisation difficile de cette exigence dans cette hypothèse, qui la rendrait illusoire³⁴⁷. En effet,

³⁴⁴ P. Rayroux, *Consentement, liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain*, Thèse Paris II, 1993, p. 37.

³⁴⁵ V. la thèse de F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, l'Harmattan, 2003, préface A. Prothais.

³⁴⁶ V. *infra*, b., p. 156.

³⁴⁷ V. par ex. B. Py, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse Nancy II, 1993, p. 134 et s.

l'usager du service public serait en général un sujet passif du rouage hospitalier qui subirait des atteintes à son intégrité physique (examens médicaux divers, opérations chirurgicales) davantage qu'il n'y consentirait. A l'hôpital, le malade serait infantilisé, dépendant des praticiens, victime de l'impérialisme médical³⁴⁸. S'il est vrai que certaines pratiques abusives ont pu être dénoncées, comme celle « *du toucher rectal ou vaginal sur des patients endormis, sans que quiconque ait songé à solliciter leur consentement* »³⁴⁹, on se gardera d'adhérer à un tel point de vue qui diabolise, non sans excès, la médecine hospitalière³⁵⁰.

288. Le consentement donné aux soins médicaux n'est que le préalable indispensable à la réalisation pratique de ces derniers : l'atteinte à l'intégrité physique du patient. Celle-ci n'est possible que si le patient y donne son accord, distinct de celui vu précédemment.

β- L'autorisation de porter atteinte à l'intégrité physique du patient

289. Que ce soit dans le cadre du contrat médical ou dans le cadre de l'usage du service public hospitalier, le consentement n'est pas suffisant à permettre au médecin de porter atteinte à l'intégrité physique du patient et ne donne pas un blanc-seing de pratiquer, par la suite, toute intervention médicale sur le patient. Il lui faudra, pour chaque acte médical, obtenir un nouvel accord du patient.

³⁴⁸ B. Py, th. préc., p. 135. Sur ce point, l'auteur cite les remarques de J. Robert, « Le corps humain et la liberté individuelle », in *Le corps humain et le droit*, Ass. Capitant, 1975, p. 465.

³⁴⁹ B. Py, *ibid.* V. également sur cette question, par le même auteur, *Le sexe et le droit*, Que sais-je ?, P.U.F.

³⁵⁰ Remarquons d'ailleurs que ces remarques sont datées, puisqu'elles remontent à quelques dizaines d'années.

290. La doctrine s'est interrogée sur la nature exacte de cet accord dans le cadre de la relation médicale contractuelle : s'agit-il du consentement donné à un nouveau contrat, celui-ci étant formé à chaque fois qu'un nouvel acte thérapeutique à effectuer est nécessaire, ou d'un assentiment, ou encore d'une autorisation ? La terminologie employée n'est pas anodine. Ainsi, si un nouveau contrat se forme entre le médecin et son patient chaque fois que des soins nouveaux sont apportés à ce dernier, cela emporte des conséquences au regard de la prescription, de la capacité du patient, d'une nouvelle négociation éventuelle des honoraires médicaux, etc.

291. Selon M. G. Mémeteau, il n'y a pas formation d'un nouveau contrat à chaque acte médical effectué sur le patient. Le contrat médical est « *un contrat unitaire. Entre le malade et le médecin ne se concluent pas de nouveaux contrats chaque fois qu'il faut proposer et accepter un acte médical nouveau (...). [Il faut distinguer] entre le consentement à la formation du contrat, puis [l'] assentiment à l'exécution des actes entrant dans l'obligation du professionnel. Il faut cet assentiment, non pas pour « re-former » le contrat, mais parce que l'intangibilité du corps humain l'impose et rend nulle toute acceptation préalable, générale, imprécise, aux interventions, qu'on ne peut agréer chaque fois qu'en connaissance de cause, après information donnée par le praticien sur leurs chances et leurs risques* »³⁵¹. Le professeur distingue ainsi entre le consentement au contrat médical, préalable nécessaire à sa formation et à son exécution, de l'assentiment donné par le patient pour chaque acte d'exécution du contrat. Le contrat médical n'est donc pas un ensemble contractuel formé de plusieurs contrats, mais un seul contrat, à exécution successive. Surtout, le terme assentiment implique qu'il n'y ait pas nouvel accord de volonté chaque fois qu'un acte médical est effectué sur le patient. En effet, l'assentiment est « *un acquiescement déclaré ou tacite, volontaire ou forcé à un acte, à une opinion. Action de les approuver* »³⁵². Le

³⁵¹ G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 306.

³⁵² *Larousse*, v° « assentiment ».

terme d'assentiment met en exergue le rôle davantage passif du patient en cours d'exécution du contrat médical. Il s'agit de dire oui à des actes de soins sur lesquels il s'est déjà mis d'accord avec le médecin lors de la conclusion du contrat médical.

292. Un autre auteur, Mme P. Rayroux, retient également le terme d'assentiment afin de désigner le ou les accords donnés par le patient aux soins effectués postérieurement à la conclusion du contrat médical, après s'être interrogée sur la nature de ces derniers. Elle évacue donc l'hypothèse de contrats successivement formés pour la mise en œuvre des soins pour retenir, à l'instar de M. G. Mémeteau la notion de contrat unitaire dont l'exécution est rendue possible par l'assentiment du patient³⁵³.

293. M. S. Prieur retient quant à lui un autre terme afin de désigner l'acceptation du patient de subir des actes de soin : il évoque l'autorisation, c'est-à-dire « *une permission donnée par le disposant [le patient] à une autre personne [le médecin] d'attenter à son intégrité corporelle* »³⁵⁴. Selon lui, cette autorisation, acte juridique unilatéral par lequel le patient dispose de son corps, prend place dans le processus contractuel instauré entre le médecin et son patient tout en se distinguant fondamentalement du consentement originel donné au contrat médical. Il s'agit alors d'un consentement spécial à ce qu'une atteinte soit portée à son intégrité physique, qui se distingue de ce dernier. « *Le consentement au contrat médical (...) est le consentement à des soins : il n'est pas le consentement à l'atteinte à l'intégrité physique, qui doit en être dissocié. Le consentement au contrat médical n'est pas le consentement à l'acte médical attentatoire à l'intégrité corporelle de celui qui dispose ainsi de son corps. L'autorisation de porter une atteinte à son corps donnée par la personne à autrui est un consentement autonome par rapport à celui qui forme le contrat médical. Il y a ici*

³⁵³ P. Rayroux, th. préc., p. 37 et s.

³⁵⁴ S. Prieur, th. préc., p. 162 et s., spéc. p. 163.

manifestation d'une volonté particulière, celle d'un acte unilatéral d'autorisation autonome, au sein d'un rapport contractuel », explique-t-il³⁵⁵.

294. Enfin, M. F. Archer donne sa préférence pour le terme de permission, qui désigne alors « *une liberté, une faculté* » entendue ici comme permettre une atteinte à son intégrité physique³⁵⁶. Remarquons que selon le raisonnement de l'auteur, ce terme n'a pas seulement vocation à « exprimer » l'accord donné par le patient dans le cadre de l'exécution du contrat médical, mais est destiné, de manière plus générale, à remplacer le vocable « consentement » en droit pénal de la vie humaine.

b- Le renforcement de l'obligation d'information

295. Etudions successivement le contenu de cette information (α) et ses manifestations formelles (β).

α - Le contenu de l'obligation d'information du médecin

296. On devine sans difficulté, au regard de l'objet de l'intervention médicale, que l'obligation d'information du médecin est plus lourde que celle qui a pu être décrite dans les lignes précédentes³⁵⁷. En effet, les soins médicaux, que l'on se trouve dans le cadre de la médecine libérale ou hospitalière, constituent une atteinte à l'intégrité physique du patient et il est indispensable qu'au regard de la gravité de cet acte, ce dernier donne un consentement tout à fait éclairé.

297. Remarquons que la teneur de cette information est intrinsèquement liée à la façon dont le patient est considéré par le corps médical. Soit il est considéré

³⁵⁵ S. Prieur, th. préc., p. 174.

³⁵⁶ F. Archer, th. préc., p. 486 et s., spéc. p. 493.

comme un sujet passif de l'acte médical du fait de son ignorance, et le médecin, *qui sait ce qui est bon pour sa santé*, décide pour lui des soins à prodiguer, et dans ce cas l'information à délivrer n'a pas à être particulièrement étayée. Soit on considère le patient comme un acteur à part entière de l'acte médical, collaborant avec le médecin. Dans ce cas, il convient de lui délivrer une information sinon exhaustive, au moins efficace. Ces deux façons de considérer le patient reflètent deux idéologies du droit médical, l'idéologie téléologique et l'idéologie déontologique, sur lesquelles nous reviendrons³⁵⁸. Retenons pour l'instant deux définitions synthétiques, et pour ce faire reprenons les termes de M. J.-P. Caverni : « *l'idéologie téléologique [est] fondée sur un principe de bienfaisance, ou de non malfaisance, tel que la société le conçoit, [et l'] idéologie déontologique [est] fondée sur l'autonomie de la personne quant à la conception de ce qui est bien pour elle et pour la société* »³⁵⁹. L'auteur observe un glissement de l'idéologie téléologique vers l'idéologie déontologique. Il semble en effet évident que le patient est considéré aujourd'hui comme un acteur incontournable de l'acte médical : lui seul décide, *in fine* et une fois l'information nécessaire délivrée, si une atteinte sera portée à son intégrité physique par le médecin. Cela va de soi, puisque le patient *est* le corps sur lequel seront portés les soins. Pourtant, le paternalisme médical qui régnait il y a quelques années, et que fondait le principe téléologique, commandait que le médecin décide pour l'homme malade nécessairement « *frappé [d'] opacité intellectuelle* » ou d'« *inaptitude à comprendre* »³⁶⁰. La médecine du 21^{ème} siècle inverse donc la tendance. Et, logiquement, on observe qu'une place prépondérante est faite à l'information donnée au patient, corollaire du recueil indispensable de son consentement.

³⁵⁸ V. *infra*, p. 151 lorsque nous analyserons les fondements du consentement spécial en droit médical.

³⁵⁹ J.-P. Caverni, « Le consentement est-il éthique ? », in *Le consentement, Droit nouveau du patient ou imposture ?*, Editions In Press, Collection Champs libres, 2005, p. 11 et s., spéc. p. 13.

³⁶⁰ B. Py, th. préc., p. 144.

298. Il est donc essentiel de déterminer le contenu de cette information. La problématique en la matière pourrait se résumer à cette interrogation banale : le médecin est-il tenu de *tout dire* à son patient ? Dans la même logique, celui-ci doit-il adapter l'information qu'il délivre à la personnalité de ce dernier, ou doit-il délivrer une information standard, identique pour tout malade ?

299. Il est certain que si le médecin ne doit pas la vérité la plus absolue à son patient, ne serait-ce que parce qu'il l'ignore lui-même, il est de son devoir de l'informer sur le « *diagnostic, c'est à dire l'identification des causes de son mal et sur le pronostic, c'est à dire sur le devenir de son mal* »³⁶¹. Selon une jurisprudence classique, le médecin doit fournir à son patient une information « *simple, approximative, intelligible et loyale* »³⁶², ce qui implique, si nécessaire, d'adapter le vocabulaire médical aux facultés de compréhension concrètes du patient. Il a ainsi été jugé que le médecin n'est pas fautif lorsqu'il parle de sinusite frontale double au lieu de mucocèle à une patiente³⁶³.

300. La jurisprudence classique, tant judiciaire qu'administrative, pose en principe que le médecin doit communiquer à son patient les risques et les avantages normalement prévisibles du traitement proposé³⁶⁴, ce qui inclut les risques graves, même exceptionnels³⁶⁵. Cependant, le législateur prévoit à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique que l'information doit être délivrée sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles que comportent les traitements proposés, ce qui semble exclure les risques exceptionnels. Si la Cour de cassation s'est finalement prononcée en ce sens³⁶⁶, le Conseil d'Etat reste fidèle à sa jurisprudence traditionnelle³⁶⁷.

³⁶¹ B. Py, th. préc., p. 146.

³⁶² Cass. civ. 21 fév. 1961, *D.* 1961, 534.

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 fév. 1990, *D.* 1990 I. R. 61.

³⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, *J.C.P.* 1998, II, n°10179, conclusions J. Sainte-Rose, note p. Sargos ; C.E. 5 janv. 2000, *J.C.P.* 2000, II, n°10271, note J. Moreau, *Méd. et Droit*, 25 févr. 2000, n°40, p. 17, note C. Clément.

³⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 2002, *Resp. civ. et assur.* 2003, comm. 76 ; Cass. civ. 1^{ère} 15 juin 2004, n°02-12530 ; Cass. civ. 1^{ère} 26 oct. 2004, n°03-15120.

Ajoutons que l'obligation d'information du médecin est également postérieure à l'acte médical, celui-ci étant tenu, en vertu de l'article L. 1111-2 alinéa 1 du Code de la santé publique, « *d'avertir le patient, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actes de prévention, des risques nouveaux identifiés (...), sauf en cas d'impossibilité de [l]e retrouver* ».

301. Enfin, on peut se demander si l'objectif thérapeutique de l'intervention médicale ne commande pas, parfois, un devoir de réticence pour le médecin. A cet égard, il est classique d'évoquer l'effet psychologiquement destructeur de l'annonce d'une maladie grave à un patient. Certains médecins avouent à ce propos taire la vérité au patient concernant son véritable état de santé, notamment lorsqu'il est âgé. Dans ce cas, ils minimisent la gravité de la maladie tout en proposant un traitement adapté à l'état de santé réel du patient. Soulignons alors que dans cette hypothèse, le consentement de ce dernier au traitement n'est pas recueilli, à défaut d'être éclairé. La même observation peut-être faite s'agissant de la rétention d'information à laquelle peut parfois procéder le médecin au nom de la qualité de vie du malade. Dans ce cas, le médecin raisonne non en terme de nombre d'années de vie gagnées mais en terme de confort dans l'existence, au prix d'une réduction de l'espérance de vie. M. P. Le Coz cite à ce propos un exemple éclairant, celle d'un « *praticien hospitalier qui (...) explique à un patient issu du monde rural que l'insuffisance rénale chronique dont il souffre est rebelle à tout traitement, et, pour toute suggestion, il l'invite à regagner son domicile, (...) [alors qu'il aurait pu lui mentionner] la possibilité de procéder à une hémodialyse chronique réitérative*³⁶⁸ (...). *[Or], cette prise en charge aurait nécessité que le patient quitte son domicile pour venir s'installer à côté d'un grand centre hospitalier (...). [Le praticien avait ainsi*

³⁶⁷ C.E. 27 sept. 2002, n°211370 ; C.E. 19 mai 2004, n°02-12530.

³⁶⁸ Méthode d'épuration du sang.

estimé que] pour cet homme, une survie moins longue dans son cadre familial était préférable à une survie prolongée dans un cadre détérioré »³⁶⁹.

302. Cet exemple peut paraître anecdotique. Pourtant, il met en relief la possible toute puissance du médecin, laquelle s'exerce par le biais de l'information, préalable indispensable au consentement. Il est donc judicieux de s'interroger sur la matérialité de cette information.

β- Manifestations formelles de l'obligation d'information

303. L'article L. 1111-2 alinéa 3 du Code de la santé publique prévoit que « *cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel* ». Or, le déséquilibre de la relation médicale impose que l'information soit aussi adaptée que possible aux capacités de compréhension du patient. Cela a été vu *supra* : pour ce faire, le médecin peut substituer des termes du lexique médical, souvent occultes pour le patient, à ceux du langage commun. Cependant, il ne doit pas dénaturer, par ce biais, l'information délivrée au patient.

304. L'information indispensable au consentement éclairé du patient est donc affaire de communication de la part du médecin, et on comprend que la forme de cette dernière est cruciale pour sa compréhension. On peut même avancer que la forme que prend le discours informatif du médecin est aussi importante, sinon plus, que le contenu de ce discours. M. O. Guillod souligne avec raison que « *Sont particulièrement importants la substance même de l'information, le moyen employé pour sa transmission ainsi que les circonstances qui*

³⁶⁹ P. Le Coz, « Consentement et dilemmes éthiques en cancérologie », in *Le consentement, Droit nouveau du patient ou imposture ?*, op. cit., p. 85 et s., spéc. p 91.

l'entourent (lieu, époque, personnes impliquées). Toutes ces modalités doivent tendre vers un but principal : assurer la compréhension de l'information par le patient »³⁷⁰.

305. Sur ce point, la pratique est décevante. En effet, on sait que l'information délivrée peut être simplement verbale, même si l'écrit est privilégié, surtout dans les hypothèses de soins médicaux particulièrement lourds (examens invasifs, opérations chirurgicales, chimiothérapie, etc.) et dans un objectif évident de faciliter la preuve de cette information. De manière générale, cet écrit est constitué d'un formulaire de consentement qui décrit par exemple les risques et les alternatives du traitement. Ce consentement est signé par le patient après avoir été lu. Or, cette méthode de transmission de l'information, si elle semble *a priori* adaptée à sa compréhension par le patient, est la plupart du temps inefficace : celui-ci, dans la plupart des cas, comprend imparfaitement, voire pas du tout, l'information qui lui est délivrée. M. O. Guillod donne trois raisons principales à cela : le contenu non informatif du document, le caractère routinier, bureaucratique du processus de recueil du consentement, et le langage occulte des documents visant à recueillir le consentement du patient. L'auteur explique ainsi que « *l'analyse de mille cinq cent vingt-six formulaires employés en recherche médicale a montré que moins de 7% d'entre eux étaient aussi lisibles que Time Magazine (...) [et] que les formules analysées (...) étaient aussi difficiles à lire que des revues scientifiques, ou à peine moins* »³⁷¹ ! L'auteur poursuit son analyse en déplorant que dans la plupart des cas, le patient ne comprenne pas le formulaire de consentement qu'il signe. On ne résiste pas à l'envie de relater une étude statistique édifiante qu'il livre à l'appui de son étude : « *deux cent patients cancéreux furent interrogés dans les vingt-quatre heures qui suivaient la signature d'une formule de consentement. Il apparut que 60% d'entre eux avaient compris la nature et le but du*

³⁷⁰ O. Guillod, « Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ? », in *Le consentement, Droit nouveau du patient ou imposture ?*, op. cit., p. 162 et s.

³⁷¹ O. Guillod, préc., p. 163.

traitement et 55% pouvaient citer au moins un de ses risques importants (...). 76% ne savaient pas le nom du médicament qu'ils prenaient, malgré une information orale et écrite, 88% n'en connaissaient pas les effets secondaires majeurs et 36% en ignoraient la posologie. Des enquêtes menées en Allemagne on trouvé des résultats voisins (...). 18% des patients étaient en mesure de restituer le contenu du dialogue avec le médecin, la moitié d'entre eux se rappelait seulement que l'opération était nécessaire et comportait des risques tandis que le tiers restant ne savait plus sur quoi avait porté le dialogue ! »³⁷².

306. L'auteur propose par la suite des solutions à cette mauvaise assimilation de l'information, comme l'enregistrement vidéo, par le médecin, de son message informatif. L'utilisation du message audiovisuel présenterait l'avantage de délivrer un message plus concret au patient, et, surtout, il serait répétable à volonté ³⁷³. On s'approcherait alors davantage de l'objectif rarement atteint d'une information médicale efficace, condition indispensable au consentement qui permet de porter atteinte à l'intégrité physique du patient. Il convient donc à présent d'étudier la raison essentielle pour laquelle le consentement est incontournable en droit médical.

2- La justification du consentement en droit médical

307. Ce consentement est essentiellement justifié d'un point de vue théorique par le principe d'inviolabilité du corps humain **(a)**. Si l'on comprend donc qu'il constitue l'élément fondamental permettant l'atteinte à ce dernier, il est pour autant insuffisant **(b)** et l'encadrement légal est incontournable.

³⁷² O. Guillod, préc., p. 164. L'enquête statistique s'agissant des patients cancéreux a été menée aux Etats-Unis.

³⁷³ O. Guillod, préc., p. 170.

a- Le principe d'inviolabilité du corps humain, justification essentielle du consentement en droit médical

308. Selon M. G. Cornu, l'inviolabilité est l' « *intangibilité constituant, pour une personne, (...) un droit fondamental à son intégrité corporelle* »³⁷⁴. Il s'agit d'un droit défensif, celui de ne pas être contraint à subir une atteinte corporelle de la part d'autrui³⁷⁵. Dans la matière qui nous occupe, il s'agit du droit pour le patient de refuser les soins du médecin, qu'ils soient invasifs ou non : le médecin est toujours tenu de respecter la volonté de celui-ci, même si elle a des conséquences fâcheuses pour sa santé. L'exigence du consentement du patient aux soins médicaux - pris dans sa globalité étudiée *supra* - n'est autre que la traduction du respect de la protection de son corps. De manière classique, la doctrine explique que la genèse de cette interdiction de ne pas subir d'atteinte corporelle de la part de tiers se trouve dans la célèbre formule « *Noli me tangere* » (ne me touche pas), prononcée par Jésus à l'attention de Marie-Madeleine lorsqu'il ressuscita le dimanche de Pâques. Or, il est essentiel de comprendre que par l'interdiction de subir une atteinte par un tiers, c'est plus largement une interdiction de subir une atteinte à son intégrité psychique, à son bien-être moral, que le « *Noli me tangere* » fondamental contient. « *La fidélité à [la] règle [du noli me tangere] est affaire de civilisation. La société contemporaine (...) ne doit pas oublier qu'il est l'adage de la personne, que toucher au corps, c'est souvent toucher à plus qu'au corps parce qu'il est mystérieusement lié à l'esprit : unitas vero personae constituitur ex eis in quantum est unus aliquis subsistens in carne et anima* (Saint Thomas - C'est la subsistance de

³⁷⁴G. Cornu, *op. cit.*, V° « inviolabilité ». On remarque toutefois qu'intangibilité et inviolabilité ne sont pas synonymes, même si la distinction est subtile : « *L'intangibilité se définit comme l'interdiction de toucher (...), alors que l'inviolabilité peut être définie comme le droit d'interdire d'être touché* », explique B. Py, th. préc., p. 88.

³⁷⁵V. par exemple, pour une explication synthétique, D. Vigneau, « Statut du corps humain, de ses éléments et produits », *Dictionnaire Permanent Bioéthique et biotechnologies*, p. 2369.

l'individu en chair et en âme qui fait la personne humaine) », expliquent de manière éclairante MM. H. Roland et L. Boyer³⁷⁶.

309. Ainsi, le principe d'inviolabilité du corps constitue ontologiquement un principe de respect de la personne dans son essence, dans ce qu'elle a de plus précieux, son équilibre psychique, qui est assuré par le respect dû à son corps. Ce dernier peut donc être considéré comme un droit si fondamental qu'il serait naturel. M. S. Prieur évoque à ce sujet le « *droit négatif de s'opposer à toute atteinte à son propre corps* »³⁷⁷. M. F. Archer compte également parmi ces auteurs qui considèrent que le consentement en droit médical ne se réduit pas à sa dimension contractuelle mais révèle « *l'existence d'une garantie du droit de chacun de préserver son intégrité physique ou celle de sa descendance* », cette conception étant guidée notamment par « *l'idée selon laquelle la préservation de l'intégrité physique est une liberté publique fondamentale* »³⁷⁸. Le Conseil d'Etat ne dément pas cette position, jugeant que « *le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale* »³⁷⁹.

310. Au regard de sa nature essentielle, chaque individu est naturellement titulaire de cette liberté, sans qu'il soit nécessaire de la consacrer dans quelque texte de droit. Pourtant, au regard des abus qui ont pu être commis en la matière, une consécration juridique s'est avérée nécessaire. Si ce n'est pas la liberté de protéger son intégrité physique en tant que telle qui a été consacrée, on a inscrit dans la loi le principe d'inviolabilité du corps humain et son

³⁷⁶ H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, éd. l'Hermès, 1998, v° « *noli me tangere* », vol. 2, p. 137, cités par B. Py, th. préc., p. 89.

³⁷⁷ S. Prieur, th. préc., p. 167.

³⁷⁸ F. Archer, th. préc., pp. 484-485.

³⁷⁹ C.E., 16 août 2002, Mme Valérie F. et Mme Isabelle F. c/C.H.U. de Saint-Etienne, *D.* 2002, inf. rap. p. 2581, obs. M.-C. M. ; *A.J.D.A.* 2002, p. 273 ; *J.-Cl. Adm.* 2002, n°1, p. 27, note A. Mersch ; *Gaz. Pal.* 15-17 sept. 2002, p. 9, obs. F.-J. Pansier, *L.P.A.* 26 mars 2003, n°61, obs. C. Clément.

corollaire indispensable, le recueil du consentement de la personne pour toute atteinte commise sur son corps.

311. Si ces principes sont inscrits dans la tradition juridique française, ils ont été consacrés par le législateur il y a seulement une quinzaine d'années. En effet, c'est la célèbre loi bioéthique du 29 juillet 1994³⁸⁰ qui introduit pour la première fois dans le Code civil, aux articles 16-1 et 16-3, les règles essentielles selon lesquelles « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable* », et « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement (...)* », l'article 16-9 précisant que ces dispositions sont d'ordre public.

312. Il est donc troublant de constater, si l'on pointe du doigt le silence passé du législateur, que la règle fondamentale de respect du corps humain n'a été consacrée par la loi qu'au début des années 90. Il est sans doute excessif de penser que cette méconnaissance équivalait à un mépris. Néanmoins, elle est révélatrice de ce que le consentement du malade était tenu comme secondaire dans sa relation avec le médecin. Rien d'illogique au regard de ce que nous expliquions plus avant³⁸¹: la médecine obéissait à une idéologie paternaliste postulant que le malade est à peu près un incapable et que le médecin est le sachant, mieux à même de décider des soins à lui prodiguer.

313. Historiquement, la première reconnaissance juridique du consentement date du sortir de la seconde guerre mondiale, plus précisément du procès de Nuremberg de 1947. Elle correspond à une prise de conscience des horreurs alors perpétrées sur les prisonniers, consistant à procéder à des expérimentations médicales forcées. Cela se traduit par une recommandation

³⁸⁰ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, préc. Pour un commentaire, v. par ex. le numéro spécial bioéthique, *LPA*, 14 déc. 1994.

³⁸¹ V. *supra*, p. 145 et s.

éthique pour l'expérimentation de médicaments, ainsi que par la codification de la déontologie médicale. Ainsi, la première version du Code de déontologie médicale date de la fin des années quarante. L'actuel article 36 dispose dans son premier alinéa « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* »³⁸². Certes, s'il s'agit d'une inscription textuelle de la nécessité du recueil du consentement, elle ne marque pas sa consécration légale. N'oublions pas en effet que le Code de déontologie médicale est établi par le pouvoir réglementaire.

314. Par la suite, ce sont les avancées scientifiques sur le corps humain, et l'apparition de certaines pratiques médicales, qui marquent un début de consécration législative du consentement. Les lois dites I.V.G. de 1975³⁸³ marquent ainsi une *primo* reconnaissance en la matière. Vient ensuite celle concernant les prélèvements et greffes d'organe et l'expérimentation biomédicale³⁸⁴, jusqu'aux célèbres lois bioéthiques précitées, puis la loi dite Kouchner du 4 mars 2002³⁸⁵ qui prévoit, à l'article 1111-4 du Code de la santé publique : « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* » ou encore, à l'article L. 1111-4, al. 2 du même Code : « *Toute personne prend (...) les décisions concernant sa santé* ». Il faut également préciser qu'en sus de cette reconnaissance d'un principe général du recueil de consentement, des procédures particulières sont prévues dans des hypothèses où, soit le recueil du consentement est renforcé, s'agissant par exemple de la recherche biomédicale³⁸⁶, du prélèvement d'organes du vivant du donneur³⁸⁷, de la procréation médicalement

³⁸² Article R. 4127-36 du C. S. P.

³⁸³ Loi n°75-17 du 17 janv. 1975, J.O. 18 janv. 1975.

³⁸⁴ Loi n°88-1138 du 20 déc. 1988, J.O. 22 déc. 1988.

³⁸⁵ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, J.O. 5 mars 2002.

³⁸⁶ Article L. 1122-1-1 du C. S. P.

³⁸⁷ Article L. 1231-1 du C. S. P.

assistée³⁸⁸, soit il est présumé, en matière de prélèvement d'organes sur une personne décédée par exemple³⁸⁹.

315. Naturellement, le principe de liberté du consentement implique son caractère révocable : le patient peut toujours retirer son consentement. L'article L. 1111-4, alinéa 3 du Code de la santé publique le prévoit expressément : « *ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

b- L'insuffisance du consentement comme justification de l'atteinte au corps humain

316. Le consentement est insuffisant à fonder, en droit, l'atteinte au corps du patient. En effet, même s'il s'agit d'un acte médical, une telle atteinte constitue fondamentalement une infraction pénale prohibée en principe. Le consentement, qui n'est pas un fait justificatif à l'atteinte portée au corps humain (α), doit être complété par l'autorisation de la loi et l'intérêt thérapeutique (β) afin que l'acte médical soit licite.

α - Le consentement n'est pas un fait justificatif

317. Nous l'avons souligné, les soins médicaux constituent fondamentalement une infraction pénale, en ce qu'ils portent atteinte à l'intégrité physique du patient. Par ce prisme, le médecin est l'infracteur et le patient est la victime, c'est à dire « *Celui qui subit personnellement un préjudice (...)* »³⁹⁰. Or, le médecin n'est naturellement pas poursuivi pénalement pour avoir prodigué des soins à son patient. Au regard de ce qui vient d'être écrit, il est donc légitime de se demander si le consentement du patient constitue un fait justificatif aux

³⁸⁸ Article L. 2141-10 du C. S. P. par exemple.

³⁸⁹ Article L. 1232-1 du C. S. P.

³⁹⁰ G. Cornu, *op. cit.*, v° « victime ».

atteintes qui lui sont portées par le médecin, c'est à dire « *une circonstanc[e] objectif[e], indépendant[e] de la psychologie du délinquant, qui désarm[e] la réaction sociale contre l'infraction pénale* »³⁹¹, ou, plus simplement, « *[une] circonstanc[e] extérieur[e] à l'agent, qui effac[e] le caractère punissable des actes accomplis et procur[e] l'impunité* »³⁹².

318. Or, il est classique d'affirmer que le consentement n'est pas, en droit pénal français, un fait justificatif. La doctrine pénaliste est unanime sur ce point³⁹³. Rares sont les auteurs qui se sont départis de ce consensus, et ceux qui s'y sont essayés n'ont pas été suivis par leurs pairs³⁹⁴. Deux arguments sont classiquement avancés.

319. Un premier argument d'ordre général pour dénier, malgré les apparences, le caractère de fait justificatif au consentement du patient est le caractère d'ordre public du droit pénal. En effet, le droit pénal regroupe un corps de règles qui protège l'intérêt social, intérêt supérieur qui transcende les volontés individuelles. Dans cette logique, le consentement, en tant que manifestation de volonté individuelle, ne peut être admis en tant qu'obstacle au jeu de la loi pénale.

320. Un second argument réside tout simplement dans l'analyse du mécanisme du fait justificatif : en effet, selon la définition sus citée, le fait justificatif fait *disparaître* une infraction pénale *constituée*, en ce que *tous ses éléments constitutifs sont remplis*. Or, lorsque le consentement joue un rôle en matière pénale parce qu'il fait obstacle à la caractérisation de l'infraction, c'est parce que le refus de la victime en est un élément constitutif. Le consentement le faisant disparaître, l'infraction ne peut plus être caractérisée. C'est le cas

³⁹¹ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Cujas, n°431, cités par Th. Garé et C. Ginestet, *Droit pénal procédure pénale*, Dalloz, p. 85.

³⁹² Th. Garé et C. Ginestet, *op. cit.*, p. 85.

³⁹³ Cf. par ex. Th. Garé et C. Ginestet, *op. cit.*; Ph. Conte et P. Maitre du Chambon, *Droit pénal général*, éd. Armand Colin; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas.

³⁹⁴ Cf. en particulier la thèse de A. Fahmy, *Le consentement de la victime*, 1971.

dans des occurrences telles que le viol, les agressions sexuelles, ou encore le vol.

321. Ainsi, le consentement *ne fait pas disparaître* l'infraction mais *l'empêche seulement d'être caractérisée*. La distinction est fondamentale.

322. Le consentement du patient n'est donc pas un fait justificatif à l'atteinte à l'intégrité physique qu'il subit. Il constitue un élément essentiel rendant l'intervention médicale licite, mais son efficacité est subordonnée à deux autres conditions primordiales : la permission légale et l'intérêt thérapeutique.

β- La permission légale et l'intérêt thérapeutique

323. Malgré les apparences, l'élément incontournable à la justification de l'atteinte au corps est l'autorisation de la loi : c'est parce que cette dernière prévoit que telle atteinte peut être exercée par le médecin sur le corps du patient que celle-ci est licite et donc non poursuivie pénalement. La licéité de l'intervention médicale dépend donc avant tout de son autorisation légale. Cette autorisation peut être tacite, toutes les fois que le médecin intervient sur le corps du patient dans le cadre d'un contrat médical ou de l'usage du service hospitalier comme il a été vu *supra*, sans que cette intervention soit spécifiquement visée par la loi ou le règlement. Elle peut également être expresse, toutes les fois, à l'inverse, que l'intervention est spécialement prévue par un texte, par exemple le don d'organe³⁹⁵, la P. M. A.³⁹⁶, ou l'I. V. G.³⁹⁷

³⁹⁵ Art. L. 1231-1 s. C.S.P.

³⁹⁶ Art. L. 2141-1 s. C.S.P.

³⁹⁷ Art. L. 2212-1 s. C.S.P.

324. Il faut donc comprendre que c'est l'autorisation légale, et non le consentement, qui constitue la condition incontournable à l'atteinte à l'intégrité physique du patient par l'acte médical. Ce constat est conforté par toutes les hypothèses dans lesquelles il est passé outre le consentement du patient, soit qu'il y a un impératif de protection de la santé publique, soit que l'état de santé du patient nécessite une intervention urgente.

325. La première hypothèse peut être illustrée par la vaccination obligatoire. Ainsi, l'article L. 3111-2 du Code de la santé publique prévoit que « *Les vaccinations anti-diphthérique et antitétanique par l'anatoxine sont obligatoires* ». De même, l'article 3111-4 du même Code énonce-t-il, en son alinéa 2 « *Les personnes qui exercent une activité professionnelle dans un laboratoire de biologie médicale doivent être immunisées contre la fièvre typhoïde* ».

326. S'agissant de la seconde hypothèse, la loi prévoit expressément la dérogation au principe de recueil du consentement du patient. Ainsi, l'article 16-3 du Code civil prévoit que « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Dès lors, l'urgence des soins peut commander un acte thérapeutique alors même que le patient serait hors d'état de manifester son consentement, par exemple s'il est inanimé. Cela renvoie également à une hypothèse subtilement distincte : le refus du patient de subir des soins qui présentent une nécessité vitale. Dans ce cas, le patient est en état de manifester son consentement, et il refuse l'intervention thérapeutique envisagée en raison de convictions personnelles. Cela est classiquement illustré par l'exemple des témoins de Jéhovah qui refusent une transfusion de sang, quand bien même celle-ci présente une urgence vitale. Le médecin commet-il une faute de nature à engager sa responsabilité, lorsqu'il procède à une transfusion sur un tel patient, alors qu'il connaît le refus obstiné de ce dernier ? Le Conseil d'Etat répond par la négative dans un arrêt rendu le 26 octobre 2001, précisant au passage qu'il doit alors y avoir urgence, que le

pronostic vital est engagé et qu'il n'y a pas d'alternative thérapeutique³⁹⁸. De même, il a considéré ultérieurement que « *Les médecins ne portent pas à [la liberté fondamentale du patient de donner son consentement à un traitement médical], une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir mis tout en œuvre pour convaincre un patient (...), ils accomplissent, dans le but de le sauver un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état (...)* »³⁹⁹. Ainsi, il peut être passé outre le refus du patient à l'acte médical, mais des conditions impératives doivent être observées, qui toutes relèvent de l'urgence vitale de l'acte médical néanmoins dispensé.

327. Soulignons enfin, et ce qui vient d'être écrit nous y renvoie, qu'un corollaire indispensable à l'autorisation légale est l'intérêt thérapeutique de l'acte. Nous l'avons expliqué plus avant⁴⁰⁰ et il ne fera donc pas l'objet de développements supplémentaires. Précisons simplement que cet autre critère vient *nécessairement* compléter celui qui vient d'être présenté : si l'atteinte à l'intégrité physique que constitue l'acte médical est licite, c'est *aussi* parce qu'il a pour objet de soigner le patient.

3- Illustrations du consentement renforcé en droit médical

328. Deux domaines essentiels de l'autonomie personnelle, l'aide à mourir par l'arrêt des soins **(a)** et la maîtrise de la procréation **(b)** seront analysés, nous permettant de constater que le droit français les encadre rigoureusement.

³⁹⁸ C.E. 26 oct. 2001, *D.* 2001. IR. 3253 ; *J.C.P.* 2002. II. 10025, note Moreau ; *R.F.D.A.* 2002. 146, concl. Chauvaux, note De Béchillon ; *A.J.D.A.* 2002.259, note Deguerge ; *Dr. fam.* 2002 n°53, note Frion.

³⁹⁹ C.E., 16 août 2002, préc. V. également sous un angle privatiste *D.* 2004. Somm. 602, obs. Penneau ; *J.C.P.* 2002. II. 10184, note Misetretta ; *Dr. fam.* 2003, n°11, note Mouton.

⁴⁰⁰ V. *supra*, p. 121 et s.

a- L'aide à mourir par l'arrêt des soins

329. La loi Leonetti relative aux droits des malades en fin de vie datant du 22 avril 2005⁴⁰¹ est venue compléter la loi Kouchner du 4 mars 2002⁴⁰² qui prévoyait déjà le droit du malade conscient au refus ou à l'arrêt des traitements. Cette loi est le fruit d'une longue réflexion sur la fin de vie et sur les droits des malades quant à leur mort, conjugués au pouvoir des médecins. Nous y reviendrons. Remarquons simplement qu'elle n'a pas pour objectif de légaliser l'euthanasie mais de « *donner un cadre plus sûr aux professionnels de santé. La permission que la loi leur accorde d'accomplir ou de ne pas accomplir certains actes les met à l'abri des poursuites pénales auxquelles ces actes ou omissions pourraient les exposer* »⁴⁰³. Ainsi, la loi Leonetti consacre légalement, d'une part, le rejet de l'acharnement thérapeutique, à l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique, d'autre part le droit de toute personne consciente ou inconsciente au refus ou à l'arrêt de tout traitement, y compris donc à l'alimentation et à l'hydratation artificielle, à l'article L. 1111-4 du même code. Elle consacre également la possibilité pour le médecin, à l'article L. 1110-5 de celui-ci, d'appliquer au malade un traitement contre la douleur dont l'effet secondaire pourrait être d'abrèger sa vie.

330. De telles dispositions, qui donnent au malade un pouvoir de décision quant au moment de sa mort, rendent cruciale l'analyse de sa volonté et par voie de conséquence celle de son consentement aux propositions qui pourront lui être faites par son médecin d'arrêter son traitement, comme une chimiothérapie dans le cadre d'un cancer. Ces propositions pourront être formulées par le médecin avant même toute plainte du patient, constatant que ce dernier n'a plus d'espérance de guérison, ou après que ce dernier lui a

⁴⁰¹ Loi n°2005-370 du 22 avr. 2005, J.O. 23 avr. 2005.

⁴⁰² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, préc.

⁴⁰³ J. Pradel, *op. cit.*, p. 870.

demandé qu'il soit mis un terme à son existence. L'expression de la volonté du patient en tant que consentement au refus des soins, à un traitement de sa douleur susceptible d'abrégé son existence doit être ainsi extrêmement encadrée. A cet égard, l'information du médecin est essentielle. On comprend bien que de telles circonstances, ainsi qu'une décision aussi grave appellent de la part de ce dernier une attention toute particulière à l'endroit du malade et une information aussi complète que possible. Ainsi, si l'article L. 1111-10 du Code de la santé publique prévoit de manière générique que « *Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix* », il est certain que dans les faits, le médecin devra faire preuve d'une diligence bien plus importante que s'il s'agit d'informer son patient sur les effets possibles d'un traitement classique. Logiquement, une telle information doit également être apportée si le patient choisit l'administration d'un traitement anti douleur susceptible d'abrégé sa vie.

331. En vertu de l'article L. 1111-11 du code de la santé publique créé par la loi du 22 avril 2005, la volonté du patient, et donc son interprétation en tant qu'éventuel consentement à la limitation ou à l'arrêt des soins, peut être contenue dans des directives anticipées que le malade aura couchées par écrit dans le cas où il ne serait plus à même d'exprimer sa volonté. Ces directives sont valables trois ans⁴⁰⁴. Si le patient est inconscient lorsque la question de la poursuite de ses soins se pose, et qu'il a constitué des directives anticipées, le corps médical s'y référera afin de prendre sa décision. Dans le cas contraire, le corps médical s'adressera à la personne de confiance si elle en a désigné une

⁴⁰⁴ Pour les conditions de validité, de confidentialité et de conservation de ces directives anticipées, voir les articles R. 1111-17 à R. 1111-20 du C.S.P. issus du décret n°2006-119 du févr. 2006.

en vertu de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique, et le cas échéant, à sa famille proche.

332. On pressent évidemment toute la difficulté que peut poser l'interprétation de ces directives anticipées, ainsi que celle des directives confiées à la personne de confiance du malade, et, de manière plus générale, l'interprétation de la volonté du malade en fin de vie, et, par voie de conséquence, la pertinence de son consentement. Au vu des circonstances, celui-ci peut-il avoir véritablement pesé toutes les conséquences de ce dernier, en cas par exemple de refus ou d'arrêt d'un traitement ?

333. Remarquons que le principe de respect de la volonté du malade s'applique également aux incapables, ainsi que le prévoit l'alinéa 6 de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique : « *Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Plus généralement, s'agissant du majeur protégé, l'article 459 pose en principe que « *la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet* », y compris par le truchement des directives anticipées.

334. Le cas de la maîtrise de la procréation pose également la question de la pertinence du consentement donné et des cadres juridiques censés l'assurer.

b- La maîtrise de la procréation

335. Celle-ci peut-être développée sous son angle négatif, l'interruption volontaire de grossesse (α) et sous son angle positif, la procréation médicalement assistée (β).

336. En droit français, depuis la loi du 17 janvier 1975, l'I. V. G. peut être pratiquée soit pour cause de détresse de la femme, soit pour motif médical. Ainsi, s'agissant de la première hypothèse, l'article L. 2212-1 du code de la santé publique prévoit que « *La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* ». S'agissant de la seconde hypothèse, elle est prévue par l'alinéa 1 de l'article L. 2213-1 du même code : « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

337. Le consentement de la femme enceinte à son avortement doit donc être parfaitement éclairé et on mesure, de nouveau, toute l'importance de l'obligation d'information du médecin.

338. S'agissant de l'avortement pour cause de détresse de la femme enceinte, l'information de cette dernière, préalable à son consentement, est constitué par deux, voire trois étapes informatives, dont la teneur a été modifiée par la loi du 4 juillet 2001⁴⁰⁵ étendant le délai pour avorter à douze semaines. Ainsi, dans un premier temps, le médecin consulté informe la femme « *des méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse et des risques et des effets secondaires potentiels* », ainsi que le lui impose l'article L. 2212-3 du Code de la santé publique. Dans un second temps, le médecin remet à sa patiente un dossier guide prévu par le deuxième alinéa de l'article 2212-3 du Code de la

⁴⁰⁵ Loi n°2001-588 du 4 juill. 2001, J.O. 7 juill. 2001.

santé publique rappelant notamment les dispositions des articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du même code, c'est-à-dire les conditions de l'avortement pour cause de détresse et le lieu dans lequel il doit être pratiqué, etc. Enfin, dans un troisième temps, la femme enceinte peut aller consulter, avant de prendre sa décision, ainsi que le prévoit l'article L. 2212-4 alinéa 1 du Code de la santé publique, un établissement d'information, de consultation, ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un organisme agréé. Enfin, une fois que ces étapes informatives ont été accomplies, l'interruption de grossesse est pratiquée après une confirmation écrite de la femme donnée après l'expiration d'une semaine suivant sa première demande, ainsi que le prévoit l'article L. 2212-5 du Code de la santé publique, sauf dans le cas où le terme de douze semaines risque d'être dépassé. Dès lors, cette confirmation pourra intervenir seulement deux jours après l'entretien auprès d'un des organismes prévus à l'article L. 2212-4 mentionnés ci-dessus.

339. S'agissant de l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical, les étapes informatives sont moins contraignantes. Ainsi, l'interruption de grossesse peut être pratiquée après qu'une équipe pluridisciplinaire, associée à un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal, a rendu son avis sur celle-ci. Remarquons que dans cette hypothèse, au regard du danger pour sa santé ou pour celle de son enfant, la femme se range dans tous les cas à l'avis des médecins et son consentement n'a pas grand-chose de la prise de décision de celle qui souhaite avorter pour cause de détresse.

340. En tous les cas, on remarque que le consentement n'est donné qu'après qu'une information appuyée a été donnée.

341. En outre, le médecin doit délivrer à la femme désireuse d'avorter les informations contenues aux articles R. 2212-13 à R. 2212-15 du Code de la santé publique, c'est-à-dire par exemple les mesures à prendre quant à la

survenance d'effets secondaires, ou encore le protocole à respecter pour la réalisation de l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse.

342. Signalons également que la jeune fille mineure peut, à l'instar de la femme majeure, subir une interruption volontaire de grossesse. S'agissant de l'interruption de grossesse pour cause de détresse, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale doit en principe être recueilli, mais la candidate à l'avortement peut tout à fait s'en dispenser et garder le secret (art. L. 2212-7 C.S.P., alinéas 1 et 2). Dans ce cas, elle se fait accompagner par la personne majeure de son choix (art. L. 2212-7 C.S.P., alinéa 3). De telles dispositions ne sont pas prévues s'agissant de l'interruption de grossesse pour motif médical. Au delà du délai légal d'avortement pour cause de détresse, la jeune fille mineure participe donc à la prise de décision en fonction de son degré de maturité, mais le consentement des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire pour y procéder (art. L. 1111-2 alinéa 5 C.S.P.).

β- La procréation médicalement assistée

343. Selon l'alinéa 1 de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, « *L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle (...)* ».

344. De nouveau, on devine que la gravité de l'opération médicale envisagée impose *a priori* que le consentement du couple demandeur soit donné en parfaite connaissance de cause. A cet égard, l'information délivrée par le corps médical est cruciale. Remarquons que celle-ci évolue en fonction de la technique de procréation médicalement assistée (ci-après P. M. A.) envisagée mais qu'elle est constituée de certains éléments essentiels communs à toutes les techniques de P. M. A. De la même manière, la forme du consentement

peut évoluer, alors révélatrice de la gravité plus ou moins importante de la technique de P. M. A. souhaitée.

345. Ainsi, s'agissant du noyau dur du contenu de l'information du médecin, il est d'abord constitué par les entretiens particuliers préalables du couple demandeur avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire susceptible de procéder à la P. M. A., ainsi que le prévoit l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique. En effet, ceux-ci délivrent une information très complète au couple demandeur, constituée notamment des « *possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner* », de « *l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres* », ou encore de la consultation d'un dossier-guide décrivant entre autres « *un descriptif des techniques* » de la P. M. A. Ensuite, chaque technique de P. M. A. doit respecter une obligation d'information particulière, qui s'ajoute à celle vue *supra*. Par exemple, s'agissant de la fécondation *in vitro* avec recours à un tiers donneur, le couple souhaitant bénéficier de cette technique est informé du principe d'anonymat concernant les gamètes utilisés pour réaliser cette P. M. A. Ou encore, s'agissant d'un couple ayant recours à la fécondation *in vitro* avec ses propres gamètes, l'article L. 2141-3 du Code de la santé publique prévoit qu'une information détaillée doit leur être remise sur « *les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental* ».

346. S'agissant ensuite du consentement, il épouse d'abord une forme commune à toutes les techniques de P. M. A., comme un préalable indispensable à chacune d'elle. Ainsi, l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique prévoit que le consentement du couple à la P. M. A., faisant suite

aux entretiens préalables, ne peut être donné par écrit qu'à l'issue d'un délai d'un mois. Ensuite, il faut distinguer selon la technique de P. M. A. envisagée. Si la technique envisagée est une fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple, la loi prévoit des dispositions spécifiques concernant le consentement, qui dès lors concernent non seulement ce procédé spécifique, mais également son corollaire, c'est-à-dire la conservation et le transfert de ses embryons. Ainsi, la loi ne prévoyant pas de limite quant au nombre d'embryons créés, le couple peut consentir par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser leur projet parental, ainsi que le prévoit l'article L. 2141-3 du Code de la santé publique. Ensuite, l'article L. 2141-4 du même code prévoit que « *les deux membres du couple dont les embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental* ». Puis, d'autres formes de consentement renforcé sont prévues par l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique en cas d'abandon du projet parental. Il faut alors de nouveau sous-distinguer selon que les embryons sont accueillis par un autre couple, ou que le couple consent à faire don de ces derniers à la recherche, ou encore à leur destruction. Dans tous les cas, le consentement ou la demande du couple sont exprimés par écrit et doivent faire l'objet d'une confirmation dans des formes similaires, après un délai de réflexion de trois mois.

347. Si l'embryon est accueilli par un autre couple, un délai de réflexion de trois mois lui est imposé, et ce n'est qu'à l'issue de ce délai de réflexion qu'il peut renouveler son consentement par écrit d'accueillir l'embryon, ce consentement devant être validé par le juge, selon l'article L. 2141-6 alinéa 2 du Code de la santé publique.

348. Le couple souhaitant accueillir l'embryon doit obéir à une procédure à peu près similaire. En effet, le juge intervient également dans le processus du consentement, puisque, ayant préalablement reçu le consentement du couple

à l'origine de la conception, il s'assure que le couple remplit les conditions à la P. M. A. et « *fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique* », ainsi que le prévoit l'article L. 2141-6 du Code de la santé publique. Ensuite, le juge peut rendre une décision favorable ou défavorable à la pratique souhaitée.

349. Enfin, la P. M. A. avec tiers donneur implique également, outre le consentement général au recours à une P. M. A. vu *supra*, un consentement spécifique. D'abord, la loi impose le consentement écrit et révocable des deux membres du couple receveur. Ensuite, l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique prévoit que « *Les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire* ».

350. Ainsi, on constate que le consentement en matière de P. M. A. obéit à une lourdeur procédurale qui reflète toute sa gravité. En effet, le consentement à une P. M. A. est non seulement un consentement à la technique de procréation en elle-même, et aux risques qu'elle génère sur la santé de la mère et de l'enfant à naître, mais c'est aussi un consentement à toutes ses conséquences juridiques ultérieures, s'agissant par exemple de l'exercice de l'autorité parentale ou de l'établissement du lien de filiation.

C- Le consentement en droit pénal

351. Le consentement en droit pénal a été partiellement abordé à travers l'étude du consentement en droit médical. Cependant, notre recherche implique que l'on s'y penche davantage, et d'analyser, hors les cas d'interventions médicales qui constituent fondamentalement des infractions

pénales, le rôle que peut jouer le consentement en cette matière, tout l'intérêt de cette démarche résidant dans une comparaison entre le consentement admis par la Cour de Strasbourg et celui admis en droit français. Ainsi, nous proposons d'étudier le consentement en droit pénal (1) puis le cas très particulier du consentement dans le cadre des relations sexuelles, dont la conception s'avère beaucoup moins libérale en droit français qu'en droit européen. (2).

1- Analyse du consentement en droit pénal

352. On l'a expliqué, le consentement n'est pas considéré comme un fait justificatif en droit pénal. Deux raisons essentielles peuvent être avancées. L'une, que nous avons déjà abordée, est que le droit pénal est une matière d'ordre public qui ne peut souffrir d'être conditionnée par le jeu d'une forme d'expression de la volonté individuelle. Ainsi, la répression étatique doit toujours passer outre les désirs individuels, sans quoi la paix sociale serait continuellement menacée. L'autre raison tient à une règle essentielle du droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines, énoncé à l'article 111-3 du Code pénal : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement* ». En effet, celle-ci implique que « *le système répressif, notamment dans la détermination des agissements incriminés et des peines applicables, soit organisé et fonctionne selon des règles édictées par le pouvoir législatif* »⁴⁰⁶. Or, si le consentement peut déjouer l'application de la règle pénale, il est évident que celle-ci n'est alors plus prévisible. Afin de ne pas compromettre le rôle protecteur du droit pénal à l'égard de la victime ainsi

⁴⁰⁶ G. Cornu, *op. cit.*, v° « légalité ».

que des tiers, celui-ci ne doit pas tolérer de valeur justificative au consentement.

353. Cependant, ce principe supporte des exceptions, qui ont été également abordées avec l'analyse du consentement en droit médical. En effet, le consentement peut jouer un rôle en droit pénal et être pris en compte en tant que « *manifestation de volonté émanant d'une personne, physique ou morale, autorisant son destinataire à commettre une infraction à son encontre en l'exonérant de sa responsabilité pénale* »⁴⁰⁷. Il s'agit de l'hypothèse du consentement permissif, développée par M. X. Pin dans sa thèse, *Le consentement en matière pénale*⁴⁰⁸. Selon lui, ce consentement est un acte d'une part, puisque qu'il procède d'une manifestation de volonté se caractérisant par l'intention de voir l'infraction réalisée et l'auteur impuni, unilatéral non réceptice d'autre part, c'est-à-dire qu'il ne requiert pour sa formation ni une rencontre de volontés, ni une réception par son destinataire. En effet, s'agissant de la première caractéristique, « *celui qui consent doit vouloir l'acte de telle façon que la répression ne s'impose plus. Son consentement (...) doit apparaître, au regard de l'intention, comme le négatif de l'incrimination qu'il neutralise* ». S'agissant ensuite de la seconde caractéristique, elle est justifiée par deux éléments : d'abord, l'élément selon lequel « *le consentement de la victime [fait abstraction] de la volonté de l'agent pénal* », ensuite celui selon lequel « *le consentement n'a pas besoin d'être reçu par son destinataire (l'agent pénal) pour être efficace* »⁴⁰⁹. En somme, le consentement permissif ne dépend que de la volonté de la victime. En cela, la dénomination de consentement semble un peu galvaudée, car il se rapproche davantage d'une manifestation de volonté individuelle qui s'impose à un tiers, et notamment à l'Etat. Nous verrons cependant plus loin

⁴⁰⁷ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 73.

⁴⁰⁸ X. Pin, op. cit., p. 75 et s.

⁴⁰⁹ X. Pin, op. cit., pp. 89-93.

que cette impression *a priori* est contredite par les conditions que doit remplir le consentement afin que l'agent soit exonéré de sa responsabilité pénale.

354. Ce consentement permissif peut prendre deux formes, selon sa source. D'une part, il peut s'agir d'un consentement exclusif, car l'infraction, pour être constituée, suppose l'absence de consentement et dès lors sa présence rend impossible la caractérisation de l'infraction, un de ses éléments constitutifs étant exclu. « *Ce consentement se déduit] alors du texte d'incrimination* »⁴¹⁰. C'est le cas du viol (article 222-23 du Code pénal), du vol (article 311-1 du Code pénal), ou de la séquestration (article 224-1 du Code pénal), ce que nous expliquions plus avant⁴¹¹. D'autre part, il peut s'agir d'un consentement justificatif, car l'acte commis est réprimé même en présence d'un consentement. C'est alors une disposition légale qui permet à ce dernier d'exonérer l'agent de sa responsabilité pénale : le consentement est dit alors justificatif, car il prend sa source dans une loi qui le justifie⁴¹². Deux occurrences classiques illustrent ce consentement : l'acte médical, et l'activité sportive, à condition que les règles de l'art soient respectées.

355. M. X. Pin observe avec raison que dans le cas du consentement permissif, la valeur protégée est disponible *ab initio*. S'agissant par exemple du viol, la valeur protégée est la liberté sexuelle dont on peut librement disposer. C'est en raison de cette disponibilité que le consentement, donc le pouvoir de la volonté individuelle, peut exclure la qualification pénale. En revanche, dans le cas du consentement justificatif, la valeur protégée est en théorie indisponible, comme le droit à l'intégrité physique, et c'est la raison pour laquelle la permission légale est incontournable. Ainsi, le patient ne pourrait exiger du médecin qu'il lui coupe un membre sans que cette ablation présente un intérêt thérapeutique, condition expressément exigée par l'article 16-3 du Code

⁴¹⁰ X. Pin, *op. cit.*, p. 84.

⁴¹¹ V. p. 156 et s.

⁴¹² X. Pin, *ibid.*

civil⁴¹³. Cependant, si dans le cas du consentement justificatif la valeur protégée n'est pas disponible *ab initio*, elle le devient par la permission légale. Cela est rendu possible parce que l'intérêt général et les intérêts des tiers sont protégés, comme c'est le cas s'agissant du consentement exclusif. On n'imagine pas en effet que le consentement pourrait avoir un tel effet s'il était porté atteinte à l'intérêt général et/ou à l'intérêt d'un ou de plusieurs autres individus⁴¹⁴. Ainsi, il est inconcevable que l'agent qui tue quelqu'un soit exonéré de toute responsabilité pénale parce qu'un tiers a consenti à cet assassinat : l'atteinte à son droit à l'intégrité physique, qui est à la fois d'intérêt général et d'intérêt individuel, est inadmissible.

356. Toutes ces raisons permettent d'avancer que le consentement ne peut pas exonérer l'agent pénal de sa responsabilité dans le cadre de relations sexuelles violentes.

2- Le consentement permissif dans le cadre des relations sexuelles

357. A l'instar de ce que juge la Cour de Strasbourg, en droit français les relations sexuelles constituent, à n'en pas douter, un acte intime qui, de toute évidence, ne concerne ni les tiers qui n'y participent pas, ni l'Etat. Ainsi, elles sont protégées par le droit au respect de la vie privée consacré à l'article 9 du Code civil, dont découle le droit de mener la vie sexuelle de son choix. On peut dès lors se demander si, comme le conçoit la Cour E. D. H., les relations sexuelles peuvent se dérouler dans un cadre violent en toute impunité. En d'autres termes, le consentement aux relations sexuelles qui s'accompagnent de coups, voire de blessures, peut-il exonérer l'agent de sa responsabilité pénale ? En droit français, de tels actes constituent des violences volontaires réprimées aux articles 222-7 et suivants du Code pénal, et, si le consentement

⁴¹³ X. Pin, *op. cit.*, p. 86.

⁴¹⁴ X. Pin, *op. cit.*, p. 116.

n'est pas considéré par l'ensemble de la doctrine comme un fait justificatif, les mobiles, c'est-à-dire les raisons ayant conduit l'agent à agir de la sorte, ne sont pas davantage considérés comme un élément pouvant être pris en compte s'agissant de sa responsabilité pénale. Ainsi est-il classique d'affirmer que le meurtre par pitié ou compassion que peut constituer l'euthanasie est pénalement punissable au titre de l'article 221-1 du Code pénal. Dès lors, la commission de violences dans le but d'obtenir du plaisir sexuel n'a aucune incidence sur la responsabilité pénale de l'agent. Et, à l'examen de l'incrimination considérée, le consentement n'en n'a pas davantage, pour deux raisons essentielles déduites de celles vues précédemment. Tout d'abord, l'absence de consentement n'est pas un élément nécessaire à la qualification pénale de l'infraction. Ainsi, on ne peut pas déduire du consentement aux violences volontaires commises dans le cadre de relations sexuelles l'exclusion de la qualification pénale, et, par voie de conséquence, l'exonération de la responsabilité pénale de l'agent. Ensuite, l'intérêt protégé par l'incrimination est indisponible, puisqu'il s'agit du droit à l'intégrité physique qui est fondamental, inconditionnel, attaché à la personne humaine, et dont l'atteinte même consentie nuirait à l'intérêt de l'Etat, en tant que protecteur de celui-ci.

358. La difficulté évidente s'agissant de telles infractions concerne, bien évidemment, leur poursuite pénale faute d'action en justice exercée par le ministère public, de tels agissements demeurant en général dans le secret de l'intimité.

359. La disposition corporelle en droit français est donc moins libérale que la disposition corporelle en droit européen en tant que manifestation du principe d'autonomie personnelle. Ce constat d'un hiatus conceptuel s'impose, au regard du principe fondamental d'indisponibilité du corps humain et de son prolongement évident, un consentement encadré par la loi.

Néanmoins, la France étant placée sous la juridiction de la Cour de Strasbourg, elle ne peut rester hermétique à ce principe.

Section 2 : Le rapprochement nécessaire avec la conception européenne de la disposition corporelle

360. Même si le droit français tient à conserver sa spécificité dans la protection des droits fondamentaux, il est tenu de se conformer au droit européen en vertu de la supériorité de la norme européenne sur la norme française (§1). Ainsi, le juge français ne peut conserver une ligne jurisprudentielle fondamentalement différente de celle de la Cour E. D. H sur une question de droit similaire. Un exemple probant nous est donné avec la jurisprudence relative à l'état civil des transsexuels (§2).

§1 : La supériorité de la norme européenne sur la norme française

361. Il est classique d'affirmer qu'en vertu de la hiérarchie des normes, le droit européen prime le droit français, ce à quoi il faut ajouter la nécessité d'une protection homogène des droits fondamentaux dans l'espace juridique formé par les pays membres du Conseil de l'Europe (A). Nonobstant, la France reste attachée à sa lecture des droits fondamentaux et garde une certaine spécificité nationale en la matière (B).

A- La nécessité d'une protection homogène des droits fondamentaux en Europe

362. Rappelons qu'en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*». C'est le cas de la Conv. E. D. H., qui revêt ainsi une valeur *supra* législative mais *infra* constitutionnelle⁴¹⁵. La Convention s'impose alors à tous les actes juridiques conclus entre particuliers, mais également aux actes juridiques étatiques que sont la loi ou le règlement. Du seul point de vue de la hiérarchie des normes, la Conv. E. D. H. doit être respectée par le juge ordinaire et par le législateur français. Cela implique une intégration du droit européen au droit français. Or, la Conv. E. D. H. a un effet direct en droit français, ce qui signifie que son incorporation y est réalisée sans qu'il soit nécessaire d'adopter une norme de transposition spéciale après l'approbation ou la ratification de la convention. Depuis l'arrêt *Respino* rendu le 2 juin 1975 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le juge judiciaire français accepte l'effet direct de la Conv. E. D. H. en droit interne⁴¹⁶.

363. Un autre argument de poids concourt au respect du droit européen par le droit français : une protection égale des droits fondamentaux parmi les pays européens membres du Conseil de l'Europe et ayant accepté de se placer sous la juridiction de la Cour E. D. H. Cela pose la question, essentielle, de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour E. D. H. par le droit français.

364. En effet, l'adhésion à la Conv. E. D. H. implique-t-elle, de la part des Etats placés sous la juridiction de la Cour, le respect de la jurisprudence de cette dernière, quel que soit l'Etat mis en cause⁴¹⁷? En d'autres termes, la jurisprudence

⁴¹⁵ V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, L.G.D.J., 1999.

⁴¹⁶ Cass crim. 2 juin 1975, *Bull. crim.*, n°141, p. 382.

⁴¹⁷ V. par ex. E. Lambert Abdelgawad, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, éd. Conseil de l'Europe, 2008.

de la Cour fait-elle corps avec le texte de la convention, si bien qu'elle jouit de la même valeur normative que ce dernier? *A priori*, la réponse est mitigée. En effet, si la Cour affirme à l'envi qu'« *il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques ou illusives* »⁴¹⁸, ce qui impose que l'interprétation de la Convention fasse corps avec son texte, l'article 46 alinéa 1 de la Conv. E. D. H. prévoit que « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* », ce qui semble signifier, selon un auteur, que « *l'autorité de la chose jugée à Strasbourg est circonscrite au litige examiné et à l'Etat mis en cause* »⁴¹⁹.

365. Cependant, on observe que l'autorité des arrêts rendus par la Cour dépasse le contentieux stigmatisant un certain Etat et qu'elle s'impose à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. D'ailleurs, la Cour rappelle régulièrement dans ses arrêts sa jurisprudence antérieure sur la question de droit qui lui est soumise, même si elle ne concerne pas l'Etat mis en cause, ce qui montre également que sa jurisprudence s'intègre au texte même de la Convention et ne concerne pas un seul Etat en particulier. Ainsi, observe l'auteur précité, « *l'autorité des arrêts de la Cour. E. D. H. est une autorité de la chose interprétée (...) reconnue par les juridictions judiciaires françaises dans un arrêt rendu le 10 janvier 1984 par la Première Chambre civile de la Cour de cassation* »⁴²⁰.

366. Si *a priori* l'autorité de la jurisprudence de la Cour est limitée par le texte de la Convention elle-même, la reconnaissance de l'autorité de son interprétation semble incontournable au regard de l'office de la Cour E. D. H. En effet, si un

⁴¹⁸ C.E.D.H., Goodwin c/ Royaume-Uni, préc., § 74.

⁴¹⁹ B. Moutel, *L'effet horizontal de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, thèse Limoges, 2006, p. 231. V. aussi J.-P. Marguénaud (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation française, 2001 ; F. Sudre, « L'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur l'ordre juridique interne », *R.T.D.A.* 1991, pp. 259-274.

⁴²⁰ B. Moutel, th. préc., pp. 231-233, citant l'arrêt C.E.D.H., Dudgeon c/Royaume-Uni, 22 oct. 1981, Série A n°25, § 184.

Etat ne se voyait pas obligé de modifier son état du droit au regard d'un arrêt rendu par la Cour et condamnant un autre Etat, la protection des droits fondamentaux en Europe connaîtrait différents degrés, compromettant l'objet de la protection des droits fondamentaux en Europe. La protection des droits fondamentaux impose qu'un droit fondamental reconnu en Grande-Bretagne grâce à l'effet incitatif d'un arrêt rendu par la Cour E. D. H. le soit également en Espagne, en Allemagne ou en France. Selon M. F. Sudre, « *l'Etat tiers ne peut ignorer l'arrêt de la Cour et devra faire disparaître de son droit les dispositions législatives similaires à celles qui ont valu au premier Etat d'être condamné, sous peine de se rendre également coupable d'une violation de la Convention (...). La Cour dégage un patrimoine commun européen des droits et libertés. On peut alors parler, selon M. J. Velu, « d'autorité de la chose interprétée »* »⁴²¹. Trois arrêts remarquables rendus le 15 avril 2011 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation viennent clairement affirmer, de manière tout à fait opportune, l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg en droit français. En effet, le juge considère que « *les Etats adhérents à [la] Convention [E. D. H.] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »⁴²². Une telle décision devrait clôturer la discussion quant à l'autorité interprétative de la jurisprudence européenne, qui est explicitement reconnue en droit interne au plus haut degré judiciaire. « *[L']autorité de chose jugée [dont sont revêtus les arrêts de la Cour E. D. H.] va donc au delà de la législation nationale de l'Etat concerné, dans la mesure où un autre Etat ayant une législation similaire risque de voir sa propre loi critiquée dès lors que son contenu a été jugé intrinsèquement contraire aux droits garantis par la Convention* », vient rappeler le

⁴²¹ F. Sudre, *op. cit.*, p. 81 et s.

⁴²² Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, pourvois n°10-17.049, 10-30.313, 10-30.316. V. également pourvoi n°10-30.242. V. *Bull. crim.* 2011, Ass. Plén. n°1, 2, 3 et 4. Pour des comm., v. *D. actualité*, 19 avr. 2011, obs. Lavric ; *D.* 2011, actu. 1080, obs. Roujou de Boubée ; *A.J. Pénal* 2011. 311, obs. Mauro ; *J.C.P.* 2011, n°214 note Leroy.

Premier avocat général⁴²³.

367. Un bémol doit cependant être apporté, car l'effet incitatif de la jurisprudence de la Cour E. D. H. peut toujours être limité par la souveraineté de l'Etat quant à sa lecture des droits fondamentaux, ce qui est conforté par le principe de subsidiarité, illustrant le caractère second de la Convention par rapport aux droits nationaux. Aussi, si le juge européen est un garant essentiel des droits fondamentaux, il appartient en premier lieu aux Etats de les protéger. «*Aucune uniformité absolue ne s'impose, et les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées pour la mise en oeuvre de leurs obligations conventionnelles, sous réserve de respecter le standard minimum de la Convention* », écrit M. F. Sudre⁴²⁴.

368. La France n'est pas en reste quant à cette souveraineté nationale en matière de protection des droits fondamentaux. Nous allons voir qu'elle conserve une certaine spécificité dans ce domaine.

B- La spécificité française en matière de droits fondamentaux

369. M. F. Lazaud remarque que la France fait traditionnellement preuve de réticence s'agissant de l'application de la jurisprudence de la Cour E. D. H., même lorsqu'elle est l'Etat condamné, soulignant «*le refus de l'établissement d'une relation hiérarchisée* » de la part de cette dernière à l'égard de Strasbourg. «*De façon très spectaculaire, lorsqu'elle se trouve confrontée à la mise en oeuvre d'une interprétation dégagée par la Cour de Strasbourg, c'est avec force que la France rejette*

⁴²³ Avis de Mme Petit, Premier avocat général, concernant un des arrêts du 15 avr. 2011, pourvoi n°10-17.049. Accessible sur le site internet de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr.

⁴²⁴ F. Sudre, *op. cit.*, p. 200.

l'idée d'être tenue de s'y rallier », écrit-il⁴²⁵, celle-ci privilégiant alors sa propre lecture de l'interprétation du droit fondamental en cause. Cet auteur considère d'ailleurs que l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg est chimérique⁴²⁶. Par voie de conséquence, les interprétations de la Convention livrées par cette dernière ne sont en rien juridiquement contraignantes pour les organes judiciaires et même législatifs français. L'auteur explique ainsi que « *si les arrêts de la Cour de Strasbourg sont revêtus de l'autorité de la chose jugée et qu'à ce titre ils doivent recevoir exécution, leur autorité reste étroitement circonscrite* » ; et, reprenant M. R. Chapus : « *l'interprétation par la Cour d'une stipulation de la Convention n'est pas investie d'une portée générale (...) qui s'imposerait au respect des juridictions nationales dans lesquelles cette stipulation se retrouverait en cause* »⁴²⁷.

370. S'il est exact que l'autorité juridique des arrêts de la Cour E. D. H. est mitigée, surtout à l'égard des Etats non mis en cause, il est toutefois excessif d'affirmer que toute autorité juridique contraignante n'est qu'illusion. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est bel et bien revêtue d'une autorité juridique contraignante à l'égard des Etats membres du Conseil de l'Europe, seulement il s'agit d'une autorité juridique atténuée, au regard de la liberté dont disposent lesdits Etats dans la mise en oeuvre de celle-ci. Au risque d'énoncer un truisme, soulignons qu'il est évident que si les arrêts de la Cour étaient dépourvus de tout effet juridique contraignant, cette dernière n'aurait qu'une fonction « décorative », au mieux symbolique. Remarquons d'ailleurs que l'auteur tempore d'une certaine manière cette affirmation, en expliquant par la suite que l'autorité de la Cour est de nature « sociologique », « *les arrêts de la Cour européenne possédant une « autorité morale incontestable » [pouvant s'analyser, en quelques sortes], comme l'autorité persuasive qui s'attache à la règle énoncée par la*

⁴²⁵ Fr. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, P. U. d'Aix Marseille, Tome II, 2006, p. 276.

⁴²⁶ Fr. Lazaud, *op. cit.*, p. 330. L'auteur intitule ainsi une sous-partie : « *Le rejet d'une qualification chimérique : l'autorité juridiquement contraignante des interprétations retenues par la Cour Européenne* ».

⁴²⁷ Fr. Lazaud, *op. cit.*, p. 336.

Cour »⁴²⁸. Il en déduit alors que la France, et notamment les juges français, ne peuvent pas ignorer la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Cela revient donc indirectement à reconnaître l'autorité juridique de la jurisprudence de la Cour E. D. H., puisqu'il s'agit de se conformer aux règles européennes, ce qui se traduit essentiellement de manière juridique. En effet, le juge interne doit alors adapter sa propre interprétation sur une question de droit donnée à la lumière de celle livrée par la Cour E. D. H. Le cas échéant, il appartient au législateur d'intervenir afin de supprimer ou de modifier une règle contradictoire avec cette dernière.

371. La réception nécessaire par la France de la jurisprudence européenne relative au changement d'état civil des transsexuels constitue une illustration éclairante de ce constat.

§2 : L'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur celle de la Cour E. D. H. en matière de transsexualisme

372. Sur des questions essentielles de protection des droits fondamentaux, le droit français est tenu de se conformer *in fine* à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. L'exemple du transsexualisme en est une illustration remarquable. Ainsi, nous verrons que le juge français a suivi le raisonnement européen en la matière **(A)**, ce qui montre une conception de la protection des droits fondamentaux similaire à celle de la Cour de Strasbourg **(B)**.

⁴²⁸ Fr. Lazaud, *op. cit.*, p. 348.

A- L'adoption du raisonnement de la Cour de Strasbourg par le juge français

373. Il faut reconnaître que si la Cour de cassation a fini par se rallier à la doctrine de la Cour E. D. H. s'agissant du changement de la mention du sexe des transsexuels à l'état civil, et, le cas échéant, de leur prénom, cela n'a pas été sans mal.

374. D'abord, jusqu'au célèbre arrêt B. contre France consacrant le droit de la personne transsexuelle à changer de sexe à l'état civil⁴²⁹, la Cour de Strasbourg se refuse à affirmer un tel droit. Ainsi, dans un arrêt Rees contre Royaume-Uni rendu le 10 octobre 1986⁴³⁰, elle considère que l'Etat stigmatisé dispose d'une marge d'appréciation importante s'agissant des exigences des transsexuels, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu, au regard du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention, d'accéder à la demande du transsexuel consistant à obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil. Plus tard, dans un arrêt Cossey rendu contre le même Etat le 27 septembre 1990⁴³¹, la Cour E. D. H. réitère sa doctrine, rejetant la demande d'un transsexuel tendant à voir condamner ce dernier pour violation du droit au respect de la vie privée s'agissant de son refus de modifier son sexe sur les registres de l'état civil.

375. Le raisonnement de la Cour de cassation aboutissant à refuser le changement de sexe à l'état civil du transsexuel est bien distinct. En effet, en application du principe d'indisponibilité, celle-ci se fonde sur le critère du caractère volontaire du changement physiologique de sexe pour refuser le changement de sa mention à l'état civil. Pour qu'il puisse être procédé à la modification du sexe civil, le

⁴²⁹ C.E.D.H., B. c/France, 25 mars 1992, *J.C.P. G.* 1992, II, 21955, note Th. Garé ; *D.* 1992, chron. 323 note C. Lomblois et somm. comm. p. 325 obs. J.-F. Renucci ; *J.D.I.* 1993 p. 720 obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *R.T.D. civ.* 1992 p. 540 obs. Hauser, cahiers du Credo 1994 n°1 et s. V. aussi C.E.D.H., Van Oosterwijck c/Belgique, 25 mars 1992, Série A, n°40, *D.* 1993. 101, note J.-P. Marguénaud ; *R.T.D. civ.* 1992, p. 540, obs. J. Hauser.

⁴³⁰ C.E.D.H. Rees c/Royaume-Uni, 17 oct. 1986, *J.D.I.* 1987, 796, chron. P. Rolland.

⁴³¹ C.E.D.H. Cossey c/Royaume-Uni, 27 sept. 1990.

changement physiologique doit être « extérieur à la volonté de l'intéressé ». M. le conseiller J. Massip semble affirmer qu'il s'agit d'une conception étroite de la notion, c'est à dire « d'une modification imposée par un accident ou une contrainte extérieure »⁴³². La Cour de cassation statue ainsi de nombreuses fois de manière restrictive sur la question du transsexualisme, avant d'adopter la doctrine de la Cour de Strasbourg.

376. Ainsi, dans un arrêt rendu le 16 décembre 1975⁴³³, elle refuse la modification de la mention du sexe du transsexuel à l'état civil au regard du caractère volontaire du changement physiologique de ce dernier, celui-ci consistant alors en une violation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Dans deux arrêts du 3 et 31 mars 1987⁴³⁴, elle refuse également d'accéder à une demande similaire des requérants, au motif habituel que « [l']état actuel [du transsexuel] n'est pas le résultat d'éléments préexistants à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques mais relève d'une volonté délibérée du sujet ». Dans un autre arrêt rendu le 10 mai 1989⁴³⁵, elle confirme la décision rendue par une Cour d'appel refusant d'accéder à la demande de changement de sexe civil du transsexuel, au motif que « les troubles psychologiques allégués étaient insuffisants pour justifier un changement de sexe », et que « le développement des seins et l'absence de pilosité [avaient] été volontairement provoqués par des traitements hormonaux ». Enfin, dans quatre arrêts du 21 mai 1990⁴³⁶, les juges de cassation affirment à nouveau leur opposition au changement de sexe à l'état civil du transsexuel, mais en ayant recours à une motivation quelque peu différente, jugeant que « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe

⁴³² J. Massip, rapp. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1990 (4 arrêts), *D.* 1991 p. 169, spéc. p. 170 ; *J.C.P.* 1990-II-21588, rapport Massip, concl. Flippo.

⁴³³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, *D.* 1976, p. 397, note R. Lindon.

⁴³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 et 31 mars 1987, *D.* 1988 p. 445, note E. Agostini.

⁴³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, *D.* 1989, p. 171.

⁴³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, préc.

opposé », et que la Conv. E. D. H. « *n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien* ». Ainsi, ne faisant plus référence au caractère provoqué de la transformation sexuelle physique, la Cour de cassation semble reconnaître le caractère involontaire du changement de sexe, ce qui est davantage conforme à la réalité puisqu'en effet le transsexuel souffre « *d'un déterminisme de nature pathologique* »⁴³⁷. Ce n'est donc pas par l'effet de sa volonté à proprement parlé que le transsexuel change de sexe : il est *contraint* de modifier son apparence sexuelle sous l'effet de ce syndrome qui s'impose à lui. Ainsi, la discordance entre son sentiment d'appartenir au sexe opposé et son sexe apparent peut le conduire à une grave dépression, voire au suicide. Le changement de sexe physiologique est donc vital pour le transsexuel. Cependant, pour la Cour de cassation, cela ne saurait constituer un véritable changement de sexe : malgré ce sentiment irrépressible d'appartenir au sexe opposé et les modifications physiques permettant de réaliser une véritable transformation sexuelle, le transsexuel conserve son sexe gonatique ou génital.

377. Face à ce refus épidermique de changement de sexe du transsexuel de la part de la Cour de cassation, un recours fut formé devant la Cour E. D. H. La requérante, Mme B., arguait de ce que le refus des autorités judiciaires françaises d'accéder à sa demande de changement de sexe consistait en une violation du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. Celui-ci aboutit à l'arrêt B. contre France, rendu le 25 mars 1992, dans lequel la Cour de Strasbourg juge qu' « *il y a infraction à l'article 8* », car « *la requérante (...) se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »⁴³⁸. A la suite de cette condamnation, la Cour de cassation opère une volte face jurisprudentielle. Ainsi, dans deux arrêts rendus en Assemblée plénière le 11

⁴³⁷ J. Massip, rapp. préc., p. 172.

⁴³⁸ C.E.D.H., B. c/France, préc., §63.

décembre 1992⁴³⁹, elle reconnaît que « *le principe dû au respect de la vie privée* » justifie la modification de l'état civil du transsexuel.

378. Cette jurisprudence révèle l'attachement singulier du droit français aux droits de l'homme, et, *in fine* une manière de les envisager similaire à celle de la Cour de Strasbourg.

B- Une manière similaire d'envisager la protection des droits fondamentaux

379. Finalement, le changement de doctrine de la Cour de cassation quant à la situation des transsexuels à l'état civil est le reflet de l'attachement traditionnel du juriste français à l'égard des droits fondamentaux. On le sait, celui-ci a débuté, au moins d'un point de vue juridique, avec la D. D. H. C. de 1789 qui place l'être humain au centre de la société française. Depuis, cet attachement est sans cesse réaffirmé, et l'adhésion de la France à la Conv. E. D. H. en est une illustration. Il suffit de citer le préambule de la Convention pour s'en convaincre: « *Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe (...) réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde* ».

380. De façon plus générale, aussi bien le juge que le législateur français intègrent de manière croissante la jurisprudence européenne⁴⁴⁰. Ainsi, le législateur français a abrogé les dispositions du Code civil défavorables aux

⁴³⁹ Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, Marc X. et René X., *J.C.P. G.* 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 13-15 déc. 1992, p. 25 ; *R.T.D. civ.* 1993 p. 97 obs J. Hauser.

⁴⁴⁰ Alors même que l'adaptation du droit français au droit européen des droits de l'homme – par la conformation aux arrêts rendus par la Cour E.D.H. – est davantage du ressort du législateur que du juge. Cela semble évident, seul le premier étant un créateur de droit légitime et reconnu. Cependant, il convient de le rappeler, le juge français – c'est-à-dire non seulement le juge de cassation, mais également le juge ordinaire – est un acteur déterminant de cette adaptation, depuis un arrêt « Société des cafés Jacques Vabres » rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 24 mai 1975 dans lequel il s'arroge un contrôle de conventionnalité. V. *Bull. arrêts Cour de Cassation* Chambre mixte n°4, p. 6 ; Touffait, *D.* 1975 J p. 497 ; *R.C.G.P.J.* p. 470 ; *J.C.P.* 1975 II N. 18180 bis.

droits successoraux de l'enfant adultérin⁴⁴¹ à la suite de la condamnation de la France dans l'arrêt Mazureck du 1^{er} février 2000⁴⁴². La Cour de cassation fait également acte d'obédience dans un arrêt rendu le 14 février 2006. Elle juge que le refus d'une Cour d'appel de considérer que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance emporte établissement de la filiation maternelle viole les articles 8 et 14 de la Conv. E. D. H⁴⁴³. En cela, elle suit la célèbre jurisprudence Marckx⁴⁴⁴, celle-ci ayant déjà été respectée par le législateur français⁴⁴⁵, une ordonnance du 4 juillet 2005⁴⁴⁶ ayant définitivement mis en conformité le droit français avec le droit européen des droits de l'homme s'agissant du droit de la filiation.

381. En somme, l'influence de la jurisprudence européenne sur le droit français est indéniable⁴⁴⁷, même si ce dernier n'est pas toujours réceptif. Un tel constat pose la question de l'introduction en droit français du principe

⁴⁴¹ Il s'agissait en substance des articles 759 et 760 anciens du C. civ.

⁴⁴² C.E.D.H., Mazureck c/ France, 1^{er} févr. 2000, F. Sudre et *alii*, *G.A.C.E.D.H.*, *op. cit.*, n°44 ; *D.* 2000. 332, note Thierry ; *J.C.P.* 2000. II. 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *Defrénois* 2000. 654, obs. J. Massip ; *R.T.D. civ.* 2000. 311, obs. J. Hauser.

⁴⁴³ Civ. 1^{ère}, 14 févr. 2006, *D.* 2006, I.R. 603, obs. Gallmeister ; *Dr. fam.* 2006, n°107, note Murat.

⁴⁴⁴ C.E.D.H., Marckx c/Belgique, 13 juin 1976, préc.

⁴⁴⁵ Il serait plus juste de souligner qu'il s'agissait du gouvernement français, puisque le Parlement l'avait habilité, par la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 (J.O. 10 déc. 2004) dite de « simplification du droit », à procéder par voie d'ordonnance à la rénovation du droit de la filiation. Pour des commentaires sur l'ordonnance, voir F. Dekeuwer-Defossez, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *Rev. Lamy dr. civ.* nov. 2005, p. 34 ; T. Garé, « La réforme de la filiation », *J.C.P. G.* 2005, act. 444 ; J. Hauser, « Des filiations à la filiation », *R.J.P.F.* sept. 2005, p. 6 ; D. Moutoux, « Réforme simplificatrice du droit de la filiation », *J.C.P. N.* 2005, act. 395 ; P. Murat, « La filiation simplifiée », *Dr. fam.* 2005, alerte 72 ; J. Vassaux, « Premières vues sur la réforme du droit de la filiation », *J.C.P. N.* 2005, 1458.

⁴⁴⁶ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, J.O. 6 juill. 2005.

⁴⁴⁷ Voir sur ce point J.-P. Marguenaud, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), édition Bruylant, collection Droit et justice, 1998, p. 231 ; R. De Gouttes, « Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et réticences », *R.T.D.H.*, 1995, p. 605 ; F. Ferrand, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *Rev. int. dr. comp.*, 3-1995, p. 691 ; G. Wiederkehr, « L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé », in *Droits de l'homme en France. Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions juridiques françaises*, éd. N.P. Engel, 1985, p. 139.

d'autonomie personnelle. Son incidence est incertaine, d'autant que la France n'est pas directement concernée par cette jurisprudence pour le moment.

CONCLUSION CHAPITRE II

382. Obéissant à un traditionnel paternalisme d'Etat concernant le domaine de la disposition corporelle, le droit français n'a jamais consacré un droit de disposer de son corps ou un principe de disposition corporelle. Au contraire, il ne tolère la disposition corporelle qu'en tant qu'exception au principe d'indisponibilité du corps humain. Dès lors, les cas de disposition sont limités et étroitement encadrés en droit interne, reposant sur une première condition essentielle : le consentement de l'individu qui dispose de son corps. Dans cette hypothèse, ce consentement doit présenter certaines qualités qui montrent que la disposition corporelle est opérée en toute connaissance de cause par celui qui s'y soumet. Deuxième condition essentielle : la permission légale, qui est toujours requise puisqu'il s'agit de rendre licite un acte qui autrement aurait constitué une infraction pénale. L'exemple le plus pertinent se trouve sans doute dans l'acte médical. Cependant, faute d'autorisation de la loi, le consentement est impuissant à rendre licite certains agissements qui nuisent à des valeurs fondamentales dont on ne peut disposer, comme les actes de violences volontaires. Ainsi, la jurisprudence K. A. et A. D. contre Belgique ne saurait être reçue par le droit français.

383. Un tel constat pose alors la question de la réceptivité de la jurisprudence européenne, et en particulier de la jurisprudence relative à l'autonomie personnelle, en droit français. Malgré une hostilité traditionnelle de la France à intégrer la jurisprudence européenne, celle-ci finit toujours par y obéir, traduisant finalement une similarité de points de vue dans la sauvegarde des droits fondamentaux, au-delà de la protection jalouse d'une spécificité nationale en la matière.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

384. Au terme de la première partie de notre étude, on aura compris que le principe d'autonomie personnelle a été judicieusement intégré au droit européen par le juge de Strasbourg, dans sa traditionnelle interprétation constructrice de la Conv. E. D. H.

385. En effet, le principe d'autonomie personnelle, principe interprétatif inédit de l'article 8 de la Convention protégeant le droit au respect de la vie privée, fonde une disposition corporelle audacieuse, en ce qu'elle autorise une atteinte à son intégrité physique et/ou morale, au nom du « *droit de faire des choix concernant son propre corps* ». Ainsi, la Cour de Strasbourg consacre, au titre d'un droit fondamental, une maîtrise libéralisée de l'individu sur son corps, se départissant d'une part de sa jurisprudence traditionnelle concernant le droit au respect de la vie privée, d'autre part du droit français.

386. S'agissant d'abord de sa jurisprudence traditionnelle, la Cour E. D. H. consacre, par le truchement de cette nouvelle disposition corporelle fondée par le principe d'autonomie personnelle, une vie-privée liberté alors qu'elle protégeait une conception intime, c'est à dire défensive, de celle-ci. S'agissant ensuite du droit français, la disposition corporelle européenne marque un hiatus avec la disposition corporelle telle qu'il l'encadre, puisqu'elle n'est qu'autorisée, et pour ce faire des conditions doivent être respectées comme le consentement libre et éclairé du disposant et l'interdiction d'attenter à son intégrité physique sans motif médical. Aussi, la disposition corporelle fondée sur le principe d'autonomie personnelle s'oppose fondamentalement aux prévisions du droit français qui, pourtant, est censé intégrer cette jurisprudence en vertu de la supériorité de la norme européenne sur la norme française. Il convient alors d'imaginer si ce principe pourrait être intégré au droit français et avoir pour conséquence une libéralisation du droit français

en la matière. Cela implique d'étudier la viabilité du principe d'autonomie personnelle. Il convient alors de mener une étude prospective du principe, tant en droit européen qu'en droit français. Celle-ci fera l'objet de la seconde partie de notre étude, qui fait le constat d'un principe limité.

SECONDE PARTIE :
LES LIMITES DU PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE

387. De prime abord, les virtualités du principe d'autonomie personnelle sont peu déterminables, à la fois en droit européen et en droit français.

388. Néanmoins, celui-ci est porteur d'un nouveau libéralisme concernant le corps humain dans le domaine des droits fondamentaux, ce qui confère *a priori* une autorité certaine au principe. Ainsi, on pourrait imaginer que la disposition corporelle qui, rappelons-le, en constitue une manifestation, évolue vers un droit à l'autodétermination qui fonderait des possibilités plus libérales de disposer de son corps. On se rapprocherait alors de la conception du corps humain plébiscitée par M. B. Lemennicier qui promeut un libre marché du corps humain, dans lequel ce dernier pourrait être vendu ou loué en fonction des desideratas individuels.

389. Cependant, un tel scénario ne résiste pas à l'analyse d'un principe en réalité porteur de sa propre finitude, car il est fondé sur une **dignité subjective qui limite sa viabilité juridique en droit européen (Chapitre 1)**. Le même constat d'un principe limité peut également être fait en **droit français, lequel résistera certainement à une réception aboutie du principe d'autonomie personnelle (Chapitre 2)** en raison d'un ordre public pérenne dans le domaine du corps humain, même si la libéralisation de l'accès à ce dernier présage, *a priori*, d'une réception tout à fait opportune.

CHAPITRE 1 : LA LIMITE ONTOLOGIQUE DU PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE EN DROIT EUROPEEN

390. Par limite ontologique, il faut comprendre un vice originel qui auto limite, si l'on peut dire, le principe d'autonomie personnelle en droit européen. Celui-ci consiste en **l'adoption d'une conception subjective de la dignité, laquelle fonderait à l'avenir le droit au respect de la vie privée protégé par la Cour E. D. H. (Section 1)**. Or, une telle conception de la dignité, si elle légitime le principe d'autonomie personnelle, est « a-normative ». **Elle constitue donc une ineptie au regard de l'objet des droits fondamentaux (Section 2)**, qui consiste à ordonner la société au regard de valeurs essentielles.

Section 1 : Vers une conception subjective de la dignité comme fondement du droit au respect de la vie privée protégé par la Cour E. D. H.

391. Même si le principe de dignité est textuellement absent de la Conv. E. D. H., les droits qui s’y trouvent consacrés sont fondés sur ce dernier⁴⁴⁸ et la Cour de Strasbourg affirme régulièrement que « *la dignité et la liberté sont l’essence même de la Convention* »⁴⁴⁹. Nous l’avons montré plus avant⁴⁵⁰. Or, la dignité dont il s’agit est la dignité fondamentale, également dénommée dignité objective, valeur inséparable de l’être humain (§1). Au contraire, le principe d’autonomie personnelle révèle que la conception de la dignité à laquelle s’attache la Cour E. D. H. lorsqu’elle est confrontée à la question de la disposition corporelle est subjective, c’est-à-dire qu’elle est déterminée en fonction de ce que l’individu considère être *sa* dignité (§2).

§1 : La dignité objective, fondement ontologique des droits fondamentaux protégés par la Cour E. D. H.

392. Afin d’appréhender la dignité objective en tant que fondement ontologique de la Conv. E. D. H., il est indispensable de dresser un tableau qui en présente le contenu (A) puis d’analyser la jurisprudence traditionnelle de la Cour y afférent (B).

⁴⁴⁸ V. en ce sens la thèse de B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine dans la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, La documentation française, 1999.

⁴⁴⁹ C.E.D.H., Goodwin c/Royaume-Uni, préc., §90.

⁴⁵⁰ V. *supra*, introduction, p. 21 et s.

A- Le contenu de la dignité objective

393. La dignité est « ce qu'il y a d'humain dans l'homme » (1). Elle n'a été consacrée que tardivement en droit, après les atrocités de la seconde guerre mondiale (2).

1- « Ce qu'il y a d'humain dans l'homme »

394. Le mot dignité est issu du latin « *dignitas* » qui signifie « *fait d'être digne, de mériter* » ou « *considération, estime, prestige, honorabilité* »⁴⁵¹. Du point de vue étymologique, il est donc bien éloigné de l'acception actuelle qui définit la dignité comme « *la qualité de l'humain dans l'homme* »⁴⁵². En effet, dans l'antiquité classique, la dignité désigne une distinction liée à une charge ou à l'exercice d'un office public.

395. La dignité sur laquelle se fonde la Conv. E. D. H., ainsi que les principales déclarations de droits qui lui sont antérieures, est rattachée à une autre conception qui trouve ses racines dans une histoire tout aussi ancienne, puisqu'il s'agit de la religion chrétienne⁴⁵³.

396. Rappelons-le, la dignité est un thème fondamental de la théologie chrétienne. Renvoyant à l'essence humaine de l'homme qui le différencie de l'animal et de la chose, elle représente ce qu'il « a » de plus précieux et qui ne saurait lui être ôté. Cette valeur supérieure de l'homme dans l'ordre de la création trouve son explication dans la genèse de la Bible, qui relate la création de l'homme par Dieu. Ainsi, c'est parce que Dieu a fait l'homme à son image que ce dernier est digne : il est une création divine unique sur laquelle seul le premier détient le pouvoir de vie et de mort. Pour Saint Thomas d'Aquin, « *sa similitude avec Dieu et sa seigneurie*

⁴⁵¹ F. Gaffiot, *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934, v° « dignitas ».

⁴⁵² V. M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 5 et s.

⁴⁵³ V *supra* p. 70 et s., spéc. p. 73 et s.

sur toute chose créée » fonde la dignité humaine⁴⁵⁴. Dès lors, la dignité impose que l'homme n'altère pas sa nature profonde, car ce serait porter atteinte à Dieu lui-même. En tant que créature divine, l'homme doit se respecter, c'est à dire ne pas altérer son apparence divine, ne pas porter atteinte à son intégrité physique, et par voie de conséquence, respecter autrui.

397. Mme B. Maurer explique que les conciles de Nicée et de Chalcédoine sont les sources théologiques qui permettent d'établir avec certitude l'apparition formelle de la dignité dans la religion chrétienne, bien que celle-ci ne soit alors pas dénommée comme telle. Cependant, « [Ces conciles] (...) enrichi[ssent] de façon remarquable [le concept] de personne. Or, les deux concepts sont inséparables (...). Le concile de Nicée définit la divinité du verbe incarné, celui de Chalcédoine spécifie la distinction entre les concepts de nature et de personne. Ainsi, comme le Christ, l'essence de l'homme, ce qu'il est, ne se réduit pas à sa nature, mais à sa personne. C'est la personne qui fait toute la valeur de l'être »⁴⁵⁵. Des siècles plus tard, l'Eglise catholique confirme qu'humanité et dignité sont étroitement liées: « Parmi toutes les créatures terrestres, seul l'homme est « une personne, sujet conscient et libre », et pour cela, « centre et sommet » de tout ce qui existe sur la terre. Sa dignité de personne est le bien le plus précieux que l'homme possède, grâce à quoi il dépasse en valeur le monde matériel (...) [L']homme ne vaut pas parce qu'il « a » - même s'il possédait le monde entier - mais parce qu'il « est ». Les biens du monde ne comptent pas autant que le bien de la personne, le bien qui est la personne même''⁴⁵⁶.

398. C'est cette conception de la dignité transcendante qui est reprise dans les conventions internationales proclamatrices et protectrices des droits fondamentaux.

⁴⁵⁴ B. Maurer, *op. cit.*, p. 37, citant l'Encyclique *Christifideles laici*, n°37, 1988.

⁴⁵⁵ Ch. Schönborn, *L'homme créé par Dieu : le fondement de la dignité de l'homme*, Gregorianum, Rome, pp. 337-363, spéc. p. 339.

⁴⁵⁶ B. Maurer, *op. cit.*, p. 33 et s., spéc. p. 34.

2- La conception chrétienne de la dignité dans les conventions internationales protectrices des droits fondamentaux

399. On l'a maintes fois souligné, ce sont les atrocités nazies qui, en Europe, ont provoqué un besoin juridique inédit : consacrer la protection de la dignité en droit, afin d'éviter que de tels agissements inhumains se reproduisent.

400. Ce fut d'abord à l'occasion de l'élaboration de deux conventions internationales incontournables : la Charte des Nations Unies signée le 26 juin 1945 à San Francisco et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (ci-après D. U. D. H.) signée le 10 décembre 1948. Ainsi, la première affirme très solennellement en son préambule « *Nous, peuples des Nations Unies, résolus à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine (...)* », et la seconde, dans son préambule également, que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». On remarque que la portée juridique de la dignité est distincte dans les deux textes, puisque s'agissant de la Charte des Nations Unies c'est une simple déclaration symbolique marquant une volonté juridique de bannir pour le futur de tels actes barbares, alors que s'agissant de la D. U. D. H. la dignité y est considérée comme attachée à chaque être humain et elle est au fondement de valeurs désormais essentielles dans la société d'après guerre : la liberté, la justice et la paix. Mais surtout, ces textes retiennent une conception universelle de la dignité, celle qui est attachée à l'espèce humaine et qui renvoie directement à l'idée que porter atteinte à la dignité d'un seul homme c'est porter atteinte à celle de l'humanité toute entière.

401. Les conventions postérieures retiennent logiquement cette conception de la dignité fondamentale directement issue de l'héritage chrétien, comme nous

l'expliquions plus avant⁴⁵⁷. Ainsi le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après P. I. D. E. S. C.) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après P. I. D. C. P.) adoptés à New-York le 16 décembre 1966 reconnaissent dans leurs préambules « *la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* », celle-ci constituant « *le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». De nouveau, on retrouve le lexique qui renvoie à la dignité au sens de dignité attachée à l'espèce humaine. Le même constat doit être fait s'agissant de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984, énonçant également en son préambule que « *les droit égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine (...) procèdent de la dignité inhérente à la personne humaine* », ainsi que de la Convention internationale des droits de l'enfant adoptée cinq années plus tard, qui reprend également dans son préambule la formule désormais usitée selon laquelle les Etats qui y sont parties reconnaissent « *la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* ». Désormais, « *[Le] caractère objectif [de la dignité] est universellement admis et célébré et l'importance de son respect est reconnue par tous. La dignité humaine devient ainsi l' « idée force du système des droits de l'homme », l'expression d'un consensus universel, le fondement et la justification des droits de l'homme* »⁴⁵⁸.

402. Reste que la dignité est textuellement absente du texte de la Conv. E. D. H., ce qui est bien curieux s'agissant d'une convention expressément destinée à protéger les droits essentiels de la personne. Cependant, il est acquis que ce principe matriciel innerve implicitement la Conv. E. D. H. Remarquons que celle-ci s'inscrit dans la continuité de la D. U. D. H., ce qui est expressément déclaré dans son préambule. Il est donc logique et nécessaire, au regard de l'homogénéité qui doit sous-tendre les droits fondamentaux, que la Conv. E. D.

⁴⁵⁷ V. N.B.P. 450.

⁴⁵⁸ B. Maurer, *op. cit.*, p. 62.

H. reprenne un tel concept dont découlent les droits qu'elle consacre. D'un point de vue matériel, l'examen des travaux préparatoires à l'élaboration de la Convention de Strasbourg révèle non seulement que la référence à la dignité humaine y est omniprésente, mais confirme en sus qu'il s'agit bien de la dignité telle que conçue par la religion chrétienne. Ainsi, les membres de l'Assemblée consultative évoquent sans ambiguïté cette éminente dignité humaine : « *je fais appel aux pays qui appartiennent à la grande famille d'Europe occidentale et de civilisation chrétienne et qui respectent cette grande communauté. (...) Nous nous bornons à préciser les conditions sans lesquelles l'esprit humain ne saurait conserver sa dignité et sa liberté* », proclame un de ses membres⁴⁵⁹. « *La Grèce antique est à l'origine de cette religion humaine qui veut que la liberté, la sécurité et la dignité de l'homme soient considérées comme sacrées. Je soulignerai même que cette religion ne fut pas seulement à base juridique mais aussi à base morale. Elle était fondée sur l'amour du prochain. C'est Antigone qui a dit : « Je suis née pour aimer et non pour haïr »* », explique un autre⁴⁶⁰.

403. La dignité chrétienne est donc bien au cœur de la Conv. E. D. H. Reste à étudier la façon dont la jurisprudence européenne l'illustre, de manière classique.

B- La protection de la dignité dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour E. D. H.

404. Traditionnellement, la protection de la dignité humaine par la Cour E. D. H. est illustrée dans la jurisprudence relative à l'article 3, qui prohibe la torture, proclamant que « *nul ne peut être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Or, selon la Cour de Strasbourg, un tel traitement

⁴⁵⁹ Sir D. Maxwell-Fyfe, lors de la Première session de l'Assemblée consultative tenue à Strasbourg du 10 août au 8 septembre 1949, H (61) 4, p. 32, cité par B. Maurer, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁶⁰ M. Maccas, lors de la Première session de l'Assemblée consultative tenue à Strasbourg du 10 août au 8 sept. 1949, H (61) 4, p. 32, cité par B. Maurer, *op. cit.* p. 63.

implique des « mesures de nature à créer chez les individus des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique et morale »⁴⁶¹, ce qui constitue bien une atteinte à la dignité humaine, s'agissant de rabaisser la personne au rang de chose, de lui ôter toute estime personnelle. Logiquement, un minimum de gravité est donc requis afin que la violation à l'article 3 de la Convention soit établie : les souffrances infligées à la victime doivent être intolérables.

405. Ainsi, il est jugé dans le célèbre arrêt Tomasi contre France, rendu en 1992 à propos de violences policières commises contre une personne gardée à vue, qu'« à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 »⁴⁶². Ainsi, en vertu du droit de ne pas subir de tortures ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants, sous-tendu par le principe de respect de la dignité fondamentale, la Cour de Strasbourg considère dans un arrêt Selmouni contre France du 28 juillet 1999⁴⁶³ que la protection de l'intégrité physique d'une personne en état d'infériorité, parce que privée de liberté, est inconditionnelle. Ainsi, tout usage de la force physique contre une personne est prohibé dans ces circonstances, même si les actes qu'elle est suspectée avoir commis sont d'une gravité exceptionnelle, tels le terrorisme ou le crime organisé.

406. Une autre illustration de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants peut être trouvée dans l'arrêt D. contre Royaume-Uni rendu le 20 février 1997⁴⁶⁴. Un homme malade du sida, bénéficiant des traitements appropriés au Royaume-Uni, était menacé d'une procédure d'expulsion vers Saint Kitts. Or, au regard des conditions très insuffisantes de prise en charge de

⁴⁶¹ C.E.D.H., Irlande c/Royaume-Uni, 18 janv. 1978, A. 25, *J.D.I.* 1980, 449, obs. P. Rolland.

⁴⁶² C.E.D.H. Tomasi c/France, 27 août 1992, A. 241 A, §115, note F. Sudre, *Rev. sc. crim. et dr. pénal comp.*, 1993, 33.

⁴⁶³ C.E.D.H. Selmouni c/France, 28 juill. 1999, F. Sudre et *alii*, *G.A.D.E.C.H.*, *op. cit.*, n°11.

⁴⁶⁴ C.E.D.H. D. c/Royaume-Uni, 20 févr. 1997, v. le site internet de la Cour E.D.H. : www.echr.coe.int.

sa maladie à Saint Kitts, le système sanitaire y étant peu développé, le requérant était voué à endurer des souffrances certaines et une détresse psychologique insoutenable. Ainsi, l'ancienne Commission estime que « *cette situation risque d'engendrer une angoisse et une incapacité extrêmes de nature à l'empêcher de préserver sa dignité humaine dans ce qu'elle a de plus élémentaire, alors que sa maladie suivrait son cours inévitablement douloureux et fatal* »⁴⁶⁵. Ainsi, de nouveau, c'est la dignité dans son sens chrétien qui est protégée : l'homme ne doit pas perdre son humanité.

407. Un dernier exemple peut être trouvé dans l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* contre Royaume-Uni, déjà étudié *supra*⁴⁶⁶. Rappelons simplement que la Cour de Strasbourg a dû déterminer si les relations sexuelles sadomasochistes pratiquées en groupe devaient être épargnées par le droit pénal, comme ressortissant du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. La Cour juge que le Royaume-Uni ne viole pas la Convention en engageant des poursuites pénales contre les requérants et en les condamnant entre autres pour coups et blessures, même si ces derniers avaient tous donné leur consentement à ces relations sexuelles. Or, de nouveau, on peut y voir la volonté de protéger la dignité humaine, laquelle, intrinsèquement objective, ne se négocie pas : si la Cour avait accédé à la demande des requérants, elle aurait indirectement avalisé une conception subjective, personnelle de la dignité. Or, remarque le juge Pettiti dans son opinion concordante : « *La protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de l'indignité de celle-ci ni de l'immoralisme délictuel* ».

408. Cependant, le principe d'autonomie personnelle marque un tournant dans la conception de la dignité à laquelle se réfère la Cour E. D. H. En effet, sans doute en application de son leitmotiv selon lequel la Convention est un instrument

⁴⁶⁵ Arrêt préc., §46.

⁴⁶⁶ C.E.D.H. *Laskey, Jaggard et Brown c/Royaume-Uni*, 19 févr. 1997, préc. *supra*, p. 90 et s.

« *vivant* » qui doit s'adapter à l'évolution des mœurs des pays membres du Conseil de l'Europe, elle fait montre, dans ses arrêts jugeant que l'autonomie personnelle est en cause, d'une conception de la dignité qui se départit fondamentalement de la conception chrétienne présentée plus avant, puisqu'il s'agit d'une dignité dont la conception est subjective, c'est-à-dire personnelle à l'individu. Ainsi, la dignité subjective semble être le fondement inédit du droit au respect de la vie privée lorsque la disposition corporelle est en jeu.

§2 : La dignité subjective, fondement inédit du droit au respect de la vie privée lorsque la disposition corporelle est en jeu

409. Les illustrations de l'application du principe d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg **(A)** mettent en évidence, selon une logique déductive, l'adoption d'une conception personnalisée de la dignité **(B)**, une dignité subjective, autrement dénommée dignité « pour soi ».

A- Illustration de la dignité subjective par la jurisprudence relative à l'autonomie personnelle

410. L'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, maintes fois évoqué⁴⁶⁷, est le premier opus d'une série d'arrêts illustrant une nouvelle conception de la dignité adoptée par le juge européen, en tant qu'interprète privilégié de la Conv. E. D. H. *A priori*, cette observation peut sembler inutile au regard de notre démonstration, puisque, précisément, la Cour de Strasbourg n'accède pas à la demande de la requérante tendant à consacrer son autonomie personnelle, en jugeant qu'elle est

⁴⁶⁷ C.E.D.H. *Pretty c/Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, v. *supra*, p. 84 et s.

titulaire du droit fondamental de décider du moment de sa mort. Or, nonobstant les conclusions de la Cour, on assiste bien, par cet arrêt *Pretty*, à l'introduction de la conception subjective de la dignité en droit européen des droits de l'homme, dans le domaine de l'article 8 de la Convention.

411. En effet, si la Cour refuse de reconnaître à Mme *Pretty* le droit de mourir, ce n'est pas tant parce qu'elle considère que la dignité de cette dernière n'est pas en jeu – l'affirmation du principe d'autonomie personnelle en l'espèce le montre – que parce que des considérations d'intérêt général sont en cause. En d'autres termes, ce n'est pas au nom d'un attachement à la primauté de la vie en toutes circonstances que la Cour de Strasbourg rejette les prétentions de Mme *Pretty*, c'est en raison du risque de déviance, notamment chez les individus affaiblis, diminués psychologiquement, que pourrait représenter la consécration du droit au suicide assisté. Par cette dernière, la Cour risquerait d'ouvrir la voie à des meurtres commis sur des personnes en fin de vie, très affaiblies, et donc persuadées par d'autres de mettre fin à leur jours. Par là-même, la Cour avalise la conception personnelle de la dignité avancée par la requérante : être dans la possibilité de se donner la mort pour ne pas subir des souffrances et une détresse psychologique insupportable⁴⁶⁸, « *car rien ne serait plus intimement lié à la manière dont une personne mène sa vie que les modalités et les moments de son passage de vie à trépas* »⁴⁶⁹. Or, la Cour affirme, après avoir rappelé que « *La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention* »⁴⁷⁰, que l'autonomie personnelle est en cause, considérant que « *c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de vie prend toute sa signification. A une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un*

⁴⁶⁸ En effet, un destin tragique attendait Mme *Pretty* : une mort par asphyxie, dont elle était pleinement consciente, puisque la maladie avait laissé intactes ses capacités intellectuelles.

⁴⁶⁹ C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 58.

⁴⁷⁰ C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 65.

état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aigüe qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle »⁴⁷¹. D'ailleurs, rappelle-t-elle plus avant, « *une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie* »⁴⁷². Il ne fait donc pas de doute que pour la Cour E. D. H., la requérante peut revendiquer, d'un point de vue fondamental, sa propre dignité, qui implique donc en l'espèce de se donner la mort. Elle s'éloigne ainsi de la conception objective de la dignité, qui, par ses racines chrétiennes, ne peut englober une telle conception en raison de l'atteinte ultime au pouvoir divin qu'elle représente : ôter la vie à un homme.

412. Les arrêts I. et Goodwin contre Royaume-Uni⁴⁷³ constituent le deuxième opus de cette jurisprudence illustrant la progression de la dignité subjective dans le champ du droit au respect de la vie privée. Rappelons brièvement que par ces arrêts, la Cour de Strasbourg accède à la demande des requérants, transsexuels hommes-femmes, d'une part de faire procéder au changement de la mention de leur sexe à l'état civil, d'autre part de la possibilité de se marier. La portée symbolique de ces arrêts, au sens de se déterminer soi-même, de choisir sa propre identité contre les lois de la nature, est donc essentielle. Or, à cette occasion, la Cour de Strasbourg consacre de nouveau le principe d'autonomie personnelle. A cet égard, on peut affirmer qu'il constitue une confirmation de l'adoption de la dignité subjective par la Cour E. D. H. lorsque la disposition corporelle est en cause. Celle-ci est illustrée par le processus de changement de sexe par le transsexuel, d'une part d'un point de vue physiologique, d'autre part d'un point de vue juridique. Ainsi, l'opération de conversion sexuelle qui requiert un traitement thérapeutique par voie orale (la prise d'hormones) ainsi qu'une chirurgie consistant en la transformation des organes génitaux dans le

⁴⁷¹ C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 65.

⁴⁷² C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, préc., § 63.

⁴⁷³ C.E.D.H., *Goodwin et I. c/ Royaume-Uni*, 11 juill. 2002, v. *supra*, p. 38 et s.

genre opposé, constitue la correction symbolique de ce que Dieu a mal « fait » : voilà un individu qui, *afin d'être enfin lui, doit* modifier son apparence sexuelle, dans le but d'appartenir pour l'avenir au sexe opposé. Ensuite, il procède à la modification de son sexe à l'état civil, aboutissement de ce long labeur de transformation sexuelle. Par sa consécration du droit au changement de sexe juridique par le transsexuel, la Cour E. D. H. se réfère ainsi une nouvelle fois à une conception tout à fait subjective de la dignité, puisqu'elle cautionne, au nom du droit au respect de la vie privée, une redéfinition de sa personne, ce que l'individu transsexuel estime consister en *sa* dignité. Ainsi, elle considère qu'« *on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances* »⁴⁷⁴.

413. Remarquons d'ailleurs que *sa* dignité se trouve réalisée, selon le requérant transsexuel, non seulement grâce aux modifications physiologiques auxquelles il est procédé, mais également par la reconnaissance sociale de ce changement de sexe. Ainsi, le transsexuel ne voit sa propre dignité pleinement respectée qu'à la condition que la société dans son ensemble reconnaisse la légitimité de cette opération de conversion sexuelle. Mme B. Maurer explique que « *le principe de respect de la dignité humaine est [alors] mentionné [non] pour fonder le respect du choix de chaque individu en matière d'épanouissement personnel mais pour que ce choix personnel, ne soit ni méprisé, ni occulté, ni même simplement toléré. En d'autres termes, au nom du respect de la dignité humaine, l'individu réclame plus que la liberté de changer de sexe, il revendique l'approbation collective de ce changement par la reconnaissance civil de son nouvel état. De fait, le syndrome du transsexualisme, hormis la conversion du sexe somatique, conduit à réclamer « la reconnaissance, enfin, par les autres de [sa] véritable identité* »⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ C.E.D.H. Goodwin c/ Royaume-Uni, 11 juill. 2002, préc., §91.

⁴⁷⁵ B. Maurer, *op. cit.*, p. 437.

414. Cette pleine reconnaissance nécessite, dans un ultime prolongement, la consécration par la Cour de Strasbourg du droit de se marier : on atteint là les conséquences finales de son attachement à la dignité personnelle. En effet, par le droit de se marier, c'est symboliquement la reconnaissance de la capacité à procréer du transsexuel, donc sa transformation totale en un individu du sexe opposé, qui est consacrée. En d'autres termes, le processus de transformation du transsexuel en une personne de l'autre sexe, depuis la mise en place d'une thérapie médicamenteuse, jusqu'à la possibilité de se marier, est une formidable opération de refonte du travail divin : ce que Dieu a mal fait, l'homme le refait. Ainsi, la Cour accepte d'aller au terme de ce processus extraordinaire, en consacrant, dans les mêmes arrêts I. et Goodwin, le droit au mariage des requérants transsexuels. Elle estime que *« par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit [de se marier] »*⁴⁷⁶, soulignant qu'il faut permettre au transsexuel *« de se rapprocher autant que possible du sexe auquel [il] a le sentiment d'appartenir, et l'adoption par cel[ui]-ci du rôle social de son nouveau sexe »*⁴⁷⁷. Citons enfin le juge Martens, qui, dans l'arrêt Cossey contre Royaume-Uni refusant de reconnaître le droit au changement de sexe civil du transsexuel, s'exclame, dans son opinion dissidente : *« Le principe qui se trouve à la base des droits de l'homme et qui sous-tend les divers droits spécifiques énoncés dans la Convention est le respect de la dignité et de la liberté des hommes. Ces deux éléments impliquent qu'un individu doit être libre de se façonner lui-même et de choisir la destinée qui lui semble le mieux convenir à sa personnalité. Un transsexuel use de ses droits absolument fondamentaux. Il est prêt à se façonner lui-même et à choisir sa destinée. (...) »* [L]e refus de reclasser le sexe d'un transsexuel opéré

⁴⁷⁶ C.E.D.H., Goodwin c/ Royaume-Uni, 11 juill. 2002, préc., §98.

⁴⁷⁷ C.E.D.H., Goodwin c/ Royaume-Uni, 11 juill. 2002, préc., §100.

semble incompatible avec les principes d'une société qui se dit soucieuse de la vie privée et de la dignité de ses citoyens » »⁴⁷⁸.

415. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative au transsexualisme met en lumière une disposition corporelle au nom de la dignité personnelle, puisqu'elle constitue une manifestation du principe d'autonomie personnelle : ce n'est plus Dieu, mais le transsexuel qui détermine ce qui fait son appartenance à l'humanité.

416. Sans surprise, le troisième et dernier exemple se trouve dans la jurisprudence relative au sadomasochisme. Nous revenons ainsi sur l'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique⁴⁷⁹, qui, rappelons le, consacre indirectement le droit d'entretenir des relations sexuelles sadomasochistes lorsque les participants y consentent. En effet, si la Cour de Strasbourg donne raison à la Belgique d'avoir engagé des poursuites pénales contre les deux requérants et condamné ces derniers, elle juge, après avoir rappelé que *« des éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes du domaine protégé par l'article 8 (...) [ainsi que] le droit à l'épanouissement personnel (...). Ce droit implique le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (...) en ce compris dans le domaine des relations sexuelles, qui est l'un des plus intimes de la sphère privée et est à ce titre protégé par cette disposition (...). Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »*, que *« le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus (...). [U]ne personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible »⁴⁸⁰*. Ainsi, de nouveau, le principe d'autonomie personnelle justifie une disposition corporelle qui n'assure pas le respect de la dignité fondamentale, bien au contraire, puisque les relations

⁴⁷⁸ C.E.D.H., Cossey c/Royaume-Uni, 27 sept. 1990, préc., §2. 7. C'est nous qui soulignons.

⁴⁷⁹ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, 17 févr. 2005, v. *supra.*, p 39 et s.

⁴⁸⁰ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, préc., §83-84.

sexuelles sadomasochistes impliquent une violence extrême qui nie la qualité humaine des participants. Ainsi, l'arrêt relate que lors de ces séances très spéciales, les requérants « utilis[ent] des aiguilles et de la cire brûlante, frapp[ent] violemment la victime, introdui[sent] une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hiss[ent] suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui inflig[ent] des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui cou[sent] les lèvres vulvaires et lui introdui[sent], dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids »⁴⁸¹. Il n'est pas inutile de rappeler que le principe de dignité humaine, tel qu'il inspire la Conv. E. D. H., a pour objet d'éviter que les atrocités commises lors de la seconde guerre mondiale le soient à nouveau ! Dans un rapport relatif *aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, le Conseil d'Etat souligne d'ailleurs que « deux conceptions de la dignité (...) peuvent potentiellement s'opposer ou se limiter mutuellement : celle de l'exigence morale collective de la sauvegarde de la dignité, le cas échéant, aux dépens du libre arbitre de la personne (...) et celle de la protection du libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a très largement fait sienne cette seconde acception en protégeant, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, un principe d'autonomie personnelle selon lequel chacun peut mener sa vie selon ses convictions et ses choix personnels, y compris en se mettant physiquement ou moralement en danger (...). Tel est le sens de son arrêt K. A. et A. D. c./Belgique (...), par lequel elle a très clairement affirmé le primat du principe d'autonomie personnelle sur la sauvegarde de la dignité « subie » »⁴⁸².

417. Si la conception subjective de la dignité s'agissant du cas du transsexualisme peut être facilement légitimée en ce qu'elle aboutit à une renaissance, au sens propre comme au figuré, du transsexuel, il semble en revanche difficile de parvenir à une telle conclusion au regard de l'arrêt K. A. et A. D. Pourtant, on

⁴⁸¹ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, préc., §13.

⁴⁸² C.E., *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, rapport 25 mars 2010, p. 19, disponible sur le site internet du Conseil d'Etat : www.conseil-etat.fr.

peut y voir à nouveau un accomplissement de sa propre humanité. Ainsi, M. O. Cayla écrit, à propos de l'arrêt Laskey, Jaggard et Brown : « dans [cette] affair[e], on [prend en] considération (...) la « dignité de la personne humaine », devenue aujourd'hui l'ultime et automatique discours juridique, ou plus exactement pour l'un des usages contemporains du concept, qui permet d'opposer à un individu l'obligation de respecter sa propre dignité, dans le but de limiter sa liberté dans l'exercice de la disposition de soi. De ce point de vue, l'arrêt Laskey est hautement caractéristique : commençant par réputer « sadique », et donc barbare, le comportement de celui qui administre une souffrance sollicitée, pour son plaisir, par un masochiste, le juge est ainsi conduit à condamner la barbarie de cette prestation de nature à satisfaire la demande du masochiste, ce qui n'est rien d'autre, au fond, que condamner la demande du masochiste elle-même, et donc le masochisme dans son principe. Dire qu'il est barbare de donner du plaisir, certes sous la forme paradoxale de la douleur, au masochiste, c'est dire que celui-ci est barbare de vouloir se faire administrer, par le service d'un tiers, un tel plaisir à lui-même. Bref, le masochiste est nécessairement, par ce raisonnement, barbare avec lui-même, car il est l'auteur d'une « torture » de lui-même, autant dire d'une atteinte à sa propre dignité humaine. Par le plaisir qu'il éprouve, le masochiste commet donc la faute cardinale d'un attentat contre sa propre humanité »⁴⁸³. La conception subjective de la dignité permet donc, de nouveau, de justifier un comportement au nom de ce que l'individu conçoit comme sa *propre humanité*. Si s'accomplir en tant qu'être humain implique de s'adonner à de telles pratiques, elles doivent être permises.

418. Terminons cette illustration par l'arrêt Haas contre Suisse⁴⁸⁴, qui constitue la décision la plus récente en la matière. Nous l'avons souligné, si la Cour de Strasbourg ne mentionne pas littéralement le principe d'autonomie personnelle, nul doute qu'elle y fait implicitement référence⁴⁸⁵. Ainsi, si elle refuse de reconnaître, en l'espèce, l'obligation de l'Etat Suisse de délivrer au requérant un

⁴⁸³ O. Cayla, « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », in *La liberté sexuelle*, dir. D. Borrillo et D. Lochak, P.U.F., 2005, p. 98.

⁴⁸⁴ C.E.D.H., Haas c/Suisse, 20 janv. 2011, v. *supra* p. 37.

⁴⁸⁵ Arrêt préc., §51.

produit mortifère afin qu'il se suicide dans les conditions qu'il désire, elle affirme sans détour que chaque individu doit pouvoir choisir le moment de sa mort, c'est-à-dire lorsque les conditions de *sa dignité, telle qu'il la perçoit*, son réunies. Ainsi, la mort *choisie*, c'est à dire le *suicide eu regard d'une conception subjective de la dignité*, est protégé par la Cour de Strasbourg.

419. Nous l'aurons donc compris, la dignité subjective est *une version personnelle* de la dignité. Mais quel est son contenu? Une explication s'impose.

B- Une dignité personnalisée

420. L'intitulé est évocateur : la dignité personnalisée⁴⁸⁶ renvoie à ce que l'individu considère être *sa dignité*. Or, le principe d'autonomie personnelle rejoint nécessairement cette conception particulière de la dignité : dès lors qu'il s'agit de disposer de soi, cela équivaut, d'un point de vue symbolique, à « faire » à nouveau le travail divin. Dès lors, on quitte la sphère de la dignité objective, la dignité fondamentale, pour rejoindre celle de la dignité personnelle ou subjective. La jurisprudence le montre : le principe d'autonomie personnelle a pour corollaire nécessaire une conception subjective de la dignité. En effet, ce nouveau principe interprétatif de l'article 8 de la Conv. E. D. H. emporte une conception libéralisée de la disposition corporelle : l'individu ne doit pas se voir imposer de limites juridiques dans ses aspirations personnelles qui lui permettent d'être « lui ». L'individu « *exprime sa dimension prométhéenne et rationalisante qui l'élève au rang de mesure des choses et des personnes qui intègrent son environnement. Il est le témoin de son propre règne, le concepteur de la loi ordonnant son*

⁴⁸⁶ Les expressions dignité personnalisée, dignité personnelle et dignité subjective sont employées dans un sens similaire.

univers et sa culture »⁴⁸⁷. Or, le principe de dignité objective représente un obstacle normatif à la libre construction individuelle.

421. On peut constater à quel point les arrêts affirmant le principe d'autonomie personnelle sont illustratifs de la façon dont le requérant revendique, finalement, sa propre construction de lui-même, son propre « façonnage », pour reprendre le terme utilisé par le juge Martens, au nom de ce qu'il estime être sa propre dignité.

422. La doctrine publiciste se penche sur cette nouvelle conception de la dignité. Ainsi, Mme B. Maurer y consacre des développements substantiels dans sa thèse. Optant pour l'expression « *dignité actuée* », elle explique à l'instar de ce que nous avons écrit *supra* qu'il s'agit d'une conception personnelle de la dignité par l'individu. Selon l'auteur, la dignité n'est pas une mais double. Il faut distinguer la dignité objective, fondamentale de la dignité subjective, ou « *actuée* ». La première renvoie à la conception de la dignité fondamentale, ontologiquement chrétienne. La seconde renvoie à la définition que nous donnons de la dignité subjective, puisqu'il s'agit de la façon dont l'individu réalise sa dignité au travers de ses actes (terme dont est issu, on l'aura compris, le néologisme tout à fait explicite que constitue la dignité « *actuée* »). Dès lors, l'individu peut perdre sa dignité « *actuée* », soit par les actes d'un tiers, soit du fait de ses propres actes. C'est l'exemple du criminel, violeur ou assassin. Par l'atrocité des actes commis, il perd sa dignité « *actuée* », sa dignité de l'action. En revanche, sa dignité fondamentale, dont est titulaire tout être humain, ne peut jamais lui être ôtée. Il reste donc « porteur » de sa dignité objective. « *[U]ne distinction [est ainsi établie] entre l'être humain et sa personnalité, c'est-à-dire ce qu'il devient lui-même par les actes qu'il pose ou qu'il subit. Quand l'homme est traité ou agit indignement, nous dirons que sa dignité « actuée » est atteinte ; pourtant il reste une personne dotée pleinement de la*

⁴⁸⁷ A. d'Alton, « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme, approche de philosophie du droit », *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, 2009, p. 1749.

dignité « fondamentale », de la même façon que toute personne humaine. Alors, le mot dignité révèle sa richesse. L'aspect « actuel », c'est à dire qui passe dans les actes présents, de la dignité humaine donne au terme une dynamique que n'avaient pas su lui donner les philosophes pour qui la dignité était un a priori fondamental. En effet, la dignité nécessite une réalisation par des actes véritablement humains »⁴⁸⁸. Assurément, il va sans dire que les philosophes étaient sans doute loin de s'imaginer que les individus requerraient du juge qu'il reconnaisse que de tels comportements extrêmes puissent être adoptés au nom d'un « droit à... », fondés sur le concept de dignité subjective.

423. Un autre auteur, M. G. Armand, retient également la notion de dignité « actuée »⁴⁸⁹. Il explique qu'il s'agit d'une « dignité (...) antinomique à la dignité fondamentale, ontologique et absolue. Dignité « éthique » qui ne relève pas de l'être de la personne du seul fait d'exister mais se réfère « à son agir », elle présente en effet un « caractère dynamique » en étant « construite par chacun moyennant l'exercice de sa liberté » ». Ainsi, selon ces auteurs, « la dignité a deux dimensions. Une personne, tout en gardant sa dignité, que nous qualifierons de « fondamentale », peut connaître des conditions de vie tellement avilissantes ou agir de façon si contraire aux principes d'humanité qu'elle « perd sa dignité ». Mais alors, ce n'est pas la dignité de l'être humain qui est remise en question mais la dignité de son action. Une est la dignité de l'être humain, dignité absolue s'il en est, autre est la dignité de l'action, dignité aux multiples manifestations »⁴⁹⁰.

424. Le concept de dignité « actuée » renvoie donc à une acception moderne de la dignité. Se distinguant de la dignité fondamentale qui est un absolu, la dignité « actuée » est contingente, en ce sens qu'il s'agit de ce que chacun « fait » de sa dignité, par la réalisation d'actes impliquant sa personne. Les relations sexuelles dont il est fait état dans l'arrêt K. A. et A. D. contre

⁴⁸⁸ B. Maurer, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸⁹ G. Armand, « L'ordre public de protection individuelle », in *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique*, P.U. d'Aix Marseille, 2004, p. 1584 et s.

⁴⁹⁰ B. Maurer, *op. cit.* p. 51.

Belgique, le changement des sexes physiologique et juridique du transsexuel en constituent des illustrations remarquables.

425. Une telle acception renouvelée du concept de dignité est séduisante. Elle permet de rendre acceptable, d'un point de vue théorique, les atteintes au principe fondamental de respect de la dignité humaine. On peut alors se demander s'il ne agit pas de justifier l'atteinte au principe de respect de la dignité humaine d'une manière détournée. Ou plutôt, sous couvert de faire état, d'un point de vue doctrinal, d'une évolution sémantique de la dignité au regard de l'évolution des mœurs, ne s'agit-il pas d'une justification intellectuellement commode d'atteintes intolérables au respect de la dignité humaine, mais confortée par la promotion de l'autonomie personnelle ? D'un autre point de vue, cette nouvelle acception de la dignité ne complète-t-elle pas efficacement la première, aujourd'hui dépassée ?

426. Il reste alors à déterminer si cette « nouvelle » dignité s'oppose conceptuellement à sa matrice, la dignité fondamentale, ou si elle la complète. En d'autres termes, il convient de se demander si cette dignité « *actuée* » est un galvaudage sémantique de la dignité originelle, qui *a priori* ne peut-être déclinée, tant est grand le danger de la dénaturer, ou une déclinaison tout à fait opportune de celle-ci. *A priori*, la dignité « *actuée* » en tant que fondement du droit au respect de la vie privée est une ineptie.

Section 2: Un fondement inepte au regard de l'objet des droits fondamentaux

427. Le qualificatif employé n'est pas trop fort. En effet, la dignité subjective ne peut fonder un droit fondamental, car elle n'a aucune vertu normative (§1) et pourrait avoir pour effet pervers le démantèlement théorique de la protection des droits fondamentaux (§2).

§1 : L'absence de vertu normative de la dignité subjective

428. Dans un premier temps, nous proposons de montrer que la dignité subjective est insusceptible de réguler les comportements humains (A), au contraire de la dignité objective, en dépit des difficultés d'interprétation de cette dernière. Dans un second temps, nous illustrerons notre propos avec la jurisprudence interne (B).

A- La dignité subjective, insusceptible de réguler les comportements humains

429. La dignité subjective est une variante « fourre-tout » de la dignité objective et produit une déconstruction de la notion (1). Ainsi, par son instabilité ontologique, elle ne complète pas, mais, au contraire, vient affaiblir la norme de comportement que constitue la dignité objective (2).

1- La déconstruction de la dignité objective

430. Le terme « fourre-tout » est utilisé par Mme B. Maurer s'agissant du droit au respect de la vie privée inscrit à l'article 8 de la Conv. E. D. H⁴⁹¹. En effet, la dignité subjective permet la satisfaction de revendications de « droits à... », au nom précisément de celle-ci. Reprenons alors le terme très évocateur de M. P. Diener, celui de déconstruction⁴⁹² : selon nous, la dignité subjective ou « *actuelle* » opère une déconstruction de la dignité objective. Alors que la seconde est fédératrice, la première justifie au contraire toutes sortes de comportements qui illustrent l'individualisme social contemporain. Dans un élan de revendication de sa propre dignité, il s'agit alors, ainsi que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg l'illustre, d'exiger du juge qu'il les garantisse comme épiphénomène d'un droit fondamental, et particulièrement, on l'a montré, du droit au respect de la vie privée.

431. La dignité objective est une notion qui vise à éviter l'instrumentalisation du corps humain au sens où il serait réduit à l'état de chose dégradée, avilie. La dignité objective est donc une norme, même si sa nature juridique reste ambiguë. En effet, celle-ci contient « *la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite* », renvoie à la « *manière dont il convient de diriger son activité, la méthode à suivre* »⁴⁹³, ou encore elle constitue un « *type concret ou formule abstraite de ce qui doit être, en tout ce qui admet un jugement de valeur : idéal, but, règle, modèle* »⁴⁹⁴. Au total, comme toute autre norme, la dignité dans son sens objectif « *exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon* ». Elle est « *un devoir être* »⁴⁹⁵. Et la norme, parce ce qu'elle est « *un devoir être* », doit impérativement présenter certaines qualités, sous peine d'être

⁴⁹¹ B. Maurer, *op. cit.*, p. 417 et s.

⁴⁹² P. Diener, *préc.*

⁴⁹³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., v° « norme ».

⁴⁹⁴ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 2006, v° « norme ».

⁴⁹⁵ H. Kelsen, *op. cit.*, spéc. p. 12.

incomprise et donc non obéie. Parce qu'elle est un guide des comportements humains, son unicité est indispensable. Or, la dignité subjective en tant que version moderne de la dignité objective ne présente pas ses qualités. Au contraire, elle se présente comme une notion fluctuante, changeante. Elle constitue l'adaptation de la dignité objective aux revendications individuelles contemporaines.

432. L'absence de vertu normative de la dignité subjective renvoie à l'affaiblissement de la souveraineté étatique que maintient finalement la dignité objective. En effet, cela a été souligné, la dignité objective constitue une norme de comportement efficace dans le sens où elle permet de maintenir l'ordre social, en limitant les possibilités de disposer de son corps par l'individu. Ainsi, les valeurs individuelles doivent s'intégrer à l'ordre social imposé par l'Etat, voire à celui qui est issu du système juridique européen. Du point de vue de la disposition corporelle, cela signifie que l'individu ne peut disposer de son corps que dans la limite imposée par le droit. Or, la subjectivisation de la dignité par le principe d'autonomie personnelle remet en cause cet équilibre, puisqu'il implique davantage de liberté individuelle. Ainsi, à la fois la souveraineté du système européen de protection des droits fondamentaux, et, de façon plus pertinente au vu de la subsidiarité de ce dernier, celle du droit français, sont remises en cause. La dignité subjective emporte « *dénormatization* » de la dignité objective, et donc *affaiblissement du caractère contraignant du système juridique à son endroit. Ainsi, l'autonomie personnelle marque la rupture entre la nouvelle liberté d'action individuelle et le système européen de protection des droits de l'homme ainsi que l'Etat, au sens où ils constituent « un instrument technique au service de valeurs collectives », étant entendu que « l'Etat (et, à notre sens, le système juridique européen précité) ne dispose pas d'un tel pouvoir absolu et ne dispose en réalité que d'un pouvoir dérivé ou « régulateur » dont*

l'étendue se limite à la réalisation de ces valeurs collectives », remarque avec raison M. A. d'Ayton⁴⁹⁶.

433. Ainsi, la dignité subjective est efficace dans une logique de justification de comportements qui, justement, sont indéfendables du point de vue de la dignité objective. Cette dernière, par la haute considération de l'être humain qu'elle impose, défend toute atteinte ayant pour effet de le dénaturer. Il s'agit là de la norme fondamentale qu'elle contient.

2- Seule la dignité objective est une norme

434. En premier lieu, la dignité objective est inscrite dans les conventions internationales protectrices des droits fondamentaux étudiées *supra*, ce qui, selon nous, est un premier indice probant de son caractère normatif, même si elle peut être simplement énoncée dans un préambule, à l'instar, par exemple, de la D. U. D. H. Or, cela ne lui confère *a priori* aucune force juridique contraignante. Il s'agit alors d'une simple déclaration d'intention. Remarquons toutefois qu'il convient de ne pas confondre normativité et force contraignante, car, nous explique M. A. Lalande, « *une norme n'est pas nécessairement une loi ni un commandement : elle peut être un idéal, sans aucun caractère d'obligation* »⁴⁹⁷. De plus, et cela vient conforter notre raisonnement, la dignité – toujours dans sa dimension objective – est consacrée en droit interne comme principe à valeur constitutionnelle. Ainsi, dans une décision célèbre du 27 juillet 1994 relative au contrôle des nouvelles lois bioéthiques, le Conseil constitutionnel, sur le fondement de la phrase liminaire du Préambule de la Constitution de 1946, déclare que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement est un principe à valeur*

⁴⁹⁶ A. d'Alton, préc., p. 1747 et s., spéc. p. 1751.

⁴⁹⁷ A. Lalande, *op. cit.*

constitutionnelle »⁴⁹⁸. Plus tard, ces mêmes lois bioéthiques de 1994 seront à l'origine de son inscription, de manière tout à fait sacrale, à l'article 16 du Code civil, ainsi que nous l'expliquions plus avant⁴⁹⁹. L'essentiel est que depuis 1994, il ne fait nul doute qu'en droit français, la dignité de la personne humaine constitue une norme constitutionnelle que doivent respecter, par voie de conséquence, tous les actes juridiques internes.

435. En second lieu, le caractère normatif de la dignité objective provient, à l'évidence, de son origine religieuse, qui elle-même renvoie à des préceptes cohérents concernant le corps humain, auxquels il doit nécessairement être fait obéissance. Rappelons simplement que ceux-ci interdisent que l'être humain porte atteinte à son corps ou à celui d'autrui, si cette atteinte a pour effet de bafouer son humanité, quand bien même il y a consentement. En effet, cela revient à porter atteinte à Dieu lui-même. Dès lors, la discussion ne doit pas être possible, sous peine de vider cette normativité : tout comportement qui y fait obstacle ne doit pas être admis. Nous l'avons montré, la Cour E. D. H., dans sa jurisprudence relative aux traitements inhumains ou dégradants, condamne efficacement de tels agissements. Nous l'avons également constaté, ce n'est pas le cas s'agissant de sa jurisprudence relative à la disposition corporelle : au nom du principe d'autonomie personnelle, l'individu doit pouvoir se façonner lui-même, adopter des comportements assimilables à des tortures ou à des actes de barbarie, condition de son plaisir sexuel, au nom de sa dignité subjective.

436. Le droit interne constitue une illustration remarquable de ce que seule la dignité objective constitue une norme à laquelle le juge peut se référer efficacement dans cet objectif de respect de la valeur humaine.

⁴⁹⁸ Cons. Const. 27 juill. 1994, *D.* 1995. 237, note Mathieu ; *D.* 1995, Somm. 299, obs. Favoreu.

⁴⁹⁹ *V. supra* introduction, p. 22.

B- Illustration par la jurisprudence interne

437. La jurisprudence administrative (1) puis la jurisprudence judiciaire (2) seront successivement abordées.

1- La jurisprudence administrative

438. Reprenons une affaire célèbre de la jurisprudence administrative, celle dite du lancer de nain. Elle fut jugée le 27 octobre 1995 par le Conseil d'Etat⁵⁰⁰. Les faits sont connus. Il s'agissait du spectacle du lancer de nain, originaire des pays anglo-saxons, consistant à lancer le plus loin possible, au dessus d'un tapis destiné à la réceptionner, une personne atteinte de nanisme, celle-ci étant revêtue d'un costume de protection. Le but de cette démonstration était, bien évidemment, d'amuser le public. M. Manuel Wackenheim, nain de son état, était employé par la société Fun Production afin de réaliser un tel spectacle. Ce dernier connaissant un certain succès, il se produisit dans diverses discothèques de France. Or, par un arrêté du 25 octobre 1991, le maire de la commune de Morsang-sur-Orge prononça, au vu du caractère choquant de l'exhibition que constituait le lancer de nain, l'interdiction du spectacle de M. Wackenheim. Ce dernier contesta cette décision devant la juridiction administrative qui, le 25 février 1992, annula l'arrêté pris par le maire. Celui-ci interjeta alors appel devant le Conseil d'Etat. La juridiction administrative suprême, « *Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales*

⁵⁰⁰ C.E., 27 oct. 1995, *A.J.D.A.* 1995, pp. 942-944 ; *D.* 1996, 177, note G. Lebreton ; *R.F.D.A.* 1995, 878, concl. P. Frydman ; Long M., Weil P., Braibant G., *G.A.J.A.* , Dalloz, n°112.

particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine », juge que « c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a prononcé l'annulation de l'arrêté du maire de Morsang-sur-Orge en date du 25 octobre 1991 ». En cela, elle suit les conclusions de son commissaire du gouvernement, M. R. Frydman, qui considérait que le spectacle du lancer de nain constitue une atteinte à la dignité de la personne humaine, car le nain est alors traité avec avilissement, puisque, lors de ce spectacle, il n'est plus un homme mais un poids lancé d'un canon, cela étant rendu possible grâce à sa petite taille. Ainsi, le lancer de nain constitue une atteinte non pas à la dignité du nain en cause, M. Wackenheim, mais à celle de toutes les personnes atteintes de nanisme, qui se sentiraient rabaissés au rang de chose amusante, voire méprisable, par le public. « Le but du lancer de nains – et c'est ce qui fait tout son intérêt pour le spectateur – n'est évidemment pas de lancer un poids le plus loin possible, mais de lancer avec violence et sans aucun égard pour elle une personne humaine, qui se trouve ainsi traitée comme un simple projectile, c'est-à-dire rabaissée au rang d'objet. En outre, ce n'est pas n'importe quelle personne qui est lancée, mais, spécifiquement et exclusivement, un nain. Or, cet état de fait (...) tient essentiellement (...) à l'intérêt que suscite, chez un large public, la mise en évidence d'anomalies physiques telles que l'achondroplasie ou d'autres formes de nanisme. Aussi cette attraction renvoie-t-elle (...) au sentiment obscur et profondément pervers selon lequel certaines personnes constitueraient, du fait de leur handicap ou de leur apparence physique, des êtres humains de second rang et susceptibles, dès lors, d'être traités comme tels », expliquait le commissaire du gouvernement, avant d'ajouter « Enfin, on observera que les réactions à ce spectacle chez les nains eux-mêmes, ne sont (...) pas moins défavorables. C'est ainsi que l'Association nationale des personnes de petite taille a fait connaître son indignation à ce sujet, en soulignant (...) que la protestation de l'opinion publique face à une telle attraction serait unanime si c'était à un animal qu'on infligeait le traitement

*ainsi subi par le nain »*⁵⁰¹. L'argumentation du commissaire du gouvernement est ainsi une remarquable apologie de la dignité humaine dans son acception objective. Néanmoins, il est piquant de relever que selon M. Wackenheim, la décision d'interrompre le spectacle portait alors atteinte à sa propre dignité, celle-ci le renvoyant à la situation précaire dans laquelle il se trouvait avant d'être employé par la société Fun Production qui le payait alors 20 000 francs mensuels. Ainsi, on constate que par cette décision, le juge interdit au principal intéressé tout pouvoir d'appréciation concernant sa dignité. Bien plus, celui-ci lui défend de considérer qu'en exerçant cet emploi, il ne porte pas atteinte à sa dignité mais, au contraire, la respecte tout à fait. Rappelons-le, avant d'être employé par la société Fun Production, M. Wackenheim « *vivait dans la solitude et se trouvait au chômage* »⁵⁰². Aussi peut-on se demander, à l'instar de M. E. Decaux : « *Où commence et où s'arrête la dignité ? Est-ce la misère du spectacle ou le spectacle de la misère qui nous choque le plus profondément ?* »⁵⁰³.

439. Dès lors, aussi révoltant que cela puisse paraître, la normativité de la dignité objective implique d'attenter à la liberté de l'individu, dans la mesure où on lui dicte son comportement. Si le Conseil d'Etat avait considéré justifiée la décision du juge de Versailles, il aurait cautionné la conception subjective de la dignité, ce qui aurait ruiné la conception de la dignité objective. De plus, il aurait indirectement considéré que la dignité de la personne humaine se trouve dans le commerce juridique, puisque la personne atteinte de nanisme, nous l'avons écrit, était rémunérée. « *[I]l ne saurait être question de faire prévaloir l'avantage pécuniaire d'un individu sur le souci d'éviter l'humiliation d'une communauté entière* », remarque un auteur⁵⁰⁴. De ce point de vue, la dignité objective peut également paraître moralisatrice. Pourtant, le commissaire Frydman souhaitait afficher le contraire,

⁵⁰¹ Concl. Frydman ss. C.E. 27 nov. 1995, *ibid*.

⁵⁰² *Idem*.

⁵⁰³ E. Decaux, « Dignité et universalité », in *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*, dir. Marcus Helmons, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 178.

⁵⁰⁴ Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et Libertés. La Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la dignité individuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 301.

précisant que la dignité n'est pas une notion sémantiquement extensible. Enfin, notons que selon une partie de la doctrine, la décision du Conseil d'Etat, en mettant l'accent sur le handicap de M. Wackenheim, aurait précisément induit la conclusion inverse⁵⁰⁵ : puisque ce dernier était atteint de nanisme, il mettait en scène un handicap insupportable, ce qui n'aurait pas été le cas dans la situation contraire. Il se serait simplement agi d'un homme qui se met en spectacle comme un boulet de canon. Ce n'est donc plus le spectacle en lui-même qui constitue l'atteinte à la dignité, mais le handicap de nanisme.

2- La jurisprudence judiciaire

440. Un second exemple de la qualité normative de la dignité objective peut être trouvé dans la jurisprudence judiciaire. Il s'agit du jugement dit « Benetton », rendu par le TGI de Paris le 1^{er} février 1995⁵⁰⁶. Il était question, pour l'essentiel, d'une campagne publicitaire Benetton pour laquelle avaient été photographiées, puis exposées au public, des parties de corps humains, c'est-à-dire un torse, un bas-ventre et un fessier nus, ceux-ci étant affublés de la mention « *HIV POSITIVE* ». Une action en responsabilité fondée sur la violation du droit au respect de la vie privée prévu à l'article 9 du Code civil fut engagée par des intervenants volontaires et notamment l'Agence française de lutte contre le sida.

441. Le tribunal refuse de condamner la société Benetton pour violation du droit au respect de la vie privée, celui-ci ne pouvant être invoqué que par le titulaire direct et individuel du droit en cause. Cependant, il juge que les individus malades du sida ont subi un préjudice au regard de l'atteinte à la dignité humaine, la société Benetton, en diffusant une telle campagne publicitaire, ayant abusé de sa liberté d'expression. Ainsi, en stigmatisant de la sorte, à travers cette

⁵⁰⁵ J.-Ch. Froment, « notes de jurisprudence », *R.D.P.*, 1996, p. 553 et s.

⁵⁰⁶ T.G.I. Paris, 1^{er} févr. 1995, *D.* 1995. 569, note Edelman ; *D.* 1997. Somm. 89, obs. Hassler. V. l'arrêt confirmatif C.A. Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996. 617, note Edelman.

campagne publicitaire, les personnes atteintes du sida, la société Benetton les exclut du commun des hommes, elle bafoue leur humanité. « *Attendu, en effet, qu'en l'état actuel des connaissances, l'infection par le H. I. V. demeure une affection effrayante et, comme telle, susceptible de provoquer, de manière plus ou moins consciente, des manifestations d'exclusion ou de rejet, voire d'hostilité ; qu'associer, par le biais d'une inscription apposée en divers endroits non dénués de signification symbolique, ce mal redoutable, à des portions de chaire humaine dénudées, évoque la barbarie nazie ou le marquage de viande* », affirme le juge.

442. Au total, seule la conception objective de la dignité permet de protéger efficacement la dignité. En effet, il est nécessaire, afin d'atteindre cette fin, que la dignité objective ne souffre pas d'interprétations propres qui la videraient de sa substance. C'est un principe qui ne doit pas souffrir d'altérations sémantiques, afin de conserver sa normativité. On constate en effet que, dès lors qu'un individu requiert du juge qu'il garantisse un droit au regard du respect de sa dignité subjective, sous couvert de garantir la dignité humaine, il y a nécessairement galvaudage sémantique de la dignité objective. Dès que cette dernière est adaptée, elle n'est plus. Or, tout l'intérêt de ce principe est précisément, par son objectivité et la rigueur d'interprétation qu'il impose, d'éviter toute adaptation. Par essence, le principe de dignité objective ne doit pas être adaptable.

443. Ainsi, le concept de dignité « *actuée* » constitue soit une variante dangereuse quant au respect des droits fondamentaux, puisqu'il permet des atteintes ponctuelles en fonction de ce que l'individu considère consister en sa dignité (voir par exemple l'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique), soit n'a pas d'intérêt, lorsqu'il a par exemple le sens que lui donne Mme B. Maurer. Rappelons le, celle-ci explique que la dignité humaine est double, puisqu'elle est constituée de la dignité objective, fondamentale, dont est toujours porteur l'être humain, et de la dignité subjective ou « *actuée* » dont il peut, en revanche, être privé s'il commet

des actes indignes (un meurtre par exemple)⁵⁰⁷. Pour séduisante que cette théorie puisse être, on peut mettre en doute son intérêt. En effet, la dignité « *actuée* » ajoutée à la dignité objective présente un intérêt théorique, mais finalement, sous couvert d'affirmer qu'il y a toujours respect de la dignité objective, elle en constitue un galvaudage, puisque, *de facto*, cette dernière n'est pas respectée. Or, dans cette hypothèse, la dignité objective, la dignité chrétienne, est bafouée. De plus, elle ferait de la dignité une sorte de « *pâte feuilletée* »⁵⁰⁸ dont on voit mal l'intérêt.

444. En somme, cette nouvelle version de la dignité, issue d'un brouillage sémantique du concept, ne peut ordonner les comportements humains. Par voie de conséquence, le juge, en promouvant le principe d'autonomie personnelle, cautionne le démantèlement théorique des droits fondamentaux qui constitue l'effet pervers de la dignité subjective.

§ 2 : La déconstruction théorique de la protection des droits fondamentaux par le juge européen

445. Nous abordons la limite essentielle du principe d'autonomie personnelle. En effet, cela a été maintes fois souligné, les droits fondamentaux sont logiquement sous-tendus par la dignité objective. Le juge est donc censé les interpréter en ayant égard, toujours, à cet objectif ultime de protection de la dignité objective. Or, le principe d'autonomie personnelle pourrait avoir des conséquences regrettables si le juge décidait de l'appliquer de manière générale. En effet, ce glissement sémantique de la dignité est le signe d'une limite intrinsèque au

⁵⁰⁷ B. Maurer, *op. préc.*, p. 48.

⁵⁰⁸ B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), *op. cit.*, p. 28.

principe d'autonomie personnelle : le désordre théorique au sein des droits fondamentaux. Le principe d'autonomie personnelle rend alors possible la destruction d'un autre droit fondamental, ce que prohibe en principe le texte de la Convention (A). Un tel constat invite à s'interroger sur le rôle du juge, interprète privilégié de la règle de droit (B).

A- La destruction d'un droit fondamental par le principe d'autonomie personnelle

446. Le principe d'autonomie personnelle aboutit à deux non-sens juridiques : la destruction d'un droit fondamental par la protection d'un autre droit fondamental d'une part (1), la renonciation à un droit fondamental d'autre part (2).

1- La destruction d'un droit fondamental par la protection d'un autre droit fondamental

447. Cet effet pervers est mis en lumière par l'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique⁵⁰⁹. En effet, il est tout à fait possible que les actes auxquels se sont adonnés les requérants soient qualifiés de tortures au sens de l'article 3 de la Convention de Strasbourg. Au vu des faits, la souffrance infligée à la victime était insoutenable⁵¹⁰ et nul doute que celles-ci étaient motivées par l'intention de l'avilir. Aux yeux de ses bourreaux, la victime n'est plus un être humain, elle est un instrument de plaisir dont ils *disposent* à leur gré. A ce titre, il n'est pas inutile de rappeler que les relations sexuelles sadomasochistes sont sous-tendues par la souffrance infligée à autrui, qui procure le plaisir sexuel. Ainsi, en jugeant en filigrane que le consentement de la victime aurait juridiquement fondé de telles pratiques, la Cour E. D. H. cautionne, indirectement, les tortures dès lors qu'elles

⁵⁰⁹ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, préc.

⁵¹⁰ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, préc., §13-14.

se déroulent dans l'intimité des relations charnelles. Or, l'article 53 de la Convention postule qu' « [a]ucune disposition de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette partie est contractante ».

448. L'arrêt K. A. et A. D. laisse alors dubitatif, d'autant plus si l'on se rappelle que les Etats placés sous la juridiction de la Cour ont adhéré à la Convention contre la Torture et autre Peines ou Traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ajoutons également les dispositions pénales internes qui prohibent, sans exceptions, les tortures et autres actes de barbarie, et, à tout le moins, les violences volontaires infligées à autrui.

449. Ainsi, on ne peut que constater le hiatus théorique, du point de vue des droits fondamentaux, qu'engendre le principe d'autonomie personnelle. La renonciation aux droits fondamentaux confirme ce premier constat.

2- La renonciation à un droit fondamental

450. Cette question est étudiée par M. F. Frumer, dont la thèse porte sur « *La renonciation aux droits et libertés* »⁵¹¹. Celui-ci se demande, en préalable à sa recherche, « *comment imaginer qu'une personne décide de se dépouiller de ses droits et libertés, ou soit considérée comme voulant agir de la sorte* » ?⁵¹²

451. Une question similaire nous préoccupe : comment imaginer que Mme Pretty puisse souhaiter se dépouiller de son droit à la vie en invoquant un droit à la mort ? De la même manière, comment concevoir que le consentement de la victime aux agissements de MM. K. A. et A. D. puisse opérer renonciation à son droit à ne pas subir de tortures, et à ce que son intégrité physique soit préservée ? Pourtant, selon la Cour de Strasbourg, le principe d'autonomie personnelle « *peut*

⁵¹¹ Ph. Frumer, *op. cit.*

⁵¹² Ph. Frumer, *op. cit.*, p. 1.

(...) inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne »⁵¹³. Ainsi, si elle ne consacre pas le droit de Mme Pretty à mourir, elle admet, nous l'avons montré, que celle-ci choisisse de mettre un terme à sa vie, une telle doctrine étant confirmée dix ans plus tard dans l'arrêt Haas contre Suisse. D'un point de vue fondamental, elle ne condamne donc pas le suicide, ni l'euthanasie. Elle admet qu'un patient puisse mettre un terme à des traitements ayant pour effet de prolonger sa vie⁵¹⁴. Est-ce à dire que Mme Pretty peut renoncer à son droit à la vie ? De la même manière, la victime de MM. K. A. et A. D. renonce-t-elle à son droit de ne pas subir de torture si elle consent aux pratiques sadomasochistes ? Précisons tout de même que renoncer signifie banalement « *Abandonner quelque chose, décider de s'en passer* »⁵¹⁵, la renonciation étant « *un acte unilatéral ou conventionnel par lequel un sujet de droit international manifeste expressément ou tacitement sa volonté d'abandonner un droit ou une prétention* »⁵¹⁶. La renonciation suppose donc l'émission d'une volonté abdicative ; elle implique l'idée « *d'abandon, d'abdication ou de dépouillement, voire (...) d'extinction* »⁵¹⁷. Par celle-ci, le sujet de droits fondamentaux se dépouille d'une prérogative essentielle.

452. Tout le problème réside alors en ce que les droits fondamentaux, encore dénommés droits de l'homme, sont traditionnellement considérés comme inaliénables : chaque individu en est titulaire, et il ne peut y renoncer. Nous l'avons montré *supra*⁵¹⁸ : parce qu'il est une création divine, et donc infiniment respectable, l'Homme est naturellement titulaire de droits essentiels dont il ne peut être privé.

⁵¹³ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, préc., §83.

⁵¹⁴ C.E.D.H., Pretty c/Royaume-Uni, préc., §63.

⁵¹⁵ *Larousse*, v° « Renoncer ».

⁵¹⁶ G. Cornu, *op. cit.*, v° « renonciation ».

⁵¹⁷ Ph. Frumer, *op. cit.*, p. 12.

⁵¹⁸ *V. supra*, p. 70 et s.

453. Aussi la D. U. D. H proclame-t-elle en son préambule que « *les droits égaux et inaliénables (des membres de la famille humaine) constituent le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Ainsi en va-t-il également du P. I. D. C. P. et du P. I. D. E. S. C. dont les préambules posent en principe « *l'inaliénabilité des droits (des membres de la famille humaine)* ». Remarquons que si la Conv. E. D. H. ne contient pas semblable disposition, il n'est pas contesté qu'elle s'y trouve contenue de manière implicite, cette dernière s'inspirant de la D. U. D. H. Or, il appert que cette inaliénabilité est intrinsèquement liée au caractère naturel de ces droits : chaque homme en est titulaire en tant qu'homme, et non parce qu'on les lui a reconnus. On a donc coutume d'affirmer que les déclarations de droits fondamentaux ont une nature déclarative : elles ne font que les reconnaître en chacun des membres de l'humanité qui en sont ontologiquement titulaires. C'est particulièrement vrai s'agissant de la Conv. E. D. H. qui, en son article 1, déclare : « *Les hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Ainsi, à l'instar des autres déclarations de droits fondamentaux, elle consacre l'idée de droits naturels, qui justifie leur inaliénabilité. « *[C'est] l'idée selon laquelle certains droits sont tellement fondamentaux, tellement enracinés dans la nature et la condition humaine, qu'ils existent par eux-mêmes, contrairement aux droits qui dérivent des lois des hommes. Il faudrait y voir un droit objectif et transcendant qui s'impose à l'homme et dont celui-ci ne peut se dépouiller* »⁵¹⁹. Le caractère naturel des droits fondamentaux est alors une manifestation juridique essentielle de la qualité d'humain. Il en est titulaire de manière indéfectible : y renoncer signifierait cesser d'être un homme.

454. Dès lors, comment ne pas y voir une manifestation de la dignité objective ? L'inaliénabilité des droits fondamentaux serait ainsi justifiée, *in fine*, par la dignité fondamentale présente en chaque être humain. Or, nous n'avons eu de cesse de montrer comment, depuis la seconde guerre mondiale, la dignité

⁵¹⁹ Ph. Frumer, *op. cit.*, p. 429.

objective innervent les droits fondamentaux. Ainsi, si ces derniers étaient auparavant essentiellement fondés sur la liberté – la D. D. H. C. de 1789 en est l'archétype –, la dignité humaine la supplante depuis lors, à tel point que « [celle-ci], dernier rempart contre la barbarie et les graves excès du totalitarisme et de l'individualisme, est proclamée comme le fondement des droits de l'homme. L'atteinte à la dignité paraît pire que l'atteinte à la liberté, voire à la vie. Ainsi, si l'homme libre demeure incontestablement l'homme des droits de l'homme, son objet et sa finalité, la liberté est relue à la lumière de la dignité »⁵²⁰.

455. La dignité humaine, principe essentiel de respect de ce qu'il y a d'humain dans l'homme, est donc inséparable des droits fondamentaux. Il s'opère alors une influence réciproque entre la dignité et les droits fondamentaux : si la première les fonde, les seconds la matérialisent. C'est donc par le prisme de l'exercice de leurs droits fondamentaux que les individus *font exister* la dignité. Par voie de conséquence, il est impensable que l'individu renonce à ses droits fondamentaux : ce serait renoncer à cette dignité, et donc renoncer à sa qualité d'humain. Pourtant, certains auteurs émettent l'idée selon laquelle il est possible de renoncer à certains droits fondamentaux. Selon M. F. Frumer, il n'y a pas antinomie entre dignité et renonciation. Au contraire, une conciliation est possible, tout dépend de la valeur à privilégier : la liberté ou la dignité, chacune cédant nécessairement devant l'autre⁵²¹. Or, cela revient à défendre l'idée d'une dignité « schizophrène », une dignité objective et subjective à la fois, que nous récusons plus avant⁵²². Ainsi, selon cette analyse, la conception subjective de la dignité permet de renoncer à un droit fondamental : droit à la vie, droit au respect de sa vie privée. Cependant, les apparences sont sauvées, si l'on peut s'exprimer ainsi, puisque tout se passe comme si la dignité objective était sauvegardée, en toute hypothèse, celle-ci ne pouvant jamais être ôtée à l'être

⁵²⁰ B. Maurer, *op. cit.*, p. 47.

⁵²¹ Ph. Frumer, *op. cit.*, p. 465.

⁵²² V. *supra*, p. 213 et s.

humain. La dignité subjective est donc un concept « pratique » : elle constitue une version modernisée de la dignité, et s'ajoutant à cette dernière, elle permet en réalité de lui porter atteinte, ce qui, nous l'avons montré, est une ineptie au regard de la norme de comportement que doit constituer la dignité. A cet égard, le principe d'autonomie personnelle constitue une illustration remarquable : sous couvert d'agir au nom de sa propre dignité, il permet d'attenter à son intégrité physique de façon indigne.

456. Ainsi, la déconstruction théorique de la logique des droits fondamentaux est contenue dans le principe d'autonomie personnelle. Sous son prisme, le droit au respect de la vie privée peut opérer renoncement au droit à ne pas subir de torture, ou plus fondamentalement, au droit à la vie.

457. Notre constat préalable est sans appel : seule la dignité objective, dans son sens ontologique, est normative. Elle impose un ordonnancement des comportements humains, au besoin en protégeant l'individu contre lui-même. A cet égard, le rôle du juge est essentiel. Aussi, les implications théoriques d'un principe prétorien comme le principe d'autonomie personnelle invitent à une étude plus approfondie de la fonction du juge en tant qu'interprète privilégié de la règle de droit.

B- Le juge, interprète privilégié de la règle de droit

458. C'est bien le juge qui est le promoteur d'une telle notion, totalement inédite en droit européen. Or, la Cour E. D. H. est particulièrement active dans son rôle d'interprète officiel de la Convention⁵²³, et le principe d'autonomie personnelle en est un exemple probant.

⁵²³ L'article 32-1 de la Conv. E. D. H. prévoit : « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises (...). »

459. La doctrine souligne régulièrement l'audace du juge de Strasbourg dans son interprétation du texte de la Convention, critiquant ce qui, selon elle, constitue un pouvoir normatif allant bien au-delà de l'esprit de la Convention. A cet égard, M. B. Edelman évoque, de manière éclairante, « *la tyrannie* » de la Cour E. D. H⁵²⁴. Celui-ci écrit que cette dernière « *s'[est] affranchie de toute contrainte rationnelle et argumentative, [elle] ne produirait plus comme jurisprudence que le résultat aléatoire, imprévisible et incohérent du subjectivisme des juges (...) [consacrant une] notio[n] aussi subversiv[e] (...) que l' « autonomie personnelle »* »⁵²⁵.

460. Si on peut trouver cette opinion excessive, il n'est pas contestable que par la consécration d'un principe directement inspiré par la dignité subjective, qui produit les conséquences que l'on vient de montrer, le juge européen se départit de son office, sous couvert d'adapter la Convention aux mœurs contemporaines. En effet, ce dernier ne consiste pas seulement à dire le droit en interprétant la règle en cause, mais également, dans un domaine aussi particulier que la protection des droits fondamentaux, à conserver une cohérence certaine.

461. D'aucuns objecteront alors que l'interprétation de la règle de droit n'est pas la règle de droit ; la seconde ne se confond pas avec la première. L'interprétation du juge est limitée à l'affaire tranchée ; le précédent jurisprudentiel n'est pas appliqué en droit européen, au contraire du système de Common Law. Autrement dit, l'interprétation du juge ne serait pas une norme juridique.

462. Néanmoins, n'est-ce pas l'interprète du droit, qui, *in fine*, fait le droit, construit le droit, en le disant ? Ne fait-il pas *vivre* le droit ? Le rôle du juge européen invite à une réponse positive : sans son interprétation dynamique des textes, la Convention serait difficilement applicable.

⁵²⁴ B. Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, Chron. 1946. V. la réponse de S. Henneville-Vauchez, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *D.* 2009, 238.

⁵²⁵ S. Henneville-Vauchez, citant Bernard Edelman, *préc.*, p. 238.

463. Cependant, l'interprétation prétorienne crée-t-elle une nouvelle norme dans le système juridique européen de protection des droits fondamentaux ? On sait que le pouvoir normatif du juge est traditionnellement affirmé par les uns, dénié par les autres. Persuadés de la normativité de la création judiciaire, nous nous joignons à la première opinion, donc à l'affirmation d'un réel pouvoir normatif du juge européen (2), après avoir étudié son rôle d'interprète privilégié des textes de la Convention (1).

1- Le juge européen, interprète privilégié des textes de la Conv. E. D. H.

464. Une étude générale de l'interprétation en droit (a) sera suivie de celle du juge de Strasbourg vis à vis des textes de la Conv. E. D. H. (b).

a- L'interprétation juridique

465. L'interprétation est une création de sens. « « [I]nterpréter » signifie donner (attribuer) une signification à des mots et des énoncés (...). L'interprétation juridique est essentiellement une opération intellectuelle qui porte sur des textes, et notamment des textes normatifs, sur des documents linguistiques formulés dans un langage prescriptif », explique M. R. Guastini dans son ouvrage « *Interprétation et droit* »⁵²⁶. Autrement dit, l'interprétation permet de saisir un texte dans toute sa portée. Elle constitue alors une opération intellectuelle essentielle qui permet de passer de la matière brute, un texte, à un produit travaillé : ce qu'il *veut dire*.

466. Or, on aura compris qu'en droit, cette opération mentale est cruciale. En effet, un texte de droit constitue précisément cette matière brute qu'il faut travailler, afin de l'appliquer à des faits particuliers. Cela permet, par la suite, de qualifier juridiquement ces faits et de résoudre la question de droit posée au juge. M. P. Amsselek expose de manière éclairante ce caractère essentiel du droit :

⁵²⁶ R. Guastini, « Interprétation et description de normes », in Paul Amsseleck (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 89 et s., spéc. p. 91.

« L'interprétation se situe au centre de l'expérience juridique : cette place de choix qu'elle occupe se trouve liée à l'ontologie même du droit. Le droit, les règles juridiques, ce sont des objets – des outils mentaux - qui appartiennent au monde de l'intelligible et non pas du sensible ; leur texture, leur matériau dont elles sont faites c'est de la pensée, du sens. On peut les définir comme des contenus de pensées finalisés ou instrumentalisés, chargés de la vocation instrumentale de servir à diriger la conduite humaine en indiquant, à ceux à qui ils sont adressés, la marge de leur possibilité d'agir, la marge de possible à l'intérieur de laquelle doit se tenir leur conduite. Outils de texture immatérielle, purement idéale, on ne peut les prendre en main, les appréhender par l'appareil de nos sens et de nos facultés physiques : elles peuvent seulement faire l'objet d'une préhension intérieure, en nous-mêmes, dans notre esprit, - d'une com-préhension par l'appareil de nos facultés mentales »⁵²⁷. L'interprétation est donc intrinsèque au droit. Alors, comment peut-elle être réalisée ? Quels sont les outils pertinents, afin d'y procéder, s'offrant à l'interprète ?

467. La doctrine juridique classe traditionnellement les méthodes d'interprétation en trois catégories : la méthode littérale, la méthode exégétique, la méthode téléologique. La première s'attache à la lettre du texte, et « la fait au besoin prévaloir sur son esprit en en tirant toutes les conséquences possibles (même si elles n'ont pas été voulues par l'auteur du texte) et sans en étendre l'application au-delà de ce qui est écrit (même si l'intention de l'auteur du texte et la raison sont en ce sens) »⁵²⁸. La deuxième consiste à « rechercher ce qu'a voulu dire l'auteur du texte à partir de celui-ci, du contexte, des travaux préparatoires et de l'objectif de la loi, d'en dégager le sens d'après l'intention du législateur, afin d'en régler la portée sur la ratio legis, de manière à appliquer la règle dans la plénitude de sa raison d'être, en en faisant au besoin prévaloir l'esprit sur la lettre »⁵²⁹. Enfin, la méthode téléologique « prend pour principe qu'une

⁵²⁷ P. Amseleck , « L'interprétation à tort et à travers », in *Interprétation et droit*, op. cit., p. 11 et s., spéc. p. 11.

⁵²⁸ G. Cornu, op. cit., v° « littéral ».

⁵²⁹ G. Cornu, op. cit. v° « exégèse » et « exégétique ».

règle doit être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités, principe d'interprétation extensive et évolutive »⁵³⁰.

468. Il est évident que la méthode utilisée est différente selon que le texte est clair et précis, ou qu'il ne l'est pas mais que les travaux préparatoires du texte sont accessibles ou non au juge. Dès lors, on peut affirmer qu'aucune de ces méthodes n'en exclut une autre, et qu'elles constituent toutes des modes d'emploi à la disposition du juge afin de donner un sens à un texte. Et, logiquement, plus ce dernier est vague, plus la liberté du juge est importante : la création est d'autant plus conséquente qu'il est nécessaire d'appliquer un texte insuffisant à une situation de fait.

469. On touche alors du doigt le pouvoir de l'interprète sur le texte : s'il s'en tient à une interprétation littérale, son pouvoir est presque nul, il applique la loi dans le sens premier du terme. S'il utilise la méthode exégétique, il détient un pouvoir de création déjà plus conséquent ; car, dans son travail de recherche et de découverte de l'intention de son créateur, il dispose d'un champ d'incertitude, de zones d'ombre, pour *compléter* de manière prétorienne la norme écrite qui lui est soumise. Enfin, la méthode téléologique est sans nul doute celle qui donne le pouvoir créateur le plus important au juge, ce dernier remplissant alors un rôle très actif dans l'interprétation de la norme.

470. Se pose alors la question de l'espace de liberté dont dispose le juge dans l'interprétation du texte, sachant que, pour un auteur, méthode exégétique et téléologique consistent toutes deux en une création juridique, même si la première peut se cacher derrière le paravent de l'intention du créateur du texte. *« La théorie classique de l'interprétation (ou théorie exégétique) conçoit celle-ci comme relevant essentiellement de l'ordre de la connaissance (...). Cette représentation se trouve au centre des discours tenus par les spécialistes de l'interprétation, et notamment les juges : niant la réalité du pouvoir qu'il détient, l'interprète se présente comme un lector*

⁵³⁰ G. Cornu, *op. cit.* v° « téléologique ».

« qui se réfugie derrière l'apparence au moins d'une simple application de la loi et qui, lorsqu'il fait œuvre de création juridique, tend à le dissimuler » (...), par là, l'interprète capte l'autorité qui s'attache au texte, en mettant ses interprétations à l'abri de toute contestation. Cette conception sous-estime évidemment la part de subjectivité et de créativité qui s'attache à toute interprétation : l'interprétation ne se présente jamais comme un simple décodage d'un texte, par la recherche de l'intention de l'auteur ; elle réalise toujours « la transduction d'un sens premier, explicite mais non entièrement satisfaisant, vers un sens second plus conforme à une attente déterminée » ». S'agissant de la méthode téléologique, « l'interprète interviendrait directement dans le processus de création des normes. Cette présentation est inhérente à la théorie kelsénienne de l'interprétation authentique, conçue comme acte de « volonté » ; dès l'instant où l'on admet qu'« il n'y a pas de signification véritable de la loi autre que celle qui est déterminée par l'interprétation authentique », on est logiquement conduit à aller plus loin encore, en érigeant l'interprète en « véritable auteur de la loi »⁵³¹. Ainsi, toute interprétation implique une liberté créatrice du juge. Elle combine « contrainte et liberté », chaque méthode déterminant cette part de liberté, fixant les règles de la création : « Comme tout jeu, l'interprétation suppose une part de « règles » (...) mais aussi d'« indétermination » (...): une « marge de jeu » serait autorisée à l'interprète, mais dans le cadre tracé par la « règle du jeu » ; l'opération d'interprétation ne se ramène dès lors, ni à l'objectivité d'un texte conventionnel qui détiendrait un sens unique et vrai, ni à la subjectivité arbitraire de l'interprète »⁵³². L'interprétation est donc une adaptation du texte, celle-ci étant plus ou moins libre. Cela dépend de la rédaction de celui-ci, de sa clarté, mais également de la qualité de ses auteurs : s'il s'agit du législateur interne, le texte normatif est issu d'un processus d'élaboration complexe mais vraisemblablement abouti, issu de rédacteurs mus par la même volonté de création. En revanche, s'il s'agit d'un traité international,

⁵³¹ J. Chevalier, « Les interprètes du droit », in *Interprétation et droit*, op. cit., p. 117 et s., spéc. p. 123.

⁵³² J. Chevalier, *préc.*, p. 123

le texte est nécessairement un consensus exprimé en des termes très généraux, moins abouti, laissant une liberté d'interprétation plus importante au juge.

471. Quelle que soit la liberté de l'interprète, la norme brute est désormais applicable à l'issue de ce processus intellectuel. L'interprétation constitue un pont entre une règle abstraite et des situations concrètes. C'est toute la difficulté qui se présente au juge européen lorsqu'il doit appliquer le texte de la Convention de Strasbourg à une situation de fait.

b- L'interprétation des textes de la Conv. E. D. H. par le juge européen

472. La méthode employée par le juge européen (α) nous permet de comprendre comment le principe d'autonomie personnelle a pu être révélé (β).

α - La méthode employée par le juge européen

473. M. F. Rigaux qualifie le juge de « *ministre du sens* »⁵³³. En effet, force est de constater qu'il est celui qui, *in fine* donne son sens au texte afin de l'appliquer. Ainsi, pour reprendre les termes de M. P. Amselek, il est le « *messenger* » qui « *véhicule* »⁵³⁴ le sens du texte, il est l'interprète obligé et privilégié de la règle de droit. Celle-ci n'est donc jamais appliquée en l'état ; elle l'est par le truchement du travail intellectuel d'interprétation du juge. « *[L]a communication des règles juridiques dans nos échanges intersubjectifs ne peut être directe, mais seulement indirecte, médiatisée* »⁵³⁵.

⁵³³ F. Rigaux, *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997.

⁵³⁴ P. Amseleck, *préc.*, p. 11 et s., spéc. p. 11.

⁵³⁵ P. Amseleck, *ibid.*

474. Or, le rôle d'intermédiaire endossé par le juge est d'autant plus indispensable aujourd'hui que la norme est mal faite ⁵³⁶ : le travail d'interprétation s'impose.

475. De ce point de vue, le juge européen est un interprète essentiel du texte de la Conv. E. D. H. En effet, cette dernière est écrite dans un langage commun, usant d'expressions génériques telles que « *vie privée* », « *vie familiale* », « *droit à la vie* ». De plus, et cela constitue une difficulté majeure, le texte de la Convention est daté. Il est évident que les sociétés européennes ont évolué, que les valeurs véhiculées sont différentes d'il y a plus de cinquante ans. Il n'est pas discutable non plus que les revendications individuelles, qui gravitent autour de l'accomplissement de soi, sont prises en compte de manière plus importante par les Etats européens.

476. Ainsi, les violations alléguées devant la Cour de Strasbourg ont également évolué. Il est d'ailleurs saisissant de constater, au vu de la jurisprudence relative au principe d'autonomie personnelle, que des recours devant la Cour E. D. H. peuvent être le théâtre de revendications tout à fait narcissiques, et en ce sens tout à fait subjectives, s'éloignant de l'objet originel du texte de la Convention. Ainsi, le juge de Strasbourg procède à un réel travail d'adaptation de la norme conventionnelle. Il réduit « *l'écart entre [celle-ci] et le réel (...) les mœurs et les techniques change[ant]* »⁵³⁷. Ce dernier est indispensable, il en va de l'applicabilité de la norme aux faits présentés au juge : « *il est inévitable que la norme soit actualisée pour qu'elle revête un contenu présentement valide. Et cette actualisation ne s'opère que par l'apport interprétatif des acteurs juridiques. Pour atteindre ce but d'actualisation de la norme, l'interprète développe une idée plus concrète du contenu de la norme interprétée en projetant sur elle une série de représentations qu'il possède de la*

⁵³⁶ Sur cette question, voir le rapport éclairant du Conseil d'Etat, *De la sécurité juridique*, 1991.

⁵³⁷ D. Maingueneau, « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques », in *Interprétation et droit*, op. cit., p. 61 et s., spéc. p. 71.

réalité politique et éthique de son temps », écrit M. V. Petev⁵³⁸. La Cour de Strasbourg considère que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »⁵³⁹ dans un souci constant de conférer une réelle effectivité au système de sauvegarde des droits garantis. Ainsi, la Convention est « *un instrument vivant* »⁵⁴⁰ qui « *doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui* »⁵⁴¹ dont il convient de « *maintenir une approche dynamique et évolutive* », et, en conséquence, il est nécessaire de réévaluer « *à la lumière des conditions d'aujourd'hui quelle est l'interprétation de la Convention qui s'impose à l'heure actuelle* » dans un domaine déterminé⁵⁴².

477. La Cour de Strasbourg affiche ainsi sans ambiguïté sa méthode d'interprétation de la Convention : elle adopte une démarche téléologique, que la doctrine spécialisée dénomme « *évolutive* »⁵⁴³. Ainsi, le juge européen adapte continuellement le texte de la Convention aux mœurs sociales évolutives des pays membres du Conseil de l'Europe. « *Cela veut dire que les concepts dont se sert la Convention sont à entendre dans le sens tel que le comprennent les sociétés démocratiques d'aujourd'hui et non dans le sens que ces concepts avaient, il y a 40 ans, lorsque la Convention a été élaborée* », explique un auteur. « *Il est évident que l'interprétation évolutive est la méthode adéquate pour l'interprétation d'une convention qui a pour objet des situations sociales, elles aussi en évolution constante (...). De plus, une convention multilatérale, comme la Convention européenne, est un instrument pesant dont l'ajustement constant aux exigences changeantes de la société serait compliqué et, au moins, prendrait beaucoup de temps* », souligne-t-il avec raison⁵⁴⁴.

⁵³⁸ V. Petev, « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », in *Interprétation et droit*, op. cit., p. 52 et s., spéc. p. 58.

⁵³⁹ C.E.D.H., Airey c/Irlande, 9 oct. 1979, F Sudre et alii, *G.A.C.E.D.H.*, op. cit., n°2.

⁵⁴⁰ C.E.D.H., Tyrer c/Royaume-Uni, 25 avr. 1978, A. 26.

⁵⁴¹ C.E.D.H., Marckx c/Belgique, 13 juin 1979, préc.

⁵⁴² C.E.D.H., Goodwin c/Royaume-Uni, 11 juill. 2002, préc., §68-69.

⁵⁴³ V. F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Colloque des 13 et 14 mars 1998, Bruylant, Bruxelles, 1998.

⁵⁴⁴ F. Matscher, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 15 et s., spéc. p. 22.

478. Le principe d'autonomie personnelle est donc le résultat de l'interprétation dynamique de l'article 8 de la Convention par le juge européen. Confronté à l'insuffisance du texte au regard de problématiques actuelles comme l'euthanasie, le transsexualisme, la vie sexuelle, l'avortement, *il a dû révéler* le principe d'autonomie personnelle afin d'appliquer le texte de manière judicieuse, ce qui constitue sa justification essentielle.

β- La révélation justifiée du principe d'autonomie personnelle

479. Du strict point de vue du droit européen, le principe d'autonomie personnelle apparaît comme une création prétorienne du juge, puisque celui-ci est absent du texte de la Convention. Par sa jurisprudence qui fait corps avec le texte de la Convention, le juge de Strasbourg y ajoute ce principe inédit.

480. Nous déduisons de la démonstration précédente que ce principe est une création estimée nécessaire par le juge, dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention, afin d'adapter le droit au respect de la vie privée aux conditions sociales actuelles, libérées des bonnes mœurs traditionnelles. Dans le même ordre d'idées, le corollaire de la dignité subjective constitue également une adaptation de la dignité objective aux sociétés contemporaines – certes, avec toutes les réserves développées plus avant.

481. Au total, le juge européen possède donc un pouvoir normatif qui n'est pas contestable.

2- Le pouvoir normatif du juge européen

482. Nous rejoignons l'opinion de nombreux auteurs⁵⁴⁵ et affirmons que le principe d'autonomie personnelle constitue bien une norme d'interprétation de l'article 8 créée en droit européen, nonobstant donc son emprunt à la jurisprudence des Cours suprêmes des Etat-Unis et du Canada.

483. Le pouvoir normatif de la Cour de Strasbourg vient conforter la doctrine de la (toute) puissance du juge. Selon M. H. Kelsen, toute décision jurisprudentielle a un caractère normatif, et s'inscrit dans le processus de création du droit. Pour lui, il est erroné de penser que les décisions du juge n'ont qu'un caractère déclaratif, et non pas constitutif : « *Les normes individuelles qui statuent que telle sanction doit être prononcée (...) ne sont créées que par les décisions juridictionnelles, elles n'étaient pas en vigueur ultérieurement* »⁵⁴⁶. Ainsi, toute décision de justice modifie l'état du droit existant, le pouvoir normatif de la règle jurisprudentielle signifiant que, dorénavant, il « faut agir de telle manière ».

484. M. M. Cappelletti, dans son ouvrage « *Le pouvoir des juges* »⁵⁴⁷, montre que les juges sont des acteurs incontestables de la création du droit. Selon lui, le travail d'interprétation des textes juridiques, qui constitue une large part de leur office, est une création juridique, nonobstant la source normative référentielle qu'il doit respecter. « *Que l'interprète en ait ou non conscience, toute interprétation comporte un certain degré d'appréciation, et donc de création (...). Il est évident que toute reproduction ou exécution peut varier profondément, en fonction notamment de la capacité intellectuelle et de l'état d'âme de l'interprète (...). Même si l'interprète entend rester fidèle à « son texte », il sera toujours, pour nous exprimer ainsi, forcé d'être libre*

⁵⁴⁵ Parmi eux, citons F. Rigaux, *op. cit.*, et M. Cappelletti qui a écrit *Le pouvoir des juges*, P.U. d'Aix Marseille, 1990.

⁵⁴⁶ H. Kelsen, *op. cit.*, spéc. p. 237 et s.

⁵⁴⁷ M. Cappelletti, *op. cit.*

parce qu'il n'est pas de texte (...) législatif, qui ne se prête à des variations et des nuances, et ne laisse à l'interprète un certain pouvoir créateur »⁵⁴⁸.

485. A cela s'ajoute le pouvoir des juges qui est de plus en plus conséquent dans un système juridique où le formalisme serait de plus en plus combattu. Ainsi, selon l'auteur, dans les pays de Civil Law (France, Allemagne, Espagne) comme de Common Law (Etats-Unis, Grande Bretagne) on combat l'idée selon laquelle le juge ne procède qu'à une application serve de la règle de droit. Le cheminement juridictionnel n'est pas que mécanique, automatique, répondant à une logique invariable, mais, au contraire, comporte une large part de volontarisme juridique de la part du juge⁵⁴⁹. Ce dernier est un créateur de droit, à l'instar du législateur, leurs créations normatives ne comportant pas une « *différence de nature, mais seulement de fréquence et de quantité, c'est à dire de degré* »⁵⁵⁰. De plus, l'Etat jouant un rôle essentiel de protection sociale, de conduite économique, les textes juridiques sont de plus en plus nombreux et renvoient de manière croissante au travail d'interprétation du juge, afin qu'il les précise, les affine, les adapte aux situations qui lui sont présentées. Le juge est ainsi devenu un relai essentiel du travail législatif, sans lequel ce dernier serait en partie inapplicable⁵⁵¹. Pour en revenir au droit européen, la Cour E. D. H. opère ce travail de précision, d'affinage de la Convention, sans lequel elle ne serait pas applicable. Ainsi, la Cour E. D. H., en tant qu'interprète légitime de la Convention, réalise les conditions de sa mise en œuvre et chaque arrêt rendu est une création juridique, donc une production normative *au même titre que l'est le texte de la Convention*.

486. Par voie de conséquence, la décision de la Cour de Strasbourg a l'effet d'une règle de droit. En la matière, la vertu normative de la règle jurisprudentielle a une résonance particulière. S'agissant de droits fondamentaux, la cohérence de

⁵⁴⁸ M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴⁹ M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁵⁰ M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁵¹ M. Cappelletti, *op. cit.*, p. 38.

leur protection impose que cette solution soit suivie par tous les Etats placés sous la juridiction de la Cour⁵⁵².

487. Ainsi, *le principe d'autonomie personnelle permet* au juge européen d'interpréter de manière libérale l'article 8, et d'accroître la liberté individuelle quant à la disposition corporelle en toute légitimité, même si on se trouve alors bien éloigné de la signification originelle du droit au respect de la vie privée.

⁵⁵² V. *supra*, p. 175 et s.

CONCLUSION CHAPITRE I

488. Le principe d'autonomie personnelle constitue donc une manifestation du pouvoir normatif du juge européen, que sa position d'interprète privilégié de la Conv. E. D. H. confirme indubitablement.

489. Ce constat doit cependant être nuancé. En effet, la norme ainsi créée présente une limite ontologique du point de vue des droits fondamentaux, le principe d'autonomie personnelle étant nécessairement fondé sur la dignité subjective, laquelle n'est revêtue d'aucune vertu normative. Le principe d'autonomie personnelle constitue alors, d'un point de vue fondamental, une coquille vide, au-delà de sa normativité apparente en tant que principe interprétatif de l'article 8 de la Convention de Strasbourg. Insusceptible de réguler les comportements humains dans leur relation quant à leur corps, il opère au contraire une « dénormativisation » en la matière, la dignité subjective justifiant tous les choix individuels au nom de la construction de soi, sous-tendue par un prétendu droit au bonheur. Ainsi, alors que la dignité objective fonde et organise naturellement les droits fondamentaux en obligeant à sauvegarder ce qu'il y a d'humain dans l'homme, la dignité subjective, qui constituerait, par le truchement du principe d'autonomie personnelle, le fondement inédit de l'article 8 de la Convention E. D. H., déconstruit le droit en cause et ne semble pas augurer de la viabilité du principe d'autonomie personnelle en droit européen.

490. Au regard de ce premier constat pessimiste, analysons à présent quelles peuvent être les conséquences de l'application de ce principe en droit français.

**CHAPITRE II : LA RESISTANCE DU DROIT FRANÇAIS A UNE
RECEPTION ABOUTIE
DU PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE**

491. En raison de la disposition corporelle absolutiste qu'il fonde et de son intégration *a priori* obligée en droit français, **le principe d'autonomie personnelle laisse présager une évolution libérale de la disposition corporelle en droit interne (Section 1). Cependant, l'ordre public y demeure pérenne, en particulier l'ordre public relatif au domaine du corps humain, ce qui laisse à penser que cette évolution restera nécessairement limitée (Section 2).**

Section 1 : La possibilité d'une évolution libérale de la disposition corporelle en droit français

492. Analysons, sous un angle prospectif, les conséquences que pourrait produire l'application du principe d'autonomie personnelle en droit français. Nous pensons qu'elles pourraient consister en un affaiblissement de l'encadrement de la disposition corporelle, fondé sur le principe de dignité objective. En effet, le principe d'autonomie personnelle pourrait aboutir à l'indépendance personnelle d'un point de vue juridique, c'est-à-dire à un droit de disposer de son corps tout à fait libéralisé.

493. Le principe d'autonomie personnelle impliquerait un droit plus absolu de disposer de son corps dans le domaine de la fin de vie, de la procréation et de la vie sexuelle. En droit interne, quelles prérogatives juridiques supplémentaires confèrerait-il à l'individu ? Le questionnement est judiciaire, au vu de la révision des lois bioéthiques portée par le projet de loi déposé le 20 octobre 2010 sur le bureau de l'Assemblée Nationale et adopté le 23 juin 2011, devenu la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011⁵⁵³. Or, celle-ci marque globalement une nouvelle étape libérale dans la disposition corporelle. N'oublions pas également que le nouveau Président de la République, qui est opposé, pour l'heure, à la légalisation de la gestation pour autrui, projette d'ouvrir inconditionnellement la P. M. A. à toutes les femmes, d'assouplir le cadre juridique du don d'embryon en autorisant les transferts

⁵⁵³ Loi n°2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, J.O. 8 juill. 2011. Pour des commentaires, v. *J.C.P. G.* 2011, 844, aperçu rapide par Ch. Byk ; *J.C.P. G.* 2011, act. 846, aperçu rapide par J.-R. Binet ; « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, p. 2217, chron. A. Cheynet de Beaupré ; « La nouvelle loi de bioéthique », *Dalloz*, Editions législatives, Bulletin spécial, n°218-1, sept. 2011, par D. Vigneau ; *La réforme de la loi bioéthique, Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, LexisNexis, 2012, par J.-R. Binet.

d'embryons *post mortem*, et d'élargir les conditions légales de l'aide à mourir⁵⁵⁴...

494. Etudions sous un angle prospectif les domaines de la fin de vie (§1), de la procréation (§2) et de la vie sexuelle (§3), sous le prisme du principe d'autonomie personnelle.

§1 : La fin de vie

495. L'étude prospective (B) implique d'abord un état des lieux du droit positif (A).

A- Le droit positif

496. A l'instar du droit européen, en droit interne la fin de vie renvoie à la question de l'euthanasie. Celle-ci implique l'idée d'une mort douce, parce que programmée dans le souhait de délivrer un individu de ses souffrances insupportables. En effet, l'étymologie nous apprend que le mot euthanasie est issu du grec *eu*, signifiant bonne, et *thanos* signifiant mort. Plus précisément, l'euthanasie peut être définie comme une « *mort douce et sans souffrance, survenant naturellement ou grâce à l'emploi de substances calmantes ou stupéfiantes* » ou « *l'usage de procédés qui permettent de hâter ou de provoquer la mort pour délivrer un malade incurable de souffrances extrêmes ou pour tout motif d'ordre éthique* »⁵⁵⁵. On distingue alors l'euthanasie active et l'euthanasie passive. « *L'euthanasie active suppose un acte d'un tiers, notamment l'administration de substances létales, dans le but de provoquer la mort d'une*

⁵⁵⁴ V. *supra*, p. 26.

⁵⁵⁵ Définition du Littré, D. Vigneau, « Euthanasie, soins et traitements de fin de vie », in *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, p. 864.

personne (...). L'euthanasie passive viserait plutôt l'arrêt des traitements de réanimation ou de la maladie lorsque ces traitements sont pénibles et inutiles : le cas étant désespéré, et dès lors que l'arrêt des traitements est de nature à entraîner la mort du malade »⁵⁵⁶. Dans les deux cas, on peut également distinguer entre l'euthanasie dite volontaire, c'est-à-dire voulue par le malade, et involontaire, donc pratiquée sans son consentement. Ce deuxième cas se rencontre notamment lorsque le malade n'est plus conscient.

497. En droit français, l'euthanasie a toujours été assimilée à un meurtre ou à un assassinat. En effet, le meurtre est défini à l'article 221-1 du Code pénal comme « *Le fait de donner volontairement la mort à autrui* », et il constitue un assassinat lorsque qu'il est « *commis avec préméditation* », précise l'article 221-3 du même Code. Or, on sait que le droit pénal ne s'embarrasse guère des mobiles de l'acte, qui sont indifférents à sa qualification pénale. Néanmoins, une certaine clémence judiciaire a toujours été observée à l'égard des auteurs d'actes euthanasiques. D'une part le nombre de poursuites diligentées contre les auteurs de tels actes est très faible, d'autre part lorsqu'elles ont lieu et qu'elle sont suivies d'un procès, les jurys populaires des cours d'assises – puisqu'il y a alors homicide volontaire - sont traditionnellement cléments. Ainsi, M. B. Beignier explique que « *si les condamnations sont rarissimes, c'est que les poursuites le sont tout autant (parce que les dénonciations sont quasi inexistantes) (...). Il se peut (...) que la poursuite d'un acte incriminé par la loi soit inopportune pour des raisons tenant à l'ordre public ou tout simplement à l'équité (...). Mieux vaut alors passer outre que de voir les jurés prononcer un acquittement, certes justifié en stricte justice mais inutile perturbateur de l'ordre juridique. L'oubli est une vertu* »⁵⁵⁷. Lorsque, au contraire, il y a procès en assises, la Cour décide le plus souvent de ne pas condamner, donc de décider un acquittement, ou de prononcer une peine très minime. « *Les décisions rendues, généralement sous les*

⁵⁵⁶ D. Vigneau, préc., p. 864.

⁵⁵⁷ B. Beignier, N. Aumonier et Ph. Letellier, *L'euthanasie, Que sais-je ?*, P.U.F., p. 105.

feux de l'actualité, sont même plutôt compréhensives, voire parfois laxistes », constate un auteur⁵⁵⁸. Ainsi, le 11 mars 1998, la Cour d'assises d'Ille-et-Vilaine juge coupable l'auteur d'un acte d'euthanasie mais ne prononce qu'une peine de cinq ans d'emprisonnement assortie du sursis simple. Trois ans plus tard, un mari ayant tué sa femme gravement malade et poursuivi pour assassinat est condamné à un an d'emprisonnement avec sursis par la Cour d'assises du Rhône. Plus près de nous, dans l'affaire dite « Vincent Humbert », un non-lieu est prononcé par le juge d'instruction le 27 février 2006⁵⁵⁹. Celui-ci se fonde sur la contrainte prévue à l'article 122-2 du Code pénal afin d'exonérer le médecin et la mère de Vincent Humbert, soupçonnés d'avoir procédé à l'euthanasie de ce dernier.

498. Malgré la pirouette juridique que constitue un tel non-lieu au regard du caractère manifestement inapproprié de la qualification de contrainte à l'acte euthanasique, une telle décision semble opportune au regard de son absence évidente de dangerosité sociale. Celle-ci ne représente pas un trouble à l'ordre public méritant une répression pénale ; il s'agit bien plus d'un acte compassionnel et désespéré visant à soulager, une fois pour toutes, la détresse psychologique et les souffrances insupportables d'un jeune garçon qui ne souhaite plus vivre. Or, il était malheureusement de notoriété publique que ce jeune homme, après un accident de la circulation survenu le 24 septembre 2000 l'ayant rendu tétraplégique, souhaitait mourir au regard de son impossibilité de guérison.

499. Le cas de Chantal Sébire, médiatisé quelques années plus tard, inspire les mêmes sentiments. Celle-ci, atteinte d'une tumeur rare de la face lui causant des douleurs atroces et lui ayant fait perdre l'odorat, le goût, et enfin la vue, demanda à la justice ainsi qu'au Président de la République Nicolas Sarkozy le droit de mourir dans la dignité. Ni la première, ni le second n'acceptèrent

⁵⁵⁸ D. Vigneau, préc., p. 867.

⁵⁵⁹ T.G.I. Boulogne-sur-mer, 27 févr. 2006, n°03012089.

d'accéder à sa requête. Ainsi, c'est sans surprise que le juge rejette sa demande dans un jugement du 17 mars 2008⁵⁶⁰. Celui-ci se fonde d'une part sur le Code de déontologie médicale qui interdit au médecin de provoquer délibérément la mort, d'autre part sur le Code pénal, plus particulièrement l'article 223-13 qui s'oppose à la « *complicité de suicide* » par aide ou assistance ou fourniture de moyens. Remarquons que cette dernière motivation est particulièrement peu judicieuse, car, le suicide n'étant pas une infraction pénale, on voit mal comment la complicité de suicide pourrait l'être... d'ailleurs, un auteur se demande à juste titre pourquoi le juge a usé d'une telle argumentation, l'article 223-13 du Code pénal prévoyant l'infraction de provocation au suicide : « *Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni* ». « *Ne peut-on interpréter le silence du juge comme une volonté de dédramatiser l'acte sollicité tout en justifiant juridiquement son rejet ? Par ailleurs, il semble que les circonstances de la mort a posteriori de l'intéressée n'auraient pas été jugées suffisamment suspectes pour justifier des poursuites* », souligne-t-il⁵⁶¹. En effet, Chantal Sébire fut retrouvée morte à son domicile le 19 mars 2008. Elle avait ingéré des doses massives de barbituriques.

500. Ces situations font prendre conscience, à chaque fois, du caractère tragique de la situation de ces individus qui souhaitent qu'un tiers les aide à mourir sans que cette aide soit qualifiée de meurtre ou d'assassinat. Cependant, une telle disqualification pénale reste impossible en droit français, malgré les avancées en la matière – si tant est que pareil terme puisse être utilisé -, qui sont le résultat de débats récurrents sur la fin de vie.

501. La première est apportée par la loi sus citée n°2002-203 du 4 mars 2002⁵⁶² dite loi Kouchner. Celle-ci renforce les droits du malade et innove en matière de fin de vie puisqu'elle prévoit, de manière inédite, le droit du patient de

⁵⁶⁰ T.G.I. Dijon, 17 mars 2008, n°94/08.

⁵⁶¹ D. Vigneau, préc., p. 867.

⁵⁶² Loi n°2002-203 du 4 mars 2002, préc.

refuser des soins et traitements. Ainsi, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique prévoit désormais le droit de toute personne de refuser ou d'arrêter un traitement, même lorsqu'un tel choix met sa vie en danger. Le médecin, lorsqu'il est confronté à cette situation, doit respecter la volonté du malade après l'avoir informé des conséquences de ses choix. Si ce refus met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables. Cette loi crée également la personne de confiance que peut désigner toute personne majeure « *et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin* ». Cette personne peut être « *un parent, un proche, ou le médecin traitant* »⁵⁶³.

502. Quelques années plus tard, la loi Leonetti n°2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades en fin de vie, poursuit les avancées initiées par la loi Kouchner⁵⁶⁴. Celle-ci constitue un texte de compromis entre une prohibition stricte de l'euthanasie et sa légalisation. Elle étend le champ d'application du droit au refus ou à l'arrêt des traitements mais sans remettre en cause l'interdit fondamental de tuer. Figure parmi les innovations les plus importantes la possibilité dont dispose désormais toute personne majeure de refuser tout traitement (et non pas un traitement). Cette nouvelle terminologie permet d'inclure dans la notion de traitement l'hydratation et l'alimentation artificielles, qui ne sont pas des traitements thérapeutiques à proprement parlé, puisqu'ils ne visent pas à guérir ou soulager une maladie, même si, en se substituant aux fonctions des organes vitaux, ils maintiennent le malade en vie. Par leur interruption désormais admise, il est donc légalement possible de mettre un terme à la vie d'un individu qui n'est pas en phase terminale d'une maladie. Cela peut être le cas d'une personne qui se trouve dans un état de coma profond.

⁵⁶³ Art. L. 1111-6 C.S.P.

⁵⁶⁴ Pour un commentaire, v. par ex. *R.T.D. civ.* 2005, p. 645, par A.-M. Leroyer.

503. Autre innovation de la loi Leonetti : il est désormais possible que cette limitation ou arrêt de traitement concerne une personne inconsciente. Dans cette hypothèse, si la limitation ou l'arrêt de traitement est susceptible de mettre la vie de cette personne en danger, il est indispensable de respecter « *la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne ait été consultées* » en vertu de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Ainsi, même si le malade est inconscient, il est indispensable que sa volonté soit respectée. Rappelons, - et en cela nous renvoyons à ce que nous avons écrit *supra* s'agissant du consentement -, que le respect de la volonté du malade est un principe essentiel du droit médical, fondé sur le principe d'inviolabilité du corps humain⁵⁶⁵, et même si celui-ci est un incapable mineur ou majeur⁵⁶⁶. S'agissant de ce dernier, l'assistance du représentant légal en la matière doit rester l'exception. Lorsque le malade est conscient, le respect de sa volonté est réalisé par le recueil de son consentement. Lorsqu'il est inconscient, celui-ci est malheureusement impossible et il sera obtenu par des procédés détournés. La personne de confiance, créée par la loi de 2002, en est un.

504. Un second procédé a été créé par la loi de 2005, s'inspirant de ce qui existe déjà dans certains pays, notamment anglo-saxons, comme l'Angleterre ou les Etats-Unis, mais également l'Espagne ou l'Allemagne : les testaments de fin de vie. Ainsi, l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique prévoit que « *Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment. A conditions qu'elle aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la*

⁵⁶⁵ V. *supra*, p. 152 et s.

⁵⁶⁶ Art. L. 1111-2 C.S.P. V. *supra*, p. 163 et s.

personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant ». Ces directives anticipées doivent en principe être conservées dans le dossier médical du patient, mais elles peuvent également l'être par le patient lui-même, un membre de la famille, ou encore un proche. Remarquons que si ces directives anticipées permettent, de manière presque inespérée, de prendre connaissance de la volonté du patient, il convient certainement de ne pas leur accorder un crédit illimité et, en tous les cas, il faut bien comprendre qu'elles n'ont qu'une valeur indicative, la décision finale n'appartenant qu'au médecin qui les consulte essentiellement à titre informatif, conformément aux articles L. 1111-12 et L. 1111-13 du Code de la santé publique. Citons, à ce propos, une anecdote tristement amusante relatée par MM. Aumonier, Letellier et Beignier⁵⁶⁷. Un homme de 60 ans, atteint de bronchopathie chronique, est traité pour un état de détresse respiratoire. Il subit des soins très lourds pendant trois semaines. Lorsqu'il est enfin guéri, il quitte le service. Au moment de partir, il vient à la rencontre de l'équipe médicale pour la remercier des soins prodigués et lui dit qu'il a eu très peur. Le médecin lui répond qu'il a également craint pour sa vie. Le patient explique alors: « *Ce n'est pas cela, j'ai craint pendant toute la durée de l'hospitalisation que vous ne découvriez dans mon portefeuille le papier sur lequel j'avais écrit il y a cinq ans, qu'en aucun cas je ne voudrais être réanimé* ». Une telle histoire confirme que la volonté individuelle est tout à fait contingente et, à ce titre, peut radicalement évoluer au fil du temps... les directives anticipées ne peuvent donc revêtir qu'une vertu relative.

505. La loi de 2005 consacre également le refus de l'obstination déraisonnable, également dénommée acharnement thérapeutique. Ainsi, l'article L. 1111-10 du Code de la santé publique prévoit que « *Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause,*

⁵⁶⁷ B. Beignier et alii, *L'euthanasie*, op. cit., p. 20., histoire rapportée par le professeur Mantz in *Le Supplément*, n°192.

décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical ». De même, s'agissant d'un malade inconscient, l'article L. 1111-13 du Code de la santé publique énonce : « Lorsqu'une personne, en phase terminale ou avancée d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance (...) la famille, ou, à défaut, un de ses proches, et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne. Sa décision, motivée, est inscrite dans le dossier médical ». La loi Leonetti rend ainsi légale l'euthanasie passive, sous certaines conditions. Lorsque le traitement thérapeutique ne permet aucun espoir réel et sérieux d'obtenir, sinon une guérison, du moins une amélioration de l'état du malade, et qu'il a seulement pour effet de prolonger artificiellement la vie de celui-ci, il est désormais possible d'y mettre un terme, étant entendu que son décès est alors précipité. Cette disposition permet au malade de reprendre le contrôle sur son existence, et finalement de hâter une issue fatale qui n'est que différée dans le temps, mais au cours de laquelle les souffrances sont insupportables.

506. Dans une logique similaire, une autre possibilité se rapprochant davantage de l'euthanasie active a également été consacrée par cette loi : le traitement de la douleur, dont l'effet secondaire possible est d'abrégé la vie. Ainsi, lorsqu'une personne est atteinte d'une affection grave et incurable en phase avancée ou terminale, elle a droit à des soins palliatifs. Or, certains de ces traitements, comme l'administration de morphine, peuvent avoir un effet mortifère. Dès lors « Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet

secondaire d'abrégé sa vie, il doit en informer le malade (...), la personne de confiance (...), la famille, ou, à défaut, un de ses proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical », prévoit le dernier alinéa de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique. Il faut alors comprendre que dans cette hypothèse, ce n'est pas le décès qui est recherché par l'administration d'un tel traitement antalgique, mais bien le soulagement de la douleur. Certes, on pourra remarquer avec raison que la frontière est mince avec l'administration d'un tel traitement dans le dessein occulte de hâter la mort du patient.

507. Au contraire de la logique euthanasique, la loi Leonetti a entendu placer les soins palliatifs au centre des traitements de fin de vie, ce que nous développerons plus loin. Signalons simplement que l'article L.1110-10 du Code de la santé publique pose en principe que « *Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus (...) [qui] visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage* », la prise en charge de la douleur étant présentée dans la loi de 2005 comme une conséquence évidente de la sauvegarde de la dignité de la personne malade. Le refus de légaliser l'euthanasie est donc logique, puisque cela constitue la négation de la dignité du malade. D'ailleurs, il est prouvé que le souhait de mort d'un malade est toujours lié à ses souffrances, physiques et mentales. Lorsque les premières sont soulagées grâce à des soins appropriés, les secondes s'atténuent corollairement, et la demande de mort se fait beaucoup moins pressante, voire disparaît. On peut observer que dans la majorité des cas, c'est moins le malade que l'entourage, à bout de forces, et/ou le soignant, désespéré face à l'échec du traitement thérapeutique, qui s'orientent finalement vers la solution – si tant est que ce terme puisse être utilisé - de l'euthanasie⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ V. par ex. B. Beignier et alii, *L'euthanasie, op. cit.*, p. 20 et s.

508. Soulignons enfin que la loi Leonetti n'a pas, loin s'en faut, mis fin au débat concernant l'euthanasie en droit français. Ses thuriféraires continuent de vanter ses mérites, et des projets ou propositions de loi sont déposés chaque année en ce sens sur le bureau de l'Assemblée nationale. Le dernier texte en date, une proposition de loi relative à l'euthanasie volontaire, a été déposé au Sénat le 13 octobre 2010⁵⁶⁹. Elle prévoit en son article 2 que « *Toute personne capable, en phase avancée ou terminale d'une affection reconnue grave et incurable qu'elle qu'en soit la cause ou placée dans un état de dépendance qu'elle estime incompatible avec sa dignité, peut demander à bénéficier d'une euthanasie volontaire* ». Ce texte a finalement été rejeté par le Sénat le 25 janvier 2011, mais il témoigne du souhait récurrent, de la part des défenseurs de l'euthanasie, de légaliser cette pratique. Au regard du projet présidentiel de M. F. Hollande d'élargir les conditions légales actuelles de l'aide à mourir, gageons que d'autres projets ou propositions de loi allant dans ce sens seront bientôt déposés et discutés à l'Assemblée Nationale.

509. Il est d'ailleurs piquant de constater qu'au même titre que les soins palliatifs s'opposant à l'euthanasie, cette dernière est fondée, pour ses défenseurs, sur la dignité de la personne humaine. Un auteur a donc raison de remarquer que, s'agissant de la fin de vie, « *le concept est controversé : il pourrait être compris autrement, en un sens subjectif et individuel, chacun définissant, librement, au seuil de la mort, quelle souffrance il peut ou non supporter, la dignité étant alors d'abrégé la vie* »⁵⁷⁰.

510. D'ailleurs, ce n'est pas dans un sens différent que l'entend la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, ce que nous expliquions plus avant : elle considère en effet qu'en vertu du principe de dignité (en

⁵⁶⁹ Proposition de loi n°31 relative à l'euthanasie volontaire déposée au Sénat le 13 oct. 2011 par G. Fischer. V. par ex. le dossier dans son intégralité sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl10-031.html>.

⁵⁷⁰ A.-M. Leroyer, commentaire de la loi n°2005-370 du 22 avr. 2005, préc., p. 647.

l'occurrence, subjective, voir nos développements *supra*⁵⁷¹), qui fonde le principe d'autonomie personnelle, une personne doit pouvoir exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constitue une fin de vie indigne et pénible. Si l'on ajoute que la Cour de Strasbourg a consacré, dans une affaire relative à la stérilisation pratiquée sur une jeune femme sans son consentement⁵⁷², le droit à l'autonomie et au choix du patient⁵⁷³, après avoir rappelé le principe d'autonomie personnelle issu de l'article 8⁵⁷⁴, on ne peut douter que le juge européen considère essentielle la disposition de son corps dans le domaine médical.

511. Ainsi, le droit positif français est-il susceptible de glisser vers un droit à la mort, en application du principe d'autonomie personnelle ?

B- L'évolution libérale de la fin de vie sous le prisme du principe d'autonomie personnelle

512. On peut imaginer une évolution libérale du droit français vers une consécration du droit de mourir, même si celui-ci résiste, pour l'heure, à la consécration de l'euthanasie. Nous l'avons montré, l'argument principal qui fonde cette interdiction est le principe de dignité de la personne humaine dans son acception objective. Or, en raison de l'évolution sémantique que nous évoquions, elle peut être comprise dans un sens subjectif que la Cour E. D. H. retient dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*. Or, ce faisant, le juge européen avalise le courant subjectiviste contemporain selon lequel la dignité est personnelle, impliquant que chacun détermine, en son for intérieur, ce qui

⁵⁷¹ V. *supra*, p. 202 et s.

⁵⁷² C.E.D.H., 8 nov. 2011, V.C. c/Slovaquie, requête n°18968/07. V. *J.C.P. G.* n°49, déc. 2011, p. 1363, zoom par K. Grabarczyk ; *Dr. fam.* fév. 2012, étude n°4, par K. Garcia. Remarquons que dans cet arrêt, le droit à l'autonomie du patient est issu de l'article 3 de la Convention et non de l'article 8.

⁵⁷³ Arrêt préc., §119.

⁵⁷⁴ Arrêt préc., §138.

constitue une mort digne. Ainsi, le dénominateur commun que constitue la dignité subjective rallie tous ceux - juristes et médecins, entre autres - qui affirment, avec détermination, que la mort doit être un moment choisi. Plutôt que de subir le délabrement physique et intellectuel qui la précèdent et qu'ils jugent indigne, ils font le choix d'une mort pensée, réfléchie, mûrie, donc à un moment qui leur conviendra, et non qu'ils subiront. La dignité humaine serait donc réalisée par le fait d'être acteur, et non pas spectateur, de sa propre mort. « *La volonté de placer la dignité des personnes malades au cœur des pratiques médicales nous conduit à déposer cette proposition de loi visant à la création (...) d'un droit à l'euthanasie volontaire. Encadré par une législation la protégeant des dérives, ce nouveau droit permettra de garantir à toute personne malade le respect en toutes circonstances de son humanité et sa dignité* », peut-on lire dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, relative à l'euthanasie volontaire, déposée fin 2010 au Sénat⁵⁷⁵.

513. Sans surprise, cette conception de la dignité subjective qui fonde l'autonomie personnelle, celle-là même que la Cour de Strasbourg révèle dans l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni, sous-tend toutes les propositions de loi précédentes visant également à légaliser l'euthanasie. « *A. Considérant que le fondement de la vie d'un être humain est la dignité, et la spiritualité et donc que l'existence d'une personne n'est pas réductible aux fonctions naturelles, c'est-à-dire aux fonctions de la vie végétative ; (...) C. Considérant que le fonctionnement cérébral détermine le niveau de conscience et que le niveau de conscience définit un être humain ; (...) G. Considérant que la douleur physique est inutile et néfaste, et qu'elle peut porter atteinte à la dignité humaine ; En l'absence de toute thérapeutique curative, et après un échec de soins palliatifs, correctement conduits tant sur le plan psychologique que médical, et chaque fois qu'un malade pleinement conscient*

⁵⁷⁵ V. : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl10-031.html>.

demande, de manière pressante et continue, qu'il soit mis un terme à une existence qui a perdu pour lui toute dignité et qu'un collège de médecins, constitué à dessein, constate l'impossibilité d'apporter de nouveaux soins spécifiques, cette demande doit être satisfaite sans qu'il soit, de cette façon, porté atteinte au respect de la vie humaine », écrit le professeur Schwartzberg⁵⁷⁶. De même, peut-on lire dans une proposition de loi déposée au Sénat voilà une quinzaine d'années : « Art. 3 : elle [toute personne] peut obtenir une aide active à mourir lorsqu'elle estime que l'altération effective ou imminente de cette dignité ou de cette qualité de vie la place dans une situation de détresse »⁵⁷⁷. Citons également le projet socialiste qui fonde, sans surprise, le bénéfice d'une assistance médicalisée provoquant le décès au nom du droit à mourir dans la dignité⁵⁷⁸.

514. On peut également remarquer que pour les défenseurs de l'euthanasie, laquelle consiste tout de même à provoquer la mort de quelqu'un qui, parfois, n'a pas atteint le stade terminal de sa maladie, un tel acte constitue une manifestation de la liberté individuelle au même titre que l'avortement, le choix de sa contraception, la prise d'antalgiques. D'autres font le parallèle avec le contrôle de la douleur au début de la vie ; l'euthanasie ne serait ainsi que son pendant en fin de vie. Ainsi, de la même manière que le la thérapeutique se perfectionne, les progrès scientifiques ont donné aux hommes une responsabilité quant aux choix de décider une grossesse, ou d'y mettre un terme, ils impliqueraient une nouvelle responsabilité, celle de décider de son passage de vie à trépas : « Comme la naissance, la mort fait partie de la vie. Dans notre société moderne, les progrès nous rendent de plus en plus responsables. Le planning familial, la contraception, l'accouchement psychoprophylactique dit « sans douleur », la naissance sans violence et la

⁵⁷⁶ Professeur L. Schwartzberg, Proposition de résolution déposée au Parlement européen le 30 avr. 1991.

⁵⁷⁷ J. O., Sénat, 1996-1997, Proposition de loi n°215 relative au droit de mourir dans la dignité.

⁵⁷⁸ V. Redresser la France, retrouver la justice, rassembler les Français, L'intégrale des propositions des socialistes pour changer la France, avril 2011, p. 73.

périnatalogie améliorent et protègent les débuts de la vie. La fin de notre existence passe actuellement du domaine tabou à celui de préoccupation majeure : la victoire sur de nombreuses maladies, l'augmentation de l'espérance de vie, le perfectionnement des techniques médicales nous mènent à l'acharnement thérapeutique. Cela nous donne une nouvelle responsabilité, la liberté de choisir notre destin, et suscite une nouvelle demande, celle d'être compris, soutenu et accompagné vers une mort douce, digne et paisible »⁵⁷⁹.

515. Citons également les motifs de la proposition de loi précitée, qui, remarquons-le, évoque l'autonomie comme l'un des fondements du droit à l'euthanasie : « *L'éthique et la pratique médicale ont connu en France, au cours des quatre dernières décennies, de profondes évolutions offrant à nos concitoyens toujours plus d'autonomie et de liberté. Ainsi, aujourd'hui, plus personne ne conteste sérieusement les bienfaits de la contraception, de l'interruption volontaire de grossesse, du prélèvement d'organes sur les êtres vivants, de la procréation médicalement assistée, de la stérilisation à caractère non thérapeutique par ligature des trompes ou par vasectomie... il reste pourtant une dernière liberté à conquérir : la liberté pour les personnes atteintes d'une maladie incurable de recourir à une euthanasie volontaire* ».

516. Ainsi, l'euthanasie volontaire serait une marque du progrès médical, dont tout un chacun devrait pouvoir bénéficier le moment de la mort venu. D'ailleurs, celui-ci est déjà mis au service de l'arrêt des soins et du traitement dit « à double effet » - puisqu'il soulage la douleur dans le même temps qu'il est susceptible d'accélérer le décès - prévu par la loi Leonetti. Or, et cela a été souligné par les partisans de l'euthanasie active, des dispositions de la loi du 22 avril 2005 à la consécration d'un droit à l'euthanasie volontaire, il n'y a qu'un pas à franchir. En effet, l'arrêt des soins prévu par la loi, et qui existait

⁵⁷⁹ Extrait d'un guide d'« autodélivrance » publié par l'association EXIT favorable à l'euthanasie, relaté par J.-Ch. Burky, *La mort dans la dignité*, coll. Réalités sociales, 1986, p. 104 et s.

depuis la loi Kouchner de 2002, n'est autre qu'une euthanasie passive. Quant à l'administration d'un traitement à double effet, la frontière est tenue avec l'euthanasie active. En effet, il s'agit d'administrer une substance qui a pour effet recherché d'apaiser les douleurs, et pour effet secondaire d'accélérer le décès... or, on se rend bien compte que malgré les précautions prises par le législateur, il est tout à fait possible pour le médecin et la famille d'opter pour cette thérapeutique en raison, d'abord, de ses vertus mortifères. Pourquoi dès lors ne pas autoriser une troisième solution, plus radicale encore, qui contenterait finalement ceux qui souhaitent la légalisation de l'euthanasie active, mais n'obligerait en rien ceux qui souhaitent mourir de façon naturelle? Il est certain que le droit français peut tout à fait opter dans l'avenir pour l'adoption d'une telle solution, d'autant que le principe d'autonomie personnelle la légitime du point de vue du droit fondamental au respect de la vie privée.

517. Or, à bien y regarder, on peut considérer que la loi Kouchner, mais surtout la loi Leonetti, constituent un pas décisif en ce sens. Tout est certainement question de priorité sociale. Lorsque l'on considérera que les personnes malades, âgées, incurables, représentent un fardeau trop lourd à porter pour la société, confrontée à un coût social de la maladie toujours plus important et à une dette de la sécurité sociale dangereusement béante, il est tout à fait possible que le droit français fasse le choix de légaliser l'euthanasie volontaire. Et finalement, l'argument imparable pourra être opposé à ses détracteurs : chacun est libre de disposer de soi, de maîtriser sa vie, jusqu'à la fin. L'homme s'est arrogé la propriété de son corps ; il lui appartient désormais, à la place du divin, de décider du moment de sa mort.

518. Un autre indice probant qui permet d'imaginer un cheminement progressif du droit français vers une consécration du droit à l'euthanasie volontaire consiste en son apparente dépenalisation, du moins sa faible pénalisation, et donc, en corollaire, la tolérance de fait pour une pratique qui

existe depuis des années. Conjuguées aux méthodes d'euthanasie passive – le refus de soin et, plus indirectement, le traitement à double effet - autorisées par la loi Leonetti, ne peut-on penser qu'on s'avance, lentement mais sûrement, vers une consécration de l'euthanasie active ? A cet égard, on peut trouver l'avis du Comité consultatif national d'éthique (ci-après C. C. N. E.), datant du 27 janvier 2000, particulièrement éclairant⁵⁸⁰. Si celui-ci condamne fermement la consécration d'un droit de mourir et donc la légalisation de principe de l'euthanasie active, il explique néanmoins qu' « il n'est jamais sain pour une société de vivre un décalage trop important entre les règles affirmées et la réalité vécue. L'engagement solidaire est, de fait, déjà une réalité, mais, plus ou moins clandestin, il s'exerce de façon inégalitaire et anarchique. De ce fait, il s'instaure une manière de déni d'éthique à un double niveau : hypocrisie et clandestinité d'une part ; issues inégales en fonction des procédures et des juridictions sollicitées (lorsqu'elles le sont) de l'autre ». Et, rejetant toute idée de dépénalisation de l'euthanasie, il affirme sans ambages la possibilité d'une exception d'euthanasie active : « Mais, ce qui ne saurait être accepté au plan des principes et de la raison discursive, la solidarité humaine et la compassion peuvent le faire leur. Face à certaines détresses, lorsque tout espoir thérapeutique est vain et que la souffrance se révèle insupportable, on peut se trouver conduit à prendre en considération le fait que l'être humain surpasse la règle et que la simple sollicitude se révèle parfois comme le dernier moyen de faire face ensemble à l'inéluctable. Cette position peut être alors qualifiée d'engagement solidaire. En effet, la solidarité peut être mobilisée dans les cas – sans doute rares - où la mise en œuvre résolue des (...) soins palliatifs, accompagnement, refus de l'acharnement thérapeutique se révèle impuissante à offrir une fin de vie supportable. Peuvent être évoqués, à titre d'exemples, les cas exceptionnels où la douleur n'est pas maîtrisée en dépit des moyens disponibles ; la personne totalement et définitivement dépendante de machines pour vivre, demande à en finir ; la personne

⁵⁸⁰ C. C. N. E., avis n°63 du 27 janv. 2000, disponible sur le site internet du C. C. N. E. : www.ccne-ethique.fr.

irréremédiablement privée de capacités relationnelles a demandé à ne pas voir sa vie prolongée ; le cas des nouveau-nés autonomes et porteurs de séquelles neurologiques extrêmes incurables dont les parents ont été informés. De telles détresses appellent la compassion et la sollicitude. Certes, ces termes peuvent être compris de façon paternaliste, comme sollicitant la pitié ou la commisération. Mais, conjuguées avec le respect et marquées par la recherche d'une relation partenariale authentique, compassion et sollicitude incitent à l'humanité, à la sensibilité et à la solidarité. Dépassant le seul registre du droit moral et de la revendication, elles marquent des ouvertures inédites, autorisées par le partage d'une commune condition. Ces ouvertures exceptionnelles s'articulent autour de la notion de consentir et de consentement (...). Hors consentement, aucun acte euthanasique ne saurait être envisagé ».

519. Malgré toutes les précautions sémantiques prises par le Comité, on constate qu'il entrevoit parfaitement la possibilité de légaliser l'euthanasie active. Certes, cet avis date d'une dizaine d'années maintenant, et la loi Leonetti est entrée en vigueur depuis, mais l'essentiel est là : le comité de « sages » français envisage parfaitement la légalisation de l'euthanasie active. Bien sûr, ses avis ne contraignent ni le juge ni le législateur, mais l'autorité symbolique du C. C. N. E. n'est pas contestable dans le monde médical, juridique et philosophique. Pour ce qui concerne l'objet de notre recherche, on constate que cette possibilité d'être euthanasié de manière active est attachée à l'idée d'autonomie du patient, puisqu'il est fait référence à son consentement. Celle-ci est réitérée, notamment, dans l'avis n°87 datant du 14 avril 2005, intitulé « *Refus de traitement et autonomie de la personne* »⁵⁸¹.

520. La progression de l'idée d'autonomie du patient conjuguée à une très faible pénalisation de l'euthanasie active, ainsi qu'à sa lente légalisation témoignent d'une acceptation progressive de l'euthanasie en droit français.

⁵⁸¹ C. C. N. E., avis n°87 du 14 avr. 2005, également disponible sur le site internet du C. C. N. E. : www.ccne-ethique.fr.

Celle-ci, au regard des pratiques euthanasiques dans les pays européens voisins, mais aussi de pays plus lointains comme le Canada ou les Etats-Unis, devrait continuer de progresser. En effet, on sait que les Pays-Bas, depuis une loi du 12 avril 2001, ainsi que la Belgique, dans une loi du 16 mai 2002, ont dépenalisé l'euthanasie. Aux Etats-Unis, s'il n'existe pas pour l'instant de législation s'agissant de l'euthanasie au plan fédéral, la Californie, en 1976, et l'Oregon, en 1994, ont également admis la pratique légale de l'euthanasie. Il faut ajouter que ces pays outre-manche ont une conception médecin-patient qui, petit à petit, tend à être adoptée dans des pays dits de droit continental comme la France, dans laquelle cette relation est bien moins paternaliste qu'en France⁵⁸², au profit de l'autonomie du patient. Or, ce n'est rien d'autre que ce que révèle l'arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni : même si la Cour de Strasbourg refuse de consacrer un droit de mourir fondé sur l'article 8 de la Conv. E. D. H., elle marque indéniablement, par sa révélation du principe d'autonomie personnelle, l'entrée de cette nouvelle relation dans le droit continental et, par voie de conséquence, dans le droit français. Le moment de la mort est alors de plus en plus abordé sous le prisme de l'autonomie. Remarquons que le C. C. N. E. lui octroie une place centrale dans son avis n°105 du 9 octobre 2008⁵⁸³, dans lequel il remarque qu'« *on peut apercevoir au sein de la société la montée d'un besoin croissant d'autonomie auquel les lois récentes relatives aux droits des malades ont donné une traduction juridique (...). La question se pose de savoir jusqu'où le législateur a le devoir de protéger la personne contre elle-même* ».

521. La progression de l'autonomie personnelle, qui a également été consacrée dans le domaine de la maîtrise de la procréation, augure, de la même manière, d'une évolution libérale en la matière.

⁵⁸² Nous traitons de cet aspect du droit médical français *supra*, p. 145 et s.

⁵⁸³ C. C. N. E., avis n°105 du 8 oct. 2008, également disponible sur le site internet du C. C. N. E. : www.ccne-ethique.fr.

§2 : La maîtrise de la procréation

522. Dans les arrêts Tysiac contre Pologne et A, B et C contre Irlande abordant la question de l'avortement, la Cour de Strasbourg réaffirme que « *la notion de « vie privée » (...) englobe notamment (...) le droit à l'autonomie personnelle* »⁵⁸⁴. Dans l'arrêt S. H. et autres contre Autriche, elle n'hésite pas à rappeler « *le droit à l'autodétermination* » en matière de vie privée⁵⁸⁵ et affirme « *le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée* »⁵⁸⁶. La promotion de l'autonomie personnelle dans le domaine de la procréation en droit européen, même si elle n'est pas toujours suivie d'effet, commande de s'interroger sur sa progression, dans ce même domaine, en droit français. Un tel questionnement est d'autant plus opportun que la révision des lois bioéthiques et, de manière certes plus réservée, le projet présidentiel de M. F. Hollande conduisent à questionner de nouveau, sous l'angle de l'autonomie, des principes que l'on pouvait penser acquis, comme le principe en vertu duquel la mère est celle qui accouche, ou encore celui selon lequel seul un couple formé d'un homme et d'une femme peut procréer. Nous étudierons donc la question de la maîtrise de la procréation sous trois aspects qui seront successivement abordés : celui de l'avortement **(A)**, celui de la procréation médicalement assistée **(B)**, enfin celui de la maternité pour autrui **(C)**.

⁵⁸⁴ C.E.D.H., Tysiac c/Pologne, 24 juil. 2007, préc., §107; C.E.D.H., A, B et C c/Irlande, 16 déc. 2010, préc., §212.

⁵⁸⁵ C.E.D.H., 3 nov. 2011, S.H. et autres c/Autriche, préc., §80.

⁵⁸⁶ Arrêt préc., §82.

A- L'avortement

523. Un bilan du droit positif en la matière (1) sera suivi d'une étude d'ordre prospectif (2).

1- Le droit positif

524. L'avortement en droit français a été consacré par la célèbre loi Veil n°75-17 du 17 janvier 1975⁵⁸⁷. Elle est le résultat de la revendication de la part des femmes du contrôle de leur maternité ainsi que d'une volonté politique de lutter contre la pratique grandissante des avortements clandestins. Ainsi, la loi prévoit désormais que la femme peut recourir, dans des conditions différentes, à deux types d'interruption volontaire de grossesse : l'interruption volontaire de grossesse pour cause de détresse ou pour motif médical. Ainsi, la loi énonce, s'agissant de la première, à l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique : « *La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin d'interrompre sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* ». S'agissant de la seconde, elle prévoit à l'article L. 2213-1 du même code que « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée (...) soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme (...) soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ». Au regard de ces dispositions – qui, d'ailleurs, ont évolué dans un sens libéral depuis leur première rédaction -, d'une dépénalisation corollaire de l'auto-avortement (l'article 223-12 du Code pénal, qui le prévoyait, a été abrogé par la loi du 4 mars 2002), et de la pénalisation de l'entrave à

⁵⁸⁷ Loi n°75-17 du 17 janvier 1975, préc. V. par exemple S. Prieur, th. préc., p. 390 et s.

l'interruption légale de la grossesse par la loi n°93-121 du 27 janvier 1993⁵⁸⁸, on peut affirmer que la femme a acquis le droit de disposer de son corps de mère. D'ailleurs, on constate à quel point la loi de 1975, dans sa mouture actuelle, est le résultat d'une évolution historique vers une maîtrise totale de sa maternité par la femme.

525. En effet, s'agissant par exemple de l'interruption volontaire de grossesse pour cause de détresse, seule la femme est juge de cette dernière, et le personnel soignant n'effectue pas de contrôle objectif sur celle-ci. Pas plus d'ailleurs n'est-il prévu de contrôle judiciaire. La loi Veil ne définit d'ailleurs pas la cause de détresse. Il revient à la femme seule de déterminer le seuil à partir duquel elle ne peut supporter de garder son enfant. De plus, celle qui décide d'avorter peut être une mineure non émancipée et elle peut décider de garder le secret de sa décision, c'est-à-dire la soustraire au contrôle parental, ainsi que nous le développons plus avant⁵⁸⁹. En outre, le délai pour avorter a été modifié : de dix semaines prévues initialement, il est allongé à douze semaines par la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001⁵⁹⁰. Ainsi, lorsque la Cour de Strasbourg, dans l'arrêt Tysiac contre Pologne, rappelle que le droit à l'autonomie personnelle fait partie intégrante du droit au respect de la vie privée, la question de l'avortement en relevant, elle confirme cette maîtrise contemporaine de la femme sur ses facultés à procréer et, en conséquence, elle impose « à [l']Etat une véritable obligation positive dans l'organisation de l'accès à l'avortement »⁵⁹¹. Un auteur a d'ailleurs écrit qu' « En définitive, l'arrêt (...) peut être interprété comme une « proposition » faite à la Pologne de se joindre aux Etats membres du Conseil de l'Europe ayant adopté une approche permissive en matière d'avortement, ce qui risque d'être ressenti par plus d'un comme une position plus

⁵⁸⁸ Loi n°93-121 du 27 janv. 1993, J.O. 30 janv. 1993. Les dispositions de la loi sont prévues aux articles L. 2212-1 à L. 2223-2 du C.S.P.

⁵⁸⁹ V. *supra*, p. 166.

⁵⁹⁰ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, préc.

⁵⁹¹ C.E.D.H., Tysiac c/Pologne, 24 juill. 2007, préc., opinion dissidente du juge Borrego Borrego.

politique que juridique, et donc excessive de la part d'une instance telle que la Cour européenne des droits de l'homme »⁵⁹². L'arrêt A, B et C contre Irlande, s'il reste nuancé sur la question de l'accès à l'avortement, ne remet pas en cause ce constat, la Cour venant rappeler, en sa formation la plus solennelle, le droit à l'autonomie personnelle en la matière⁵⁹³.

526. A la lumière du principe d'autonomie personnelle dégagé en matière d'interruption de grossesse, on peut se demander si celle-ci peut connaître une évolution davantage libérale en droit français.

2- La possibilité d'une l'évolution libérale au regard du principe d'autonomie personnelle

527. Une partie de la doctrine dénonce une banalisation de l'avortement. Et, en effet, force est de constater que ce dernier est perçu comme un acte certes traumatisant, mais finalement entré dans les mœurs : la hausse du nombre d'avortements depuis sa libéralisation en 1975 n'a pas été endiguée. Ce constat purement factuel rejoint notre analyse : la femme dispose d'une parfaite autonomie concernant ses facultés de procréer. En effet, en sus de la possibilité d'avorter, elle peut également éviter toute conception, aussi longtemps qu'elle le souhaite, grâce à l'utilisation d'un panel de contraceptifs mis à sa disposition. Remarquons qu'il en est de même concernant la mineure non émancipée, ainsi que l'autorise l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique. Si l'on rajoute la possibilité offerte par les textes de s'affranchir du consentement parental en cas d'avortement de détresse, il est possible d'affirmer que l'incapable mineure, à l'instar de la femme majeure, est pleinement autonome concernant la maîtrise de sa procréation.

⁵⁹² D. Vigneau, *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, v° « Interruption de grossesse », p. 1162.

⁵⁹³ C.E.D.H., A, B, et C c/Irlande, préc., §212.

528. Une telle libéralisation, en droit français, peut faire douter d'une avancée supplémentaire vers davantage de liberté pour la femme. En effet, ne se trouve-t-on pas à l'apogée de son autonomie en la matière ? Une réponse positive s'impose.

529. En revanche, l'évolution libérale ne semble pas achevée dans le domaine de la procréation médicalement assistée, et l'autonomie pourrait bien y progresser.

B- La procréation médicalement assistée

530. A l'instar de ce qui précède, l'étude du droit positif **(1)** sera suivie d'une étude d'ordre prospectif montrant qu'une libéralisation supplémentaire en la matière est crédible **(2)**.

1- Le droit positif

531. La P.M.A. a fait son apparition légale en droit français avec les lois bioéthiques de 1994⁵⁹⁴. L'article L. 2141-1 du Code de la santé publique la définit comme les « *pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». Pour résumer schématiquement, la P. M. A. peut donc consister en deux sortes de techniques : soit on introduit, à l'aide d'un dispositif d'injection adaptée, une certaine quantité de sperme dans le vagin de la femme, ce sperme pouvant provenir du conjoint ou du concubin, ou encore d'un tiers donneur, et alors la fécondation s'effectue ensuite de manière tout à fait naturelle dans l'appareil génital de la femme, soit il est procédé à la fécondation en dehors de ce dernier, en éprouvette. Dès lors, l'embryon y est créé avec les gamètes du couple préalablement recueillis,

⁵⁹⁴ Sur cette question, v. D. Vigneau, *L'enfant à naître*, thèse Toulouse, 1988.

puis il est transféré dans l'utérus de la femme – notons qu'en général, afin d'augmenter les chances de grossesse, plusieurs embryons sont créés et sont ainsi transférés *in utero*. De la même manière que dans le cas précédent, soit les gamètes du couple sont préalablement recueillis, soit il est recouru à ceux de tiers donneurs. Il est également essentiel de faire remarquer que de telles techniques ne s'adressent pas à tous les couples, de manière inconditionnelle. Ainsi, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique détermine le domaine de la P. M. A. Elle « *a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ».

532. Il s'agit donc d'un moyen tout à fait artificiel de permettre à un couple de procréer ; la conception de l'enfant est distincte de toute relation charnelle. Néanmoins, le droit français prend le parti de calquer une telle technique de procréation sur la réalité physiologique humaine, afin que l'enfant né du couple ayant recouru à l'une des techniques de P. M. A. *semble être né d'une relation charnelle*. Dès lors, seuls peuvent prétendre à celle-ci « *L'homme et la femme (...) vivants, en âge de procréer (...). F[ait] obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryons le décès d'un des membres du couple (...)* », prévoit l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Par déduction, ne peuvent bénéficier d'une P. M. A. les couples homosexuels, les couples trop âgés, ou encore la veuve après le décès de son conjoint. S'agissant de cette dernière hypothèse, elle a pu être rencontrée dans des cas dans lesquels le sperme d'un concubin ou d'un conjoint malade a été recueilli puis conservé dans une banque de sperme, afin de prévenir une stérilité probable à la suite de la maladie ou d'un traitement, une radiothérapie par exemple. Certaines femmes devenues veuves ont exigé de se voir restituer le sperme conservé afin d'être inséminées

avec ce dernier⁵⁹⁵. Or, la pratique judiciaire se montre plutôt intransigeante à leur égard, les tribunaux condamnant une telle pratique. D'ailleurs, dans un arrêt du 9 janvier 1996⁵⁹⁶, la Cour de cassation considère qu' « *avant même l'entrée en vigueur (...) de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissout par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisée* ». Les juridictions du fond rendent d'ailleurs des décisions en ce sens⁵⁹⁷.

533. Ainsi, les tribunaux ne désavouent pas l'opinion majoritaire. Selon celle-ci, une procréation artificielle mise en œuvre dans de telles conditions est contraire à l'apparence d'une reproduction naturelle que souhaite donner le droit français ; de plus, elle est contraire à l'intérêt de l'enfant qui se trouve, *ab initio*, orphelin de père, avec des possibilités réduites d'établir sa filiation paternelle. Un cas voisin pose des difficultés éthiques similaires. Il s'agit de celui dans lequel une femme souhaite se faire inséminer un embryon conçu *in vitro* avec ses gamètes et celles de son compagnon, conjoint ou concubin, décédé à la suite de cette conception *in vitro*. Doit-on accéder à sa demande, sachant que le problème est distinct du précédent, dans la mesure où l'enfant est déjà conçu ? En quelques sortes, on se retrouve dans un cas similaire à celui d'une femme enceinte de son compagnon, alors que celui-ci est décédé. Malgré l'avis du C. C. N. E. du 17 décembre 1993 dans lequel il se montre favorable à un tel transfert, considérant qu'on ne peut « *s'opposer [au] projet [de*

⁵⁹⁵ Sur cette question, v. par ex. N. Bergouniou, « De l'insémination artificielle *post mortem* », *Petites affiches*, 26 avr. 1991, n°50.

⁵⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1996, *D.* 1996. 376, note Dreiffus-Netter ; *J.C.P.* 1996. II. 22666, note C. Neirinck ; *R.D.S.S.* 1996. 628, note Terrasson de Fougères ; *R.T.D. civ.* 1996, 359, obs. Hauser ; *L.P.A.*, 15 mai 1996, n°59, p. 15, note D. Vigneau.

⁵⁹⁷ V. par ex. T.G.I. Toulouse, 26 mars 1991, Galon c/C.E.C.O.S. Midi-Pyrénées, *J.C.P. G.* 1992, II, n°21807, note P. Pédrot ; T.G.I. Créteil, 4 avr. 1995, n°10107/93, Y c/C.E.C.O.S. : *Petites affiches*, 24 déc. 1997, n°154, note C. Taglione.

la femme] dûment éclairé et explicitement énoncé, d'entreprendre une telle grossesse, après transfert des embryons congelés »⁵⁹⁸, la jurisprudence, à l'instar de l'insémination *post-mortem*, reste hostile à une telle possibilité⁵⁹⁹.

534. Le législateur confirme cette solution dans la loi de 1994. Pourtant, le débat n'est pas clos, loin s'en faut, puisque, si la révision des lois de bioéthique dans leur version de 2006 – qui ne changeait rien à ce qui avait été prévu en 1994 – posait de nouveau la question non pas de l'insémination, mais du transfert d'embryons *post-mortem*, il en est de même lors du vote de la nouvelle loi de bioéthique fraîchement entrée en vigueur⁶⁰⁰.

535. De plus, le débat est également vif s'agissant de la question de la P. M. A. chez un couple homosexuel composé de femmes. Celles-ci réclament, en application d'un droit à la procréation dont elles seraient titulaires, la possibilité d'avoir accès aux techniques de P. M. A. et surtout, en prolongement de celle-ci, l'établissement du lien de filiation à l'égard de chacune d'elles. Il convient donc de se demander quelle pourrait être l'évolution du droit français dans ce domaine, au regard d'une promotion indéniable de l'autonomie personnelle. Au vu des travaux préparatoires du texte de loi portant révision des lois de bioéthique, la libéralisation prochaine de la P. M. A. est tout à fait crédible, même si la loi du 7 juillet 2011 maintient un certain statut *quo* en la matière.

⁵⁹⁸ C.C.N.E., avis n°40 du 17 déc. 1993, accessible sur le site internet du C. C. N. E. : www.ccne-ethique.fr.

⁵⁹⁹ V. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1996, préc., T.G.I. Rennes, 30 juin 1993, n°93001 308, Orhan c/C.E.C.O.S. de l'Ouest : *J.C.P. G.* 1994, II, n°22250, note C. Neirinck ; *J.C.P. G.* 1995, II, n°22472, note C. Neirinck ; C.A. Toulouse 18 avr. 1994, n°2563/93, P. c/Centre hospitalier de la Grave.

⁶⁰⁰ Loi n°2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, J.O. 8 juill. 2011. Pour des commentaires, v. N.B.P. n°542.

2- La libéralisation crédible de la P. M. A.

536. S'agissant de la procréation artificielle *post mortem*, il semble que l'on s'oriente à terme vers une autorisation du transfert d'embryons *post mortem*, ce que montre son autorisation avortée dans le projet portant révision des lois de bioéthique (a). S'agissant ensuite de la procréation artificielle chez un couple de femmes homosexuelles, on entrevoit les prémices d'une légalisation probable (b). Rappelons, de nouveau, que le projet présidentiel du Président de la République fraîchement élu cautionne une telle évolution.

a- L'autorisation avortée du transfert d'embryons post mortem

537. Dans un avis récent rendu le 9 mars 2011⁶⁰¹ se plaçant au sein des discussions relatives à la révision des lois de bioéthique, le C. C. N. E. confirme sa faveur envers le transfert d'embryons *post mortem*. Ainsi, il affirme que « *La liberté de procréer relève de la sphère privée et (...) il peut y avoir à l'origine du souhait de la femme de poursuivre ou non le projet parental des motivations multiples sur la nature et la valeur desquelles « il n'est pas possible de porter un jugement d'ordre général »* ». Il considère ainsi qu'une femme doit pouvoir bénéficier d'une transplantation d'embryons *post mortem*. La règle est posée, ou plutôt réitérée⁶⁰². Cependant, elle est soumise à des conditions d'efficacité. Ainsi, le C. C. N. E. considère que « *le transfert in utero d'embryon après le décès de l'homme faisant partie du couple devrait pouvoir être autorisé si la demande de la femme répond aux conditions suivantes strictement respectées : [notamment que] [l']homme aura dû, de son vivant, exprimer sa volonté en donnant son consentement exprès au transfert – avant son décès - d'un embryon cryoconservé (...) [et] la naissance éventuelle d'un enfant ne [doit pas être trop éloignée] du décès*

⁶⁰¹ C.C.N.E., avis n°113 du 9 mars 2011, accessible sur le site internet du C.C.N.E. : www.ccne-ethique.fr.

⁶⁰² V. l'avis n°40 du 17 déc. 1993, préc., l'avis n°60 du 25 juin 1998, et l'avis n°63 du 27 janv. 2000 accessibles sur le site internet du C. C. N. E.

du père. Des modifications devront être apportées à notre droit de façon à ce que la filiation paternelle de l'enfant soit assurée ».

538. En effet, s'agissant de la filiation paternelle de l'enfant naturel, le décès du père peut faire échec à l'établissement de la filiation, puisque celle-ci est en principe juridiquement créée par un acte de volonté individuelle, la reconnaissance. L'article 316 du Code civil énonce que la filiation peut être établie par « *une reconnaissance de paternité, faite avant ou après la naissance. La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier d'état civil ou par tout autre acte authentique* ». Ainsi, hors le cas où le père, se sachant condamné par une maladie, effectue une reconnaissance de paternité pendant la grossesse de sa compagne, l'établissement de son lien de filiation avec l'enfant sera rendu plus difficile. A l'instar d'une action en justice, l'établissement d'une possession d'état efficace ne sera, de même, sans poser difficulté. En effet, elle requiert, énonce l'article 311-1 du Code civil, « *une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* », ceux-ci étant, entre autre, le fait d'être traité comme l'enfant par celui qu'on prétend être son parent, d'avoir été éduqué, entretenu par lui, ou encore de porter son nom. De plus, la possession d'état doit présenter une certaine homogénéité et être « *continue, paisible, publique, et non équivoque* » (article 311-2 du Code civil). Certes, la jurisprudence se montre compréhensive⁶⁰³, mais il est permis de ce demander si, au regard de cette première difficulté, l'autorisation du transfert d'embryons *post mortem* n'opère pas un nouveau « brouillage des pistes » en matière de filiation, au prétexte de normaliser une situation tout à fait inhabituelle en application d'un prétendu droit à l'enfant. Dès lors que la procréation est désolidarisée de

⁶⁰³ Ainsi, le juge décide que « *La continuité que doit présenter la possession d'état n'implique pas nécessairement une communauté de vie ou des relations constantes* ». V. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, D. 1993. 133, note Massip. Or, il est certain qu'une telle démonstration serait impossible s'agissant d'un transfert d'embryon *post mortem*.

toute relation sexuelle, certaines situations dépassant *a priori* l'entendement peuvent être créées. Cela a déjà été souligné par le monde scientifique, tout comme la doctrine dans son ensemble.

539. On remarque alors une promotion de la volonté individuelle à travers le consentement. Certes, ce consentement est encadré, contrôlé par la règle de droit, mais, dans son principe, son existence rend possible la création de situations qui s'éloignent considérablement de la procréation naturelle. Ainsi, la conception du consentement dans le cadre d'une probable autorisation de la procréation *post mortem* se rapproche de celle qui permet à la Cour E. D. H. d'expliquer, dans les arrêts *Pretty* et *K. A. et A. D.*, qu'il est possible d'opérer des choix susceptibles d'être dommageables pour son corps. Ainsi, le C. C. N. E. adopterait-il cette conception absolutiste du consentement, nécessaire à l'accomplissement de l'autonomie individuelle?

540. On se demandait si le législateur allait le suivre à l'occasion de la révision des lois de bioéthique. Précisons que le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale portant sur cette dernière, remis en janvier 2010⁶⁰⁴, est également favorable à la légalisation du transfert d'embryons *post mortem*, même s'il fait remarquer qu'« *outre l'inconvénient de faire naître un enfant orphelin de père, cette procédure complexe pourrait ouvrir la voie à une dérive consistant à concevoir un embryon après que le père ait eu connaissance d'une pathologie incurable l'affectant* ».

541. Si, *in fine*, le projet de révision des lois de bioéthique ne retient pas l'autorisation du transfert d'embryons *post mortem*, supprimée par la commission des affaires sociales le 30 mars 2011, il est indéniable qu'il montre que le législateur français suit la voie d'une progression supplémentaire de l'autonomie individuelle qui pourrait s'accroître dans l'avenir. En effet, si le texte affirme son attachement au principe de l'interdiction de l'insémination

⁶⁰⁴ Accessible sur le site de l'Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/revision_lois_bioethiques.asp.

post mortem, il autorisait le transfert d'embryons *post mortem* (ancien article 20 bis du projet de loi). Certes, celui-ci devait rester exceptionnel, ce qui était assuré par des conditions strictes, pratiquement similaires à celles proposées par le C. C. N. E. : le décès du mari devait avoir mis un terme au projet du couple, ce qui signifie qu'il devait avoir donné son consentement au préalable, donc de son vivant. Surtout, le texte prévoyait des limites tout à fait opportunes, d'ordre temporel ou personnel. Ainsi, le transfert d'embryons ne pouvait avoir lieu dans les six mois qui suivaient le décès du mari, ni au-delà de dix-huit mois ; la naissance d'un ou plusieurs enfants à la suite d'un même transfert mettait fin à la possibilité de réaliser un nouveau transfert. Enfin, de manière tout à fait judicieuse, le mariage ou le remariage de la femme souhaitant bénéficier du transfert faisait obstacle à ce dernier. D'aucuns objecteront que l'hypothèse du transfert d'embryons *post mortem* demeure marginal, et qu'à ce titre, cet article du projet de loi visait à contenter de rares veuves ou compagnes endeuillées persuadées de mener à terme un projet de P. M. A. avec l'être perdu.

542. Dès lors si, au regard, d'une part, du caractère presque anecdotique du transfert d'embryons *post mortem*, d'autre part de la suppression de son autorisation, la progression de l'autonomie personnelle semble minime, il ne faut pas se méprendre. L'autonomie personnelle s'infiltré progressivement dans des domaines jusque-là protégés de l'omnipotence de la volonté individuelle.

543. La même observation peut être faite s'agissant de la P. M. A. au bénéfice des couples homosexuels femmes, qui est susceptible d'être légalisée dans l'avenir en droit français.

b- L'ouverture probable de la P. M. A. aux couples de femmes homosexuelles

544. L'autonomie personnelle pourrait également avoir une influence remarquable s'agissant du bénéfice de la P. M. A. aux couples de femmes homosexuelles. La révision des lois de bioéthique, si elle ne retient finalement pas sa légalisation, augure d'une vraisemblable autorisation dans les prochaines années.

545. En effet, si les couples de femmes homosexuelles sont actuellement exclues de la P. M. A. en raison de son objet qui consiste à pallier une stérilité pathologique, la Sénat a proposé de leur permettre d'en bénéficier, après l'adoption du texte du projet de loi en première lecture, le 8 avril 2011. Remarquons que cette proposition est loin de faire l'unanimité parmi les juristes. Tout d'abord, le rapport d'information affiche sans détour son opposition à une telle ouverture : *« Cette option a été écartée pour plusieurs raisons »*, peut-on lire. *« Comme l'indique le Conseil d'Etat dans son étude sur la révision des lois de bioéthique, même si la demande d'une meilleure reconnaissance de l'homoparentalité s'accroît et si la question de l'accès des couples de femmes à l'AMP est posée, son émergence à l'occasion du réexamen des lois de bioéthique ne doit pas faire oublier que cette question relève fondamentalement du droit de la famille »*. Ainsi, il serait préférable de mener, en ce domaine, une réflexion d'ensemble en la matière, et non pas d'opérer un tel changement de manière ponctuelle, par le biais des lois bioéthiques. Et, reprenant les arguments du Conseil d'Etat : *« il ne serait pas de bonne législation de la traiter sans prendre en compte toutes ses implications, ni de légiférer sur l'homoparentalité dans le seul cas particulier des demandes d'AMP. Il est vrai qu'une meilleure reconnaissance de l'homoparentalité peut, à certaines conditions, répondre à l'intérêt des enfant élevés par deux adultes de même sexe formant un couple stable et constituant avec ces enfants une famille. Mais il serait peu compréhensible qu'une évolution sociale de cette importance soit initiée dans le domaine de l'AMP, qui relève d'une logique*

spécifique ». Enfin et surtout, le rapport énonce qu'en vertu d'un traitement égalitaire des couples homosexuels au regard de la P. M. A., une telle égalisation risquerait d'entraîner, à terme, celle de la pratique de la gestation pour autrui au bénéfice, au moins, des couples d'hommes homosexuels. Cette argumentation convaincante n'a pas découragé le Sénat, qui a proposé de modifier l'article 20 du projet comme suit : « Les personnes formant le couple doivent être vivantes, en âge de procréer et consentir »⁶⁰⁵.

546. Au delà d'une consécration symbolique du bénéfice de la P. M. A. pour les couples de femmes homosexuelles, l'objet du texte est de légaliser une pratique croissante en France qui consiste, pour un couple de femmes homosexuelles, à procréer grâce à un don de gamètes à l'étranger suivi d'une fécondation *in vitro* (ci-après F. I. V.), voire d'un don d'embryons. L'objet d'une telle autorisation est alors, d'un point de vue plus global, d'éviter le tourisme procréatif en alignant le droit français sur l'état du droit plus souple de ses voisins européens permettant aux couples homosexuels d'avoir accès à la P. M. A. comme la Belgique, le Danemark, les Pays-Bas, la Grande-Bretagne, la Suède ou encore l'Espagne. Autrement dit, il s'agit de reconnaître une tendance générale, au sein de l'Europe, à l'acceptation de la famille homosexuelle.

547. La maternité pour autrui, troisième domaine de la maîtrise de la procréation, est également défendue par ses thuriféraires qui souhaitent son adoption en droit français. Si, à l'instar de la transplantation d'embryon *post-mortem* et de la P. M. A. au bénéfice des couples de femmes homosexuelles, elle n'a pas été adoptée, l'idée de son autorisation progresse.

⁶⁰⁵ C'est nous qui soulignons.

C- La maternité pour autrui

548. De nouveau, l'étude du droit positif sera suivie de celle du droit prospectif. On constate que si le droit français condamne fermement une telle pratique (1), le législateur n'est pas hermétique aux arguments tendant à l'autoriser, toujours fondés sur l'autonomie de la personne (2).

1- La condamnation de la maternité pour autrui en droit positif

549. La maternité pour autrui, dite encore pratique des mères porteuses, renvoie au cas dans lequel une femme « prête » son ventre à une autre femme : elle lui met à disposition son utérus afin de porter son enfant. Ainsi, à la naissance de celui-ci, la mère porteuse, ne se considérant pas mère de l'enfant dont elle était enceinte, « rend » l'enfant à la femme qui l'a voulu. Elle est donc un moyen (mener une grossesse) au service d'une fin (l'enfant).

550. La gestation pour autrui serait vieille comme le monde. Ainsi, la Bible en fait déjà état, et on peut trouver dans la Genèse l'histoire de Rachel qui, se sachant stérile, dit à Jacob : « *Voici ma servante Bala : va vers elle. Qu'elle enfante sur mes genoux, et ainsi, par elle, j'aurai moi aussi des enfants* »⁶⁰⁶. De même, cette pratique est racontée dans la Rome antique, utilisée dans le but d'assurer le renouvellement générationnel menacé par l'infertilité et la mortalité materno-infantile⁶⁰⁷. Il apparaît ainsi que, dans l'histoire ancienne, la pratique des mères porteuses était acceptée comme un moyen naturel d'assurer la reproduction des générations.

551. La création de l'insémination artificielle a suscité un nouvel élan dans le recours aux mères porteuses. Précisons d'ailleurs qu'il convient de distinguer,

⁶⁰⁶ *Genèse, XXX, 1-3*, citée par Y. Chartier, dans son commentaire de l'arrêt rendu le 31 mai 1991 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, *D.* 1991, p. 417.

⁶⁰⁷ M. Hancock, cité par rapp. Sénat n°421, 25 juin 2008, p. 12, relaté par D. Vigneau, *in Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, préc., p. 1273.

d'une part, la gestation pour autrui, dans laquelle la mère porteuse ne fait que « porter » l'enfant, ayant bénéficié d'un transfert utérin d'embryon issu des gamètes du couple, et, d'autre part, la procréation pour autrui, dans laquelle la mère porteuse fournit l'ovule. Dans ce cas, elle est inséminée avec les gamètes du mari ou du compagnon de la femme ayant « commandé » l'enfant.

552. En France, un certain nombre d'associations ont été créées dans les années 1980-1990 avec pour objectif de permettre à des couples stériles de recourir à des mères porteuses. Celles-ci se chargeaient ainsi de mettre en contact ces couples avec des mères porteuses candidates et, le cas échéant, prenaient en charge le bon déroulement du processus. Parmi celles-ci, il est possible de citer l'association Alma Mater, « *structure intermédiaire de gestion* », chargée de gérer « *les problèmes pratiques, notamment comptables* » en recevant en dépôt « *la compensation financière* » à verser à la mère « *lorsque tout est terminé* », en vertu du « *contrat sui generis* », que constituerait le prêt d'utérus »⁶⁰⁸. Cette association a été dissoute par le tribunal de grande instance de Marseille le 16 décembre 1987, pour contrariété de son objet à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁶⁰⁹. D'autres associations créées dans un objectif peu ou prou semblable ont connu le même sort⁶¹⁰.

553. Le destin funeste de ces organisations visant à réaliser, à l'instar d'un contrat classique de prestation de services, un contrat de « prêt » ou de « location » d'utérus entre une mère porteuse candidate et un couple demandeur est une illustration de la manière dont le droit français refuse énergiquement, depuis une trentaine d'années, de légitimer, en aucune manière, la pratique des mères porteuses. Ainsi, on connaît le célèbre arrêt

⁶⁰⁸ C.E., 22 janv. 1988, n°80936, Assoc. « Les cigognes » : *R.D.S.S.* 1988, p. 317, note Dubouis, cité par D. Vigneau, *préc.*, p. 1273.

⁶⁰⁹ T.G.I. Marseille, 16 déc. 1987, Proc. Rép. c/Assoc. Alma Mater, *JurisData* n°1987-600054. Décision confirmée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 29 avril 1988.

⁶¹⁰ V. D. Vigneau, *préc.*, pp. 1273-1274.

rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991 qui la condamne sévèrement. Au visa des articles 6 et 1128 du Code civil, elle affirme dans un attendu de principe que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient au principe d'ordre public du corps humain ainsi qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Par voie de conséquence, la Cour d'appel qui a prononcé l'adoption plénière de l'enfant par la femme qui l'a « commandé » a violé ces textes, car « *cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constitue un détournement de l'adoption* »⁶¹¹.

554. Ainsi, deux éléments sont remarquables comme étant contraires à l'ordre public français, d'une part l'objet du contrat consistant en la conception d'un enfant, d'autre part son adoption par le couple commanditaire. C'est donc tout un processus de production d'un enfant, entendu comme sa conception et son attribution à un couple, suivie de la création de son lien de filiation de manière tout à fait inappropriée, qui est condamnée par la Cour de cassation en sa formation la plus solennelle. Ainsi, le droit français de la filiation reposant, du moins à l'époque, sur la vérité biologique, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes emporte qu'un processus tendant à « *faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa volonté réelle* » doit être condamné⁶¹². Doit également l'être son corollaire, l'adoption plénière de l'enfant, qui « *aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est*

⁶¹¹ Cass. ass. plén. 31 mai 1991, *J.C.P. G.* 1991, II, 21752, comm. du professeur J. Bernard, président du C. C. N. E. et concl. du premier avocat général Henri Dontenwille.

⁶¹² H. Dontenwille, citant A. Sériaux, préc., p. 383.

dépourvu »⁶¹³. Il s'agit donc, pour le juge, de désapprouver fermement un mensonge organisé, dont l'enfant est l'instrument bien obligé.

555. Malgré les précautions prises par le législateur dans la loi du 29 juillet 1994, qui consacre à l'article 16-7 du Code civil la condamnation de « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* », le juge a dû se prononcer une nouvelle fois sur cette question. Ainsi, la Cour de cassation a de nouveau considéré, sans surprise, la gestation pour autrui contraire à l'ordre public, rappelant parfois à l'ordre les juges du fond. Notons qu'une variante factuelle est à noter dans ces affaires : l'évolution internationale de cette pratique en raison de la dissolution des associations la proposant en France, et de leur légalisation dans plusieurs pays plus ou moins lointains comme l'Angleterre, la Californie, l'Ukraine ou encore l'Inde. Ainsi, il s'agit, dans chaque cas, de couples stériles désireux d'avoir un enfant et qui, devant l'impossibilité d'avoir recours aux techniques de P. M. A. autorisées en droit français, recourent, le plus souvent aux Etats-Unis ou en Inde, aux services d'une mère porteuse.

556. Ainsi, l'affaire des sœurs jumelles Mennesson illustre la situation d'un couple ayant eu recours aux services d'une mère porteuse en Californie. Celle-ci avait été inséminée par les gamètes du mari et celles d'une amie de l'épouse de celui-ci. Lorsque des jumelles sont nées à l'automne 2000, leurs actes de naissances ont été établis, selon le droit californien, comme indiquant comme père et mère M. et Mme Mennesson, la Cour suprême de l'Etat de Californie ayant, par jugement du 14 juillet 2000, conféré la qualité de père et mère aux époux Mennesson de tout enfant naissant de cette mère porteuse entre le 15 août et le 15 décembre 2000. Puis, c'est en toute logique que le père a demandé la transcription de ces actes au Consulat de France à Los Angeles, ce qui lui a été refusé, Mme Mennesson étant dans l'incapacité de fournir un

⁶¹³ Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, *Bull. civ.* I, n°387 ; *R.*, p. 243 ; *D.* 1990, 273, rapp. Massip, *J.C.P.* 1990, II, 21526, note Sériaux ; *Defrénois* 1990. 743, obs. Aubert.

certificat attestant que c'était bien elle qui avait accouché de ses filles. Ensuite, le 25 novembre 2002, les actes de naissance des enfants ont été transcrits, aux fins d'annulation, sur les registres de l'état civil de Nantes, à la demande du ministère public. Enfin, le 4 avril 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner les époux Mennesson afin de demander cette annulation, excipant sa contrariété à l'ordre public. Cependant, par jugement du 13 décembre 2005⁶¹⁴, le Tribunal de grande instance de Créteil a déclaré le ministère public irrecevable en sa demande d'annulation de la transcription des actes de naissance des fillettes.

557. Dans un arrêt rendu le 25 octobre 2007⁶¹⁵, la Cour d'appel de Paris confirme la décision des juges de Créteil. En effet, elle considère que « *les énonciations des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes (...) sont exactes au regard des termes du jugement étranger du 14 juillet 2000 (...) que, par suite, le ministère public, qui ne conteste ni l'opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du Code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usitées dans cet Etat, est irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service de l'état civil de Nantes* ». Surtout, « *la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique* ». Ainsi, la Cour d'appel de Paris avalise indirectement la pratique de la gestation pour autrui en refusant l'annulation de la transcription des actes de naissance américains des fillettes sur les registres de l'état civil de Nantes. Ce faisant, elle fait preuve d'une mansuétude qui a dérouté une partie de la doctrine, évoquant même l'adoption d'un « *profil bas* » de la part

⁶¹⁴ T.G.I. Créteil, 13 déc. 2005, n°03/4862.

⁶¹⁵ C.A. Paris, 25 oct. 2007, *JurisData* n°2007-344059 ; *A.J.F.* 2007, p. 478, obs. F. Chénéde ; *R.T.D. civ.* 2008, p. 93, obs. J. Hauser ; *D.* 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts et p. 1435, obs. H. Gaumont-Prat ; *J.D.I.* 2008, p. 145, obs. G. Cuniberti.

de la Cour⁶¹⁶. Il nous semble que cette dernière a surtout souhaité rendre une décision dans l'intérêt des enfants nés de cette opération, qui, sinon, se trouveraient dépourvus de tout lien de filiation, en droit français, à l'égard de ce couple. Or, quand bien même ils sont le fruit d'une pratique interdite en France, ils en sont surtout les victimes obligées.

558. La Cour de cassation, fidèle à sa condamnation en toutes hypothèses de la pratique des mères porteuses, n'a suivi la Cour d'appel de Paris ni quant à son argumentation, ni quant à sa conclusion. Ainsi, dans un arrêt rendu le 17 décembre 2008⁶¹⁷, elle considère, au visa des articles 423 du Code de procédure civile et 16-7 du Code civil, qu' « *aux termes du premier de ces textes, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci ; que, selon le second, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui est nulle* », ainsi, « *les énonciations écrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions* ». Par voie de conséquence, elle censure la décision de la Cour d'appel de Paris et réaffirme sa doctrine intraitable avec la pratique de la gestation pour autrui, et refuse d'« être mise devant le fait accompli ». La gestation pour autrui étant interdite en France, il est inadmissible que des couples français, hors la loi française en mettant au point une telle opération à l'étranger, puissent, de retour dans leur pays, faire reconnaître le lien de filiation, à leur endroit, des enfants nés dans de telles conditions. Tout se passe alors *a posteriori* – le temps de la dissolution des associations de type Alma Mater étant révolu -, il faut lutter contre un genre de fraude internationale à la filiation. Pour ce faire, des pouvoirs conséquents sont accordés au ministère public, surtout dans le domaine de la filiation. Celui-ci

⁶¹⁶ V. par ex. le commentaire révolté de J. Hauser, préc.

⁶¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, *JurisData* n°2008-046272 ; *J.C.P.* 2009, II, 10020, note Aude Mircovic ; *D.* 2009, p. 166, obs. V. Egéa, p. 332, avis D. Sarcelet ; p. 340, note L. Brunet ; *Dr. fam.* 2009, comm. n°15, p. 27, par Pierre Murat.

se voit attribuer de larges pouvoirs afin d'assurer le respect de l'ordre public en droit français. Or, il est évident qu'accepter la transcription des actes de naissance des enfants nés d'une mère porteuse revient à légitimer une telle pratique qui ne peut être tolérée. En effet, cette dernière constitue avant tout « *un véritable business et une exploitation du corps des femmes, réduites à une pure fonction de gestation au mépris du lien créé entre la femme et l'enfant durant la grossesse ; (...) [c'est une] logique dont on voit mal les limites – sinon la permissivité totale - car ni l'argument de la souffrance face à l'infertilité, ni l'attention indispensable au sort de l'enfant déjà né ne permettront de mettre des freins à un élargissement progressif des indications de la gestation pour autrui (...) ou au recours à des centres d'AMP étrangers quand les conditions du droit interne constitueront un obstacle* », remarque avec raison M. P. Murat⁶¹⁸. Bien sûr, on est pris de compassion pour ces enfants instrumentalisés – en l'espèce, cela fait une dizaine d'années que ces enfants sont élevés, éduqués, et sans doute choyés par leurs parents qui les ont tant souhaitées. Pour autant, « *faudra-t-il perpétuellement s'aligner sur le droit moins disant (...) sous prétexte de mondialisation et d'externalisation (...) ?* » se demande, de façon tout à fait opportune, le professeur Hauser, estimant que « *Le fait accompli est une nouvelle source du droit* »⁶¹⁹. Pour l'instant, la Cour de cassation fait mentir celui-ci. D'ailleurs, la cour d'appel de renvoi ne fait pas de résistance. Dans un arrêt rendu le 18 mars 2010, elle déclare recevable l'action du ministère public et annule la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance des fillettes⁶²⁰.

559. Si cette décision ne peut être accueillie que favorablement au regard des raisons énumérées plus haut, il est certain qu'elle laisse également un sentiment mitigé s'agissant de la situation juridique des enfants. En effet, ces

⁶¹⁸ P. Murat, *préc.*, p. 28.

⁶¹⁹ J. Hauser, *préc.*, pp. 95-96.

⁶²⁰ C.A. Paris, 18 mars 2010, n°09/11017, *D.* 2010, p. 1210 ; *Dr. fam.* 2010, p. 23, étude M. Farge.

derniers demeurent dans une situation « entre deux » du point de vue de leur filiation, se voyant, d'une part, dépourvus de lien de filiation à l'égard de leurs deux parents, en France, et d'autre part ayant bel et bien un lien de filiation à l'égard de ceux-ci en vertu du droit californien. Un auteur évoque d'ailleurs les effets pervers de cet arrêt, lequel, « *mal compris, sera mis à profit par les partisans de la prohibition française de la maternité de substitution. Ces partisans auront beau jeu de stigmatiser la situation de quasi adolescentes dont la filiation n'est pas reconnue en France à l'égard d'un couple qui les élève depuis bientôt dix ans. Alors qu'il est déjà difficile de convaincre aujourd'hui l'opinion publique que la maternité de substitution relève plus de l'aliénation de la femme que de son émancipation, la décision Mennesson habilement médiatisée risque, pour avoir voulu donner une portée extraterritoriale à l'interdit français, de favoriser sa remise en cause dans l'ordre interne* »⁶²¹. Malgré ces craintes tout à fait légitimes, les juges du fond ont continué à suivre cette jurisprudence.

560. Ainsi, dans un arrêt rendu le 26 février 2009 concernant des faits similaires, la Cour d'appel de Paris fait preuve de la même fermeté, voire d'intransigeance⁶²². Elle considère que la transcription de l'acte de naissance d'un enfant effectuée sur les registres français l'état civil doit être annulée, en ce que cet enfant « *est issu d'une jeune femme dont l'identité est connue et qui a accepté de porter, au profit des époux (...), un embryon conçu de leurs gamètes, puis d'abandonner l'enfant* ». A l'instar de la Cour de cassation en 2008, elle se fonde sur la contrariété à l'ordre public français de la décision judiciaire américaine opérant abandon de l'enfant par la mère porteuse et adoption consécutif de celui-ci par le couple. Enfin, dans trois arrêts rendus le 6 avril 2011, la Cour de cassation réitère sa doctrine s'agissant du recours à la gestation pour autrui pratiquée par des français à l'étranger⁶²³. Ainsi, elle rappelle son refus de faire

⁶²¹ M. Farge, préc., p. 24.

⁶²² C.A. Paris, 26 févr. 2009, n°07/18559.

⁶²³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, trois arrêts, *JurisData* n°2011-005611, n°2011-005607, n°2011-005609, *Dr. fam.* 2011, Etude n°14, p. 19, par C. Neirinck.

produire effet en France aux contrats de gestation pour le compte d'autrui. Par là-même, elle rejette, une fois de plus, la maternité pour autrui en ce qu'elle constitue, selon un auteur, « *une maternité manipulée* » et la constitution d' « *un état civil établi au mépris de l'indisponibilité de l'état* »⁶²⁴. Selon Mme C. Neirinck, il y a là manipulation biologique, à laquelle s'ajoute une manipulation juridique, puisque « *la désignation de la mère à partir de l'accouchement est un principe général que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques, y compris le droit américain. Il faut donc contourner cette règle. La manipulation juridique repose essentiellement sur trois étapes indispensables, à savoir la conclusion du contrat de gestation pour autrui, suivi de son contrôle judiciaire qui conforte les droits parentaux des commanditaires et permet la dernière étape, celle de l'établissement de l'acte de naissance* ». Or, le mépris du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est nécessaire à la finalisation de l'opération de gestation pour autrui, puisqu'il s'agit d'établir, conformément à sa volonté, l'état civil d'un enfant.

561. On ne peut donc douter que législateur et juge, auxquels se joint la majorité de la doctrine, sont farouchement opposés à la gestation pour autrui. Pour autant, des voies s'élèvent, favorables à la légalisation, - certes encadrée - de cette pratique en droit français. On peut compter, parmi celles-ci, des membres du Sénat. Et, de nouveau, la revendication d'une autonomie personnelle constitue un facteur d'acceptation juridique de cette pratique qui

⁶²⁴ Signalons tout de même que, nonobstant la jurisprudence sévère de la Cour de cassation, la pratique de la maternité pour autrui n'est pas systématiquement sanctionnée par le juge du fond à l'égard du père biologique. V. la jurisprudence pragmatique de la C.A. de Rennes : si le juge peut annuler une reconnaissance paternelle sur le fondement de la fraude à l'ordre public, son opposition à la transcription d'un tel acte, sur le même fondement, ne peut aboutir. V., concernant la validation, C.A. Rennes, 29 mars 2011, n°10/02646 et 21 févr. 2012, n°11/02758 et v., pour l'annulation de la reconnaissance paternelle, C.A. Rennes, 10 janv. 2012, n°11/01846. Pour des commentaires, v. « Acte de naissance de l'enfant né d'une mère porteuse, reconnaissance paternelle et actions du ministère public », *Dr. fam.* n°4, avr. 2012, comm. 67 par C. Neirinck ; « Validation de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une « mère porteuse » », *J.C.P. G.* n°13, 26 mars 2012, 353, veille par A. Marais.

pourrait être autorisée dans l'avenir.

2- La lente progression de l'acceptation de la maternité pour autrui en droit français ?

562. Ce questionnement est actuellement des plus opportuns. En effet, d'une part la pratique de la maternité pour autrui semble prendre de plus en plus d'ampleur *de facto*, grâce à la facilitation des échanges internationaux, d'autre part s'est posée la question de sa légalisation en droit français, à l'occasion de la révision des lois de bioéthique. Si, *in fine*, la loi du 7 juillet 2011 maintient son interdiction⁶²⁵, des avis tout à fait favorables à cette pratique, de la part d'autorités institutionnelles comme le Sénat, ont fait craindre un inversement de la tendance. Dans un objectif seulement pragmatique, il aurait pu être décidé de mettre un terme, de manière définitive, à la situation à la fois précaire et injuste des enfants nés de mère porteuse mais vivant en France et élevés par leurs parents français, en légalisant la maternité pour autrui, d'autant plus que le phénomène du tourisme procréatif connaît un certain essor.

563. De façon plus théorique, il est possible de considérer qu'il est nécessaire d'achever l'autonomisation de l'individu, et de lui permettre d'être totalement maître de son corps au regard du tournant idéologique, social, scientifique, médical, que connaît la société actuelle. Après tout, il est possible de faire don de son sang, de son lait, de certains de ses organes, de ses gamètes, de ses embryons, donc pourquoi ne pas pouvoir prêter son utérus, si on le souhaite ? M. B. Lemennicier, économiste de son état, n'y voit aucun inconvénient. Au contraire, il n'hésite pas à écrire que « *Le refus de laisser les individus disposer de leur propre corps comme ils l'entendent, c'est à dire de louer*

⁶²⁵ Celle-ci est toujours prévue à l'article 16-7 du Code civil.

leur ventre, de vendre leurs organes, de manipuler leurs gènes pour choisir les caractéristiques corporelles de leurs propres enfants, de procréer artificiellement, de congeler les embryons pour une naissance dans deux siècles, etc., est socialement nuisible (...) et met en péril l'espèce humaine »⁶²⁶ !

564. Et si la volonté individuelle voyait consacrer un autre aspect de sa puissance, par le biais de la consécration de la maternité pour autrui ? Après tout, la Cour E. D. H. considère que l'individu doit pouvoir faire des choix concernant son propre corps, quand bien même ceux-ci auraient des conséquences fâcheuses pour ce dernier – « *physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses* »⁶²⁷ -, au titre de son autonomie personnelle, qui relève du droit au respect de sa vie privée. De plus, elle juge, dans l'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique, « *que l'article 8 de la Convention protège le droit à l'épanouissement personnel (...) sous l'aspect de l'autonomie personnelle* »⁶²⁸. Dans l'arrêt Van Kück contre Allemagne, elle évoque même un droit à l'autodétermination⁶²⁹. Dès lors, la permission au moins symbolique de la Cour de Strasbourg semble acquise dans le sens d'une autorisation de la maternité de substitution au titre des droits de l'homme – d'autant que celle-ci est souvent présentée comme un geste d'amour, à tout le moins altruiste, visant à rendre service à son prochain. Quelle est la doctrine des penseurs autorisés sur la question ?

565. Le Sénat s'est montré favorable à la légalisation de la maternité de substitution, plus précisément à celle de la gestation pour autrui. En effet, si celui-ci ne s'est pas prononcé finalement en faveur de la légalisation de cette pratique à l'occasion de la révision des lois de bioéthique, une partie de ses membres s'est montré tout à fait enclin à son autorisation dans un rapport

⁶²⁶ B. Lemmenicier, « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Droits*, 1991, p. 111, spéc. p. 112.

⁶²⁷ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, 17 févr. 2005, préc., §83.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ C.E.D.H., Van Kück c/Allemagne, 12 sept. 2003, préc., §78.

d'information remis en 2008⁶³⁰.

566. Pour ce qui nous intéresse, ce rapport présente d'une part les raisons fondant la légalisation de la maternité pour autrui, d'autre part les dispositions légales susceptibles de l'encadrer. Ainsi, s'agissant des premières, le rapport explique que la maternité de substitution ne constitue pas nécessairement une instrumentalisation du corps de la femme, dès lors que celle-ci porte l'enfant d'une autre femme dans la démarche altruiste du don, et, ainsi, met en œuvre toutes les conditions nécessaires pour que sa grossesse se passe dans les meilleures conditions possibles en prenant soin d'elle et de l'enfant en gestation, en s'investissant dans sa grossesse⁶³¹.

567. Concernant le risque de marchandisation du corps de la mère porteuse, il est, selon le rapport, évité grâce à l'obligation de gratuité de la maternité pour autrui, à l'instar de ce que les textes prévoient déjà, depuis les lois bioéthiques de 1994, s'agissant du don de gamètes ou encore du don d'embryon. Ainsi, les mères porteuses ne doivent pas être rémunérées. Selon les auteurs du rapport, l'intérêt de l'enfant est également préservé : la théorie selon laquelle l'enfant ressent l'abandon vécu à la naissance et en souffre n'est pas vérifiée. *« La rupture dont souffrirait l'enfant, en ne retrouvant pas à la naissance les sons, les odeurs et les repères qu'il avait dans le ventre maternel, est toute relative. Les expériences des pays étrangers révèlent que les parents intentionnels rendent très régulièrement visite à la mère de substitution. Ils passent souvent de longues heures ensemble, qui permettent à l'enfant à naître de se familiariser avec eux : à sa naissance, il pourra reconnaître des voix et des sons déjà entendus. Par ailleurs, il ne s'agit pas de sommer la mère de substitution de se désintéresser de l'enfant qu'elle porte, mais de lui demander de ne pas « investir » cet enfant comme le sien (...). La maternité pour autrui ne constitue donc pas un abandon, puisque l'enfant, loin d'être*

⁶³⁰ André M., Milion A. et Richemont H. (de), *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Sénat, rapport d'information n°421, 25 juin 2008.

⁶³¹ Sénat, rapport préc., p. 60.

brutalement et tragiquement délaissé par ses parents, est au contraire fortement désiré dès sa conception, et accueilli par ses parents intentionnels dès sa naissance », explique le rapport⁶³². Ensuite, la crainte d'un « *brouillage de la perception de sa filiation* » par l'enfant est résolu par « *le pouvoir de la parole* ». Il suffit de dire à l'enfant la vérité concernant les circonstances de sa naissance une fois qu'il est en âge de comprendre afin d'éviter des souffrances existentielles qui se déroulent notamment à l'adolescence ⁶³³ . Enfin, la crainte de la contractualisation de la filiation est, également, désamorcée grâce à son encadrement légal. Celui-ci se rapproche des règles de la P. M. A., en conformité avec le principe de respect de la dignité humaine. Ainsi, au même titre que la P. M. A., la gestation pour autrui est un moyen de lutter contre la stérilité médicale des couples.

568. Dans cette logique, le rapport propose une série de principes devant être respectés par le législateur⁶³⁴. Ainsi, les bénéficiaires de la gestation pour autrui ne peuvent être que « *les couples composés de personnes de sexe différent, mariées ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années et en âge de procréer (...)* » et son autorisation est subordonnée à l'impossibilité pour la femme de mener une grossesse à terme ou à « *la mener sans danger pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître* ». De plus, afin de maintenir une certaine cohérence s'agissant du droit de la P. M. A., « *au moins l'un des deux membres du couple demandeur d'une gestation pour autrui devrait être le parent génétique de l'enfant* ». Quant à la mère porteuse candidate, elle ne doit pas être la mère génétique de l'enfant, avoir eu au moins un enfant et ce dans de bonnes conditions de grossesse, et elle peut être la sœur ou une cousine de la mère souhaitant s'adresser à ses services. De plus, le couple souhaitant recourir à la gestation pour autrui comme la gestatrice candidate doivent obtenir un

⁶³² Sénat, rapport préc., p. 62.

⁶³³ Sénat, rapport préc., p. 63.

⁶³⁴ Sénat, rapport préc., pp. 73-80.

agrément délivré sous l'autorité de l'Agence de la biomédecine. L'opération ne peut donner lieu ni à publicité, ni à rémunération, ce que nous soulignons. Enfin, à l'instar de ce qui est déjà prévu s'agissant de la P. M. A. réalisée avec des gamètes exogènes au couple⁶³⁵, le juge serait un acteur incontournable de la gestation pour autrui. Celui-ci recueillerait notamment les consentements écrits des protagonistes de la gestation pour autrui ainsi que du conjoint, du partenaire du P. A. C. S. ou du concubin de la mère porteuse candidate. Ainsi, la réalisation *in fine* de l'opération serait dépendante de sa décision.

569. Si ce rapport d'information est à considérer avec précaution et ne constitue, en aucun cas, du droit positif, ni même un projet législatif quelconque, il constitue une illustration de la progression de l'idée d'autonomie personnelle dans notre droit français. En effet, ce rapport montre que la gestation pour autrui est envisageable d'un point de vue législatif. Elle peut être pensée, conçue, et prévue. Son absence de matérialisation n'est pas antinomique de cette progression occulte : l'idée progresse, le corps est appréhendé, de plus en plus, de façon autonome, cela étant favorisé par la perception «chosifiée» qu'on peut en avoir, conséquence de son appréhension scientifique morcelée. Le corps étant objet de savoir, de connaissance, d'expérimentations, il devient pensé comme une chose⁶³⁶.

570. Signalons en outre que si la Présidence Hollande ne devrait pas voir légaliser la pratique de la maternité de substitution, le Président de la République s'y déclarant opposé, sa reconnaissance juridique *a posteriori* pourrait voir le jour, celui-ci s'étant déclaré favorable à la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissances d'enfants nés d'une telle pratique légale à l'étranger⁶³⁷.

⁶³⁵ V. art. R. 2141-5 et s. C.S.P.

⁶³⁶ V. par ex. D. Borrillo, *L'homme propriétaire de lui-même Le Droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, Thèse Strasbourg, 1991.

⁶³⁷ V. *Les 17 questions d'HES, Les réponses de François Hollande*, préc., p. 11.

571. Si le domaine des relations sexuelles présente moins d'intérêt, mettant en jeu dans une bien moindre mesure les questions éthiques abordées, son étude montre que l'autonomie personnelle est nécessairement admise *a priori*, le droit s'en trouvant *de facto* écarté du fait de leur caractère secret. A l'instar de ce que l'on constate en droit européen, le domaine des relations sexuelles est déjà sous-tendu par le principe d'autonomie personnelle. Pourtant, une évolution libérale inédite pourrait se faire jour.

§3 : Les relations sexuelles

572. Si le droit positif se montre déjà très libéral en la matière **(A)**, il est possible d'envisager qu'un pas supplémentaire soit franchi s'agissant des majeurs protégés, qui pourraient bientôt bénéficier des services d'un assistant sexuel **(B)**.

A- Un droit positif très libéral

573. Le domaine des relations sexuelles est certainement celui dans lequel l'autonomie individuelle s'épanouit particulièrement, et ce pour une raison toute simple : le droit n'y a pas accès en général. Tout se passe dans l'alcôve de la chambre à coucher, à l'abri des regards indiscrets. Dès lors, en fait, les individus peuvent s'adonner aux pratiques de leur choix et « faire ce qu'ils veulent » de leur corps sans qu'aucun contrôle ne soit exercé, dès lors qu'il s'agit d'adultes consentants - en effet, on sait que les mineurs ne disposent pas d'une telle liberté puisqu'ils sont soumis au contrôle du ou des titulaires de l'autorité parentale concernant leur vie sexuelle, au moins jusqu'à l'âge de 15

ans, auquel ils atteignent la majorité sexuelle⁶³⁸.

574. Un tel retrait du droit est *a priori* des plus naturel, puisqu'alors sont concernés les aspects les plus intimes de la vie personnelle. Et c'est très justement que le domaine des relations charnelles relève du droit au respect de la vie privée, protégé, on l'a souligné maintes fois, par l'article 8 de la Conv. E. D. H., une illustration paroxystique pouvant être trouvée dans l'arrêt K. A. et A. D.

575. Ainsi, des relations sexuelles entre adultes consentants peuvent être exercées de façon tout à fait autonome. Remarquons également que depuis de nombreuses années, la Cour protectrice des droits fondamentaux n'a de cesse de protéger la liberté sexuelle – c'est-à-dire la liberté d'adopter les pratiques sexuelles de son choix - comme relevant du domaine de la vie privée. Rappelons ainsi sa jurisprudence relative aux pratiques homosexuelles, qui sont protégées par la Cour de Strasbourg au titre du droit au respect de la vie privée. A l'instar de toute relation hétérosexuelle, chaque individu a le droit de mener la vie sexuelle de son choix, en accord avec son identité profonde⁶³⁹.

576. Ainsi, tout comme en droit européen des libertés fondamentales, il n'est pas contestable que l'autonomie sexuelle est, en principe, acquise en droit français en application de l'autonomie personnelle. Chacun peut mener les pratiques sexuelles de son choix, qu'elles soient homosexuelles, hétérosexuelles, ou encore bisexuelles, sous réserve bien entendu qu'elles

⁶³⁸ Remarquons qu'est pénalement sanctionné, à l'article 227-25 du Code pénal, « *Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans* », autrement dit le fait, pour un majeur, d'entretenir des relations sexuelles consenties par un mineur.

⁶³⁹ Ainsi, la Cour de Strasbourg juge dans un arrêt Dudgeon contre Royaume-Uni que l'accomplissement d'actes homosexuels en privé entre adultes consentants ne saurait faire l'objet d'une répression pénale, même s'il peut « *heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale* » : v. C.E.D.H., Dudgeon c/Royaume-Uni, 22 oct. 1981, F. Sudre et alii, *G.A.D.E.C.H., op. cit.*, n°37, §30. La Cour E.D.H. juge également dans un arrêt Mata Estevez contre Espagne que « *les relations lesbiennes ou homosexuelles durables relèvent de la vie privée d'une manière générale* » : v. C.E.D.H., Mata Estevez c/Espagne, 10 mai 2001, n°56501/00. Sur la question de la liberté sexuelle, v. D. Borrillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle, op. cit.* ; O. de Tissot, *La liberté sexuelle et la loi*, Balland, 1984.

soient pratiquées entre adultes consentants. Dans ce domaine, une évolution libérale supplémentaire semble peu envisageable, sauf à imaginer supprimer ou atténuer des principes fondamentaux de l'ordre public pénal comme l'interdiction d'obliger autrui à avoir des relations sexuelles, ou encore l'interdiction fondamentale de l'inceste, ce qui est inconcevable.

577. Plus raisonnablement, une évolution libérale inédite pourrait avoir lieu concernant la vie sexuelle du majeur protégé, par le truchement de l'assistance sexuelle.

B- La possibilité d'une assistance sexuelle pour les majeurs protégés

578. L'autonomie sexuelle concerne également le majeur protégé, qui dispose en théorie de la liberté de mener la vie sexuelle de son choix. En effet, son incapacité d'exercice ne lui interdit aucunement d'entretenir des relations personnelles avec des tiers... si tant est qu'il en est physiquement capable. Or, les majeurs protégés en situation de handicap mental et/ou physique (par exemple en cas de tétraplégie) peuvent se retrouver inaptes, pour les raisons pratiques que l'on imagine, à mener une vie sexuelle, faute d'y avoir accès.

579. Si cette question n'a suscité que peu d'émoi pendant longtemps, elle commence à éveiller un intérêt social, politique et juridique, comme en témoigne le rapport sur le handicap, *Passer de la prise en charge... à la prise en compte*, remis par M. J.-F. Chossy, membre Honoraire du Parlement, à M. le Premier Ministre et à Mme la Ministre des Solidarités et de la Cohésion sociale en novembre 2011⁶⁴⁰. Ce rapport propose une modification du droit français qui est loin d'être anodine, sous le prisme de l'autonomie personnelle. En effet, à l'instar de ce qui existe déjà en Allemagne, aux Pays-Bas, ou encore en Suisse, il s'agirait de consacrer légalement la possibilité,

⁶⁴⁰ J.-F. Chossy, *Passer de la prise en charge... à la prise en compte*, rapport remis à M. F. Fillon, Premier Ministre, Mme R. Bachelot-Narquin, Ministre des Solidarités et de la Cohésion sociale, Mme M.-A. Montchamp, Secrétaire d'Etat, nov. 2011.

pour des majeurs en situation de handicap (placés ou non sous un régime de protection) de « recevoir l'assistance humaine nécessaire à l'expression de sa sexualité »⁶⁴¹ grâce aux services d'un assistant sexuel⁶⁴². Or, cela impliquerait bien entendu de créer la profession d'assistant sexuel, et par là-même d'instaurer une exception en droit français aux infractions de prostitution (sanctionnée sous la forme du racolage public, art. 225-10-1 C.P.) et de proxénétisme (art. 225-5 à 225-10 C.P.). Porté par le principe d'égalité, il est dès lors tout à fait envisageable que le législateur français consacre, dans un futur plus ou moins proche, la possibilité pour les majeurs en situation de handicap de bénéficier des prestations d'un assistant sexuel, pourquoi pas sous la pression de la Cour de Strasbourg qu'il est permis d'imaginer consacrer le droit à avoir accès à une vie sexuelle... En effet, l'assistance sexuelle serait réalisée pour garantir la dignité du bénéficiaire, et ainsi lui permettre « [d']accéder à la connaissance de son propre corps, d'avoir la possibilité de vivre ses passions, ses émotions, ses besoins et ses envies, de découvrir l'autre avec « l'estime de soi » dans une approche d'émotions et pourquoi pas d'amour »⁶⁴³. Or, la Cour de Strasbourg ne protège-t-elle pas le droit à l'épanouissement personnel comme manifestation du principe d'autonomie personnelle⁶⁴⁴ ?

580. Si la profession d'assistant sexuelle était autorisée, on aboutirait alors, en droit français, à une réception tout à fait aboutie du principe d'autonomie personnelle dans le domaine de la vie sexuelle. En effet, s'agissant d'une part du bénéficiaire des prestations de l'assistant, son autonomie sexuelle se verrait concrétisée grâce à l'aide matérielle apportée, s'agissant d'autre part de l'assistant sexuel, il disposerait de sa sexualité comme d'un service contre rémunération, qui, quoi qu'on en pense, entrerait dès lors dans le commerce

⁶⁴¹ Rapp. préc., p. 109.

⁶⁴² Cet assistant ne serait pas un bénévole mais un professionnel rémunéré ayant reçu une formation spécifique. V. Rapp. préc., p. 106.

⁶⁴³ Rapp. préc., p. 104.

⁶⁴⁴ C.E.D.H., K.A. et A.D. c/Belgique, 17 févr. 2005, préc., §83.

juridique et économique.

581. Malgré la possibilité d'une évolution libérale en matière de disposition corporelle, il est probable que le droit français restera hermétique à une réception aboutie du principe d'autonomie personnelle, en raison d'un ordre public pérenne visant à protéger la personne contre elle-même et contre les tiers.

Section 2 : Une évolution nécessairement limitée au regard de la pérennité de l'ordre public

582. En dépit des apparences, l'ordre public en droit français est pérenne : l'impression de sa disparition contemporaine est trompeuse. En effet, la doctrine actuelle montre que loin de s'effacer, l'ordre public se modifie et reste efficace, tant d'un point de vue fondamental que fonctionnel. Selon un auteur, la matière médicale et biomédicale en constituent une illustration remarquable⁶⁴⁵, alors même que le pouvoir des volontés individuelles n'a jamais semblé aussi pregnant. Ainsi, après une étude de ce nouvel ordre public adapté au domaine du corps humain (§1), nous montrerons comment il limite l'autonomie personnelle dans les domaines où la Cour de Strasbourg le consacre (§2).

⁶⁴⁵ I. Maradeix Poudensan, *Essai sur l'évolution de l'ordre public à partir de son application en matière médicale et biomédicale ou vers un ordre public de gestion*, Thèse Pau, 2007.

§1 : Un ordre public adapté au domaine du corps humain

583. L'ordre public innerve toujours le droit français, et, contrairement aux apparences, la progression évidente de l'autonomie personnelle ne marque pas son retrait. Ainsi, la doctrine montre que ces deux concepts sont conciliés. La pérennité de l'ordre public en droit français (A) n'a d'égal que son redéploiement pragmatique, dont la matière qui nous intéresse est un exemple remarquable (B).

A- Un ordre public pérenne

584. Traditionnellement, l'ordre public renvoie à un ordre social impératif qui transcende les volontés individuelles, un socle d'interdits homogène (1). Aujourd'hui, il correspond davantage à un ordre accompagnateur des volontés individuelles, flexible en fonction de la matière (2).

1- L'ordre public impératif

585. Quiconque s'est essayé à définir l'ordre public s'est confronté à la nébulosité de la notion. La doctrine, dans son ensemble, fait ce constat décourageant, voire défaitiste⁶⁴⁶. « M. Malaurie a recensé plus de vingt définitions sans pour autant constater que l'une d'entre elles était satisfaisante. Il en a d'ailleurs proposé une qui a été souvent reprise : « L'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité » », écrivent MM. J. Hauser et J.-J.

⁶⁴⁶ V. par ex. J. Hauser et J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz* ; M. Azavant, *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse Pau, 2002 ; M.-N. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen, 11-12 mai 2000*, Bruylant, Bruxelles, 2001 ; Th. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle*, Dalloz, 1996.

Lemouland. Ainsi, si une définition précise échappe au juriste, il sait par intuition que l'ordre public renvoie, tels que les termes qui composent la notion l'indiquent, à un ordonnancement social nécessaire à la perpétuation de la société, assuré par l'Etat. Celui-ci, par le biais de la règle de droit notamment, qu'elle soit législative ou prétorienne, met en œuvre cette mission indispensable. L'idée essentielle est que l'ordre social ne doit pas être perturbé par les actions individuelles – mieux, il les transcende.

586. Traditionnellement, l'ordre public est donc présenté comme un devoir-être impératif – même s'il ne se réduit pas à l'impérativité -, directif, constituant « *l'antithèse de la liberté individuelle contractuelle, (...), une barrière à l'autonomie individuelle* »⁶⁴⁷, puisque l'article 6 du Code civil pose en principe : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

587. A l'heure actuelle, cette conception se révèle anachronique. Elle correspond à l'ordre public tel qu'il était conçu au 19^{ème} siècle, lorsque que l'Etat mettait en œuvre des fonctions régaliennes et qu'il était alors indispensable de « *veill[er] à ce que le jeu contractuel n'ébranle pas les colonnes de la cité – Etat, famille, bonnes mœurs* »⁶⁴⁸. L'ordre public contemporain se montre davantage protecteur, et surtout, il accompagne au lieu de prohiber.

2- L'ordre public flexible

588. L'ordre public a évolué avec la façon dont l'Etat conçoit son rôle et les fonctions y afférent. Ainsi, il se recentre désormais sur celui d'un Etat providence, ce qui a eu pour corollaire une transformation à la fois matérielle et fonctionnelle de l'ordre public. Ce dernier se fait plus discret, plus subtil, plus protecteur, ce qui, en effet, peut faire penser à une lente disparition. En

⁶⁴⁷ J. Hauser et J.-J. Lemouland, préc., p. 8.

⁶⁴⁸ M. Azavant, th. préc., p. 10.

réalité, l'ordre public est pérenne, seulement il « *apparaît comme un standard juridique, une notion transversale qui imprègne le droit dans son intégralité, participe à sa formation, son évolution, en assurant son homogénéité, une cohérence globale du système. En somme, nonobstant des disparités circonstancielles, l'ordre public (...) désigne toujours ce qui est jugé suffisamment important à un moment donné et dans une société donnée pour que l'Etat en assure par différents moyens juridiques exorbitants du droit commun la préservation ou la promotion* », explique de manière éclairante M. M. Azavant⁶⁴⁹.

589. L'ordre public contemporain est donc plus pragmatique, donc plus diffus, mais il n'en innove pas moins le droit. Dans cette adaptation actuelle, l'ordre public devient plus ou moins protecteur ou dirigiste selon la politique menée par l'Etat. Ainsi, il est classique de présenter l'ordre public pénal comme un ordre public dirigiste, dès lors que par son truchement, ce sont des valeurs fondamentales, auxquelles il ne doit pas être dérogé, que l'Etat souhaite faire respecter – interdit de tuer, de voler, de frauder, etc. De manière logique, les volontés individuelles doivent céder devant la transcendance étatique. Il est également usuel de présenter le droit de la consommation comme sous-tendu par un ordre public de protection, puisque, par le biais de ses règles, il s'agit davantage de sauvegarder l'intérêt d'une catégorie particulière d'acteur économique, le consommateur, que d'imposer une police économique. Toutefois, une telle présentation n'est pas figée et l'ordre public est, dans chacune de ces matières, plus ou moins protecteur, plus ou moins dirigiste, en fonction de ce que l'Etat juge fondamental et des intérêts qu'il souhaite protéger.

590. A cet égard, le droit de la famille constitue un exemple remarquable. Au 19^{ème} siècle, l'ordre public familial est, avec raison, présenté comme dirigiste. L'Etat impose alors un cadre normé de la formation du couple et de la

⁶⁴⁹ M. Azavant, th. préc., p. 15.

procréation qui en découle, notamment par le mariage monogame, l'obéissance de l'épouse à son mari, le statut défavorable de l'enfant adultérin. Néanmoins, on souligne au milieu du 20^{ème} siècle son retrait de la matière, assistant à un épanouissement des volontés individuelles – la reconnaissance juridique du concubinage, l'égalité entre les enfants, la facilitation du divorce en sont des exemples. Or, depuis quelques années, on assisterait, en sens inverse, à un reflux de l'ordre public en droit de la famille, dont les lois sévères visant à lutter contre les mariages simulés ou encore le renforcement du rôle du ministère public en droit de la filiation en constituent des illustrations... malgré les circonvolutions de la notion, force est donc de constater que, pour l'heure, l'ordre public existe encore et toujours en droit français.

591. Mieux, non seulement l'ordre public est toujours vivace, mais encore, les volontés individuelles, loin de représenter une menace pour celui-ci, sont en réalité instrumentalisées par l'Etat, à son service, comme l'explique M. M. Azavant : « [L]a configuration actuelle de la matière implique que le processus de structuration du social prenne en compte l'individu. Aussi, assiste-t-on à une transformation des modes de régulation juridique (...). Les auteurs décrivent ainsi une régulation qui semble plus de nos jours reposer sur l'immanence que sur la transcendance, sur une auto-référence sociale que sur un ordre externe relevant d'injonctions d'un pouvoir central, sur une participation plus que sur une imposition. Les sources du droit (...) en portent les traces (...) non seulement la volonté individuelle n'est pas systématiquement contraire aux objectifs d'ordre public (...), mais elle est même souvent instrumentalisée à dessein de les réaliser. Plus discret, plus négocié et plus consensuel, le contrôle social n'est pas moins efficace. L'intégration des volontés individuelles dans la matière lui confère simplement davantage de flexibilité », remarque-t-il. Ainsi, « [L]e recentrage de l'ordre public sur l'individu a permis d'inscrire la volonté individuelle dans le processus de

*régulation juridique mis en place par l'Etat »*⁶⁵⁰. L'objectif d'ordonnement social ne peut donc être atteint que plus aisément, puisque les individus, à travers leurs actions (qu'ils croient ?) subjectives, encadrées par l'Etat – mariage, conclusion d'un P. A. C. S., reconnaissance d'un enfant naturel, divorce par consentement mutuel - oeuvrent en réalité pour ce dernier en assurant le respect de l'ordre public.

592. Au regard d'un constat général de subjectivisation du droit contemporain, nul doute qu'une telle observation est transposable aux autres branches du droit. Ainsi, pour la matière qui nous intéresse, l'ordre public n'a pas disparu, au contraire. En effet, malgré la place croissante accordée aux volontés individuelles en matière médicale et biomédicale, et plus globalement s'agissant du corps humain, l'Etat continue de protéger une valeur qu'il considère essentielle : le respect dû au corps humain, que ce soit de la part des tiers ou de l'individu lui-même. A ce titre, le principe de dignité joue un rôle fondamental depuis une quinzaine d'années. Il innerve un ordre public nécessairement pragmatique, qui, sous couvert de céder la place à l'autonomie personnelle, prévient de dangereux débordements.

B- Un ordre public corporel innervé par le principe de dignité

593. Le retrait apparent de l'ordre public en la matière **(1)** n'a d'égal que sa subtile durabilité, fondée par le principe essentiel de dignité humaine **(2)**.

1- Un retrait apparent de l'ordre public

594. L'ordre public dans le domaine du corps humain, ou ordre public corporel, semble mu, depuis une quinzaine d'années, soit depuis l'accélération des progrès médicaux et scientifiques en matière de procréation,

⁶⁵⁰ M. Azavant, th. préc., pp. 21-22.

par l'objectif d'épanouissement individuel. La matière procréative en est un exemple remarquable. Tout se passe comme s'il existait un « droit à l'enfant » devant garantir à tout un chacun (les couples, mais également les célibataires) le bénéfice des techniques scientifiques permettant la procréation artificielle, afin de réaliser un projet de vie que constitue la fondation d'une famille. Dans cette logique, la préférence pour les techniques de P. M. A. au détriment de l'adoption s'explique alors par la volonté de se perpétuer en transmettant ses propres gènes à sa descendance⁶⁵¹.

595. Ainsi, depuis les années 1970 qui ont vu naître les lois autorisant la prise de contraceptifs oraux et celle de l'I. V. G., le droit médical et biomédical semble au service des volontés individuelles en matière de procréation, en rendant accessibles à une majorité de la population⁶⁵² des techniques scientifiques autrefois inespérées, leur permettant de pallier leur stérilité. Parallèlement à cette démocratisation de la P. M. A., on observe un désengagement apparent de l'Etat dans la matière d'ordre public que constitue traditionnellement le corps humain. Jamais ce dernier n'a semblé aussi aisé d'accès, à la fois au scientifique, au médecin, ainsi qu'au patient.

596. Ainsi, le principe d'indisponibilité du corps humain semble bien affaibli. La doctrine contemporaine souligne à l'envi sinon sa disparition, du moins son déclin⁶⁵³. D'ailleurs, on remarque que le législateur ne l'a pas choisi en 1994 pour figurer dans le Code civil, lui préférant le principe de non-patrimonialité,⁶⁵⁴ qui n'interdit pas, malgré les apparences, sa disponibilité.

⁶⁵¹ V. Sénat, rapp. n°421, préc.

⁶⁵² Cette accessibilité est surtout rendue possible par la prise en charge du coût du processus global de la P.M.A. par l'assurance maladie. Ainsi par exemple, l'assurance maladie rembourse une insémination artificielle par cycle menstruel de la femme – dans la limite de six pour l'obtention d'une grossesse –, ainsi que les traitements de stimulation ovarienne, la ponction ovarienne, la fécondation en laboratoire, la congélation des embryons surnuméraires, etc.

⁶⁵³ M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *R.T.D. civ.* 1992. 489.

⁶⁵⁴ Art. 16-1 C. civ.

597. Que l'on se rassure pourtant, l'ordre public ne s'est pas retiré du domaine intéressant la procréation, et, plus généralement, le corps humain.

2- Un ordre public durable fondé sur le principe de dignité

598. Les auteurs soulignent que les principes énumérés aux articles 16 et suivants du Code civil, issus de la première loi bioéthique de 1994, constituent un reflux indéniable de l'ordre public en cette matière⁶⁵⁵. D'ailleurs, l'article 16-9 qualifie expressément ces dispositions comme étant d'ordre public.

599. Le principe dont découlent tous les autres, et sur lequel nous voudrions de nouveau insister, est celui de dignité de la personne humaine. Il est consacré à l'article 16 du Code civil, lequel introduit le chapitre dédié au respect du corps humain. Rappelons-le, ce principe est élevé au rang constitutionnel dans une décision du 27 juillet 1994⁶⁵⁶. Ainsi, le principe de dignité qui assure la préservation de ce qu'il y a de plus précieux chez l'homme se voit habillé de la valeur normative la plus élevée, afin de lui garantir une protection des plus efficace.

600. Pourquoi alors s'alarmer de ce que l'ordre public disparaîtrait du domaine du corps humain ? Car, malgré la consécration du principe, le constat est bien là. Le principe de dignité serait-il un affichage terminologique, et rien d'autre ? Une réponse négative s'impose. La disparition de l'ordre public en la matière est une illusion. En premier lieu, nous venons de voir qu'il bénéficie de la valeur constitutionnelle. Or, cela implique d'une part son respect inconditionnel en tant que tel, d'autre part celui des principes qui en découlent : le principe de primauté de la personne humaine, celui de respect de l'être humain dès le commencement de la vie, de l'intégrité de l'espèce humaine, d'inviolabilité du corps humain, d'intégrité et

⁶⁵⁵ V. J. Hauser et J.-J. Lemouland, préc., p. 20.

⁶⁵⁶ Cons. const. 27 juill. 1994, *D. C.* 94-343/344, v. *supra*, p. 20.

de non patrimonialité. Certes, ils ne bénéficient pas de la valeur constitutionnelle, mais le juge constitutionnel précise qu'ils « *tendent à assurer le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ». Ainsi, « *au plan constitutionnel « certaines des notions corrélées à la dignité de la personne humaine constituent ce que la doctrine appelle des « principes sentinelles », c'est-à-dire des principes qui n'ont pas en eux-mêmes rang constitutionnel, mais qui sont les garants de principes constitutionnels. De tels principes ne peuvent être touchés par le législateur sans déclencher une sorte d' « alerte constitutionnelle »* »⁶⁵⁷.

601. En second lieu, le juge, relai essentiel des objectifs étatiques d'ordre public, n'hésite pas à sanctionner de nullité absolue un contrat s'il est contraire au principe de dignité, et, le cas échéant, refuse de reconnaître des situations trouvant leur genèse dans un tel contrat – l'exemple du refus de reconnaître le lien de filiation, en droit français, d'enfants nés de mères porteuses américaines en constitue une illustration. Citons également la reconnaissance explicite, par le Conseil d'Etat, du principe de dignité comme composante de l'ordre public. En effet, dans son célèbre arrêt d'Assemblée du 27 octobre 1995 vu précédemment⁶⁵⁸, il juge « *qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une atteinte qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine* ». Cet ordre public composé, entre autre, du respect de la dignité de la personne humaine⁶⁵⁹ a également été interrogé s'agissant de l'élaboration de la loi du 11 octobre 2010

⁶⁵⁷ J.-E. Schoettl, « Brevetabilité des gènes, le droit communautaire et la Constitution », note ss. C.C. 29 juill. 2004, *Petites Affiches* 17 août 2004, n°164, p. 3, cité par I. Maradeix Poudensan, th. préc., p. 83.

⁶⁵⁸ C.E. Ass. 25 oct. 1995, Commune de Morsang sur Orge, *R.F.D.A.* 1995, 1204, concl. R. Frydman. V. *supra*, p. 219 et s.

⁶⁵⁹ Cet ordre public dit « immatériel » se compose également de la moralité publique.

interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁶⁶⁰. « Quant à l'hypothèse selon laquelle [la] dissimulation [du visage] serait en elle-même attentatoire à la dignité de la personne humaine, elle (...) soulève la difficile question de savoir si une personne peut légalement, de son propre gré, adopter un comportement contraire à sa propre dignité dans une société comme la nôtre »⁶⁶¹.

602. En droit privé, le principe de dignité constitue ainsi la pierre angulaire du respect du corps humain, qu'il s'agisse des domaines de la fin de vie, de la procréation ou encore de la vie sexuelle. L'évidence veut alors que le principe d'autonomie personnelle, qui implique une disposition corporelle susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique et morale de l'individu, celle-ci pouvant être d'une gravité extrême, trouve des barrières en droit français. Il est indispensable de souligner que le principe de dignité dont il s'agit est pris dans sa conception fondamentale, qui trouve ses sources dans la religion chrétienne. En effet, nous avons souligné plus avant que seule cette dignité est normative et constitue un rempart contre les excès dont le corps humain est susceptible d'être l'objet.

603. Un auteur qualifie ainsi la dignité, en droit privé, de « *principe général (...), garde fou des excès du droit* ». En cela, il reprend la terminologie employée par la Cour de cassation⁶⁶². En effet ce principe, à n'en pas douter, innerve particulièrement les branches du droit intéressant le corps humain.

604. De la même manière que ce qui a été observé s'agissant du droit de la famille, le principe de dignité est garanti de manière subtile en matière médicale et biomédicale. Afin de s'assurer que le corps humain n'est pas instrumentalisé, l'Etat préfère, à une interdiction de principe, des interdictions

⁶⁶⁰ Loi n°2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *J.O.* 12 oct. 2010. V. la décision du Cons. const., 7 oct. 2010 sur le site internet du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶⁶¹ C.E., rapp. préc., p. 25.

⁶⁶² I. Maradeix Poudensan, th. préc., p. 93, renvoyant à P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *J.C.P.* 2001, I, 306, p. 589.

au cas par cas, et, le cas échéant, des sanctions pragmatiques. Mieux, toujours dans son rôle d'accompagnateur, l'Etat providence garantit plus qu'il n'interdit. Ainsi, s'agissant du corps humain, le législateur a pris acte du déclin du paternalisme médical et consacre juridiquement et symboliquement les droits du patient dans la loi du 4 mars 2002, y compris du patient mourant. Il pallie également les problèmes de fertilité des couples et leur assure qu'il met tout en œuvre pour y remédier grâce aux techniques de procréation médicalement assistée, consacrées, est-il besoin de le rappeler, dans la loi du 29 juillet 1994. Même l'épanouissement dans sa vie sexuelle doit être garanti par l'Etat, et ce dès le plus jeune âge, puisqu'une femme doit avoir accès à une contraception, quand bien même elle serait mineure, et, si elle tombe enceinte, elle doit avoir la possibilité d'avorter. Remarquons également que le préjudice sexuel est réparé par le juge, qu'il s'agisse d'atteinte à la fonction sexuelle, d'atteinte à la fonction de reproduction ou d'atteinte à la fonction érotique⁶⁶³. En font partie l'impuissance, le trouble de l'éjaculation, la douleur lors des rapports sexuels, qui constituent des atteintes à des relations sexuelles épanouissantes.

605. Dans ce rôle d'accompagnateur plus que de gendarme, l'ordre public imposé par l'Etat « *ne se limit[e] plus à un rôle négatif de préservation de quelques principes de civilisation* », mais « *voit désormais son mode opératoire s'étoffer : aux interdictions, aux annulations s'ajoutent la réglementation, le dirigisme, le contrôle, la correction* »⁶⁶⁴. L'ordre public se moule dans ces nouveaux objectifs étatiques qui sont utilisés « *non seulement pour préserver, mais aussi pour promouvoir des valeurs – des libertés, qu'elles soient publiques ou individuelles, des valeurs d'égalité, qu'elles soient réelles ou formelles, des valeurs de fraternité, qu'elles touchent à l'altruisme et à la solidarité – pourvu qu'elles soient fondamentales ou*

⁶⁶³ B. Py, *Le sexe et le droit*, op. cit., p. 15.

⁶⁶⁴ I. Maradeix Poudensan, th. préc., p. 42, citant M. Azavant, th. préc., p. 12.

jugées comme telles à un moment donné »⁶⁶⁵. Ce nouvel ordre public s'adapte, est davantage consensuel. A cet égard, il a pu être qualifié d'ordre public de gestion⁶⁶⁶, sans doute entre les deux qualificatifs traditionnels de direction et de protection. Pour autant, *in fine*, il prévient ou répare des atteintes au corps humain attentatoires à sa dignité. Plus subtil, il n'est pas moins contraignant. C'est ce que nous allons constater s'agissant des trois domaines étudiés plus avant : la fin de vie, la procréation et la vie sexuelle.

§2 : Un ordre public pérenne en matière de fin de vie, de procréation et de vie sexuelle

606. Les trois domaines de l'existence que sont la fin de vie **(A)**, la procréation **(B)** et la vie sexuelle **(C)** constituent des illustrations de ce qui a été montré précédemment.

A- La fin de vie

607. Le principe de dignité interdit l'euthanasie active **(1)** et impose la préservation de la qualité de la vie par les soins palliatifs **(2)**.

1- L'interdiction de l'euthanasie active

608. En dépit de ce qui a été observé plus haut, l'ordre public corporel fondé sur le principe de dignité de la personne constitue une barrière à une disposition corporelle consacrée en droit, consistant à se donner la mort.

⁶⁶⁵ I. Maradeix Poudensan, th. préc., p. 43.

⁶⁶⁶ I. Maradeix Poudensan, th. préc.

Ainsi, conformément au principe de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, consacré par l'article 16 du Code civil, « *il n'est pas possible de déduire du droit à la vie un droit de disposer de sa vie et d'organiser sa mort* »⁶⁶⁷. Si les textes permettent effectivement de se laisser mourir lorsque la situation est désespérée, ils interdisent en revanche d'être tué sur demande.

609. Ainsi, la loi du 22 avril 2005 refuse de consacrer l'euthanasie active, à l'instar de ce qui existe déjà en Belgique ou aux Pays-Bas par exemple. De la même manière, les textes interdisent que quiconque qui se prête à des recherches biomédicales prenne des risques inconsidérés pour sa santé, l'article L. 1121-2 du Code de la santé publique posant en principe qu' « *Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain (...) si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes et l'intérêt de la recherche* ».

610. En tous les cas, « *L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société* » (même article). Dans une logique similaire, le prélèvement d'organe sur une personne vivante n'est possible que si le donneur n'encourt pas de risque vital ce faisant. Rappelons également que, toujours dans cet objectif de préservation de la vie humaine, tout traitement thérapeutique doit systématiquement être guidé par le principe de raison proportionnée, que nous développons plus avant⁶⁶⁸.

611. La préservation de la vie humaine, parce que l'homme est un être digne, constitue donc un objectif essentiel du droit médical et biomédical. Cela explique que le législateur refuse toujours, pour l'heure, d'autoriser l'euthanasie active. L'ordre public corporel l'interdit. Toute vie doit être vécue et respectée jusqu'à ce qu'elle prenne fin par une cause exogène au patient ou à un tiers. Le droit français prend donc le parti d'accompagner la fin de vie,

⁶⁶⁷ J. Hauser et J.-J. Lemouland, préc., p. 21.

⁶⁶⁸ V. *supra*, Partie I, p. 125 et s.

plutôt que d'y mettre un terme, la dignité humaine imposant justement que tous les moyens soient mis en œuvre afin de soulager au maximum la souffrance, tant physique que psychologique, du patient.

2- La préservation de la qualité de la vie par les soins palliatifs

612. A ce titre, la loi Leonetti, complétée par celle sus citée du 2 mars 2010, vise à promouvoir les soins palliatifs. L'objectif affiché de la loi du 22 avril 2005 se situe, dès lors, en sens contraire de ce qu'aurait impliqué une autorisation de l'euthanasie, les soins palliatifs étant précisément antinomiques à cette dernière. Ces soins constituent, si l'on peut dire, la manifestation par excellence de l'ordre public corporel fondé sur le principe de dignité pour ce qui est relatif au corps humain. Définis comme « *tout ce qui reste à faire quand il n'y a plus rien à faire* », les soins palliatifs visent à traiter non seulement « *les douleurs physiques, mais aussi la « totale pain* », la souffrance totale »⁶⁶⁹. Ceux-ci, « *considérant la personne comme un être vivant et la mort comme un processus naturel, ont dès l'origine été pensés comme une réponse aux demandes d'euthanasie et leurs défenseurs sont parfois violemment critiqués par les tenants d'un droit à l'euthanasie* », souligne le rapport Leonetti sur l'accompagnement de la fin de vie. En cela, il rejoint une décision rendue le 26 juin 1999 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui condamne sans détours la pratique de l'euthanasie, toujours au regard du respect du principe de dignité de la personne humaine : « *Respecter et protéger la dignité d'un malade incurable ou d'un mourant, c'est avant tout créer autour de lui un environnement approprié lui permettant de mourir dans la dignité. Priorité doit donc être donnée au développement des soins palliatifs et des traitements anti*

⁶⁶⁹ Assemblée Nationale, rapport n°1708 fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, présidé par Jean Leonetti, 30 juin 2004. Définition empruntée à Dame Cicely Saunders, fondatrice de la première unité de soins palliatifs à Londres.

douleurs ainsi qu'à l'accompagnement social et psychologique des malades et des familles (...) [étant absolument interdit] de mettre intentionnellement fin à leur vie »⁶⁷⁰. Les soins palliatifs s'opposent, de toute évidence, à l'euthanasie. Il a d'ailleurs été démontré que le soulagement de la souffrance d'un patient par des soins adaptés lui ôte toute envie de mort : ce sont bel et bien les souffrances psychologiques et physiques, causes d'une détresse profonde, qui sont à l'origine d'une demande euthanasique.

613. Le législateur a donc pris le parti de promouvoir ces soins tout à fait singuliers, qui s'organisent autour de la maladie du patient et qui ont pour objectif d'assurer sa dignité. Obéissant à l'objectif de « *prendre en compte (...) les souffrances des malades en fin de vie, ainsi que les familles, y compris après la mort du malade, [ils] impliquent (...) le concours d'un personnel médical spécialisé et compétent, de bénévoles et même de la famille proche. Ces soins peuvent être prodigués à l'hôpital ou au domicile »⁶⁷¹. Ils consistent, selon l'article L. 1110-10 du Code de la santé publique, en « *des soins actifs et continus (...). Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage ».**

614. Remarquons que la loi du 22 avril 2005 prolonge et finalise sans doute une cause étatique qui a déjà été l'objet d'une loi du 9 juin 1999⁶⁷² consacrant le droit de toute personne malade dont l'état le requiert d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement, ainsi que celle, suscitée, du 4 mars 2002 qui prévoit, à l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique, que la vie digne de la personne doit être assurée jusqu'à la mort.

615. Pour résumer, la loi Leonetti souhaite améliorer les soins palliatifs s'agissant tant de leur fonctionnement que de leur accès aux patients. L'égalité dans l'accès à ces soins constitue donc l'une des priorités du

⁶⁷⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, décision du 26 juin 1999.

⁶⁷¹ D. Vigneau, préc., p. 870.

⁶⁷² Loi n°99-477 du 9 juin 1999, J.O. 10 juin 1999.

dispositif légal. Ainsi, elle incite « *les pouvoirs publics à promouvoir les efforts engagés en matière de soins palliatifs en imposant l'obligation de créer des lits identifiés et des référents dans ce type de soins au sein de chaque grand service assurant une activité de soins palliatifs* ». Ensuite les « *établissements publics de santé* » doivent présenter un « *projet médical (...) défini[ssant] l'ensemble des mesures propres à assurer les soins palliatifs que l'état des personnes accueillies requiert (...). Le projet d'établissement comporte également les actions de coopération nécessaires à la réalisation du projet relatif aux soins palliatifs* »⁶⁷³. Enfin, toujours dans l'objectif d'améliorer les soins palliatifs, un Observatoire national de la fin de vie a été créé, dont la mission est d' « *indique[r] les besoins d'information du public et des professionnels de santé à partir des conditions de la fin de vie et des pratiques médicales qui s'y rapportent* »⁶⁷⁴.

616. On retrouve donc, dans le domaine de la fin de vie, l'ordre public consensuel, subtil, décrit précédemment. Sous tendu par l'objectif de protéger, d'accompagner le malade jusqu'à ses derniers instants de vie, mais, en corollaire, de constituer un obstacle à des appétits mortifères, il est tout à la fois protecteur et dirigiste, donc pragmatique, ou encore gestionnaire, pour reprendre le terme employé par un auteur⁶⁷⁵. Porteur de valeurs actuelles, c'est un ordre public « démocratique » qui impose, par exemple, que de tels soins soient accessibles, dans les mêmes conditions, à chacun. En effet, le principe de dignité, qui innerve cet ordre public, serait ruiné si de tels soins n'étaient accessibles qu'à une partie de la population, car, rappelons-le, la dignité ne s'individualise pas et porter atteinte à celle d'un individu en ne lui permettant pas d'accéder aux soins nécessaires revient à porter atteinte à la dignité de tous les individus. C'est l'être humain qui est protégé, dans son entité la plus fondamentale.

⁶⁷³ D. Vigneau, préc., p. 872.

⁶⁷⁴ J.O. 21 févr. 2010, décret n°2010-158 du 19 févr. 2010 portant création de l'Observatoire national de la fin de vie, J.O. 21 févr. 2010.

⁶⁷⁵ I. Maradeix Poudensan, th. préc.

617. Nous allons voir que des raisons similaires guident le domaine de la procréation.

B- La maîtrise de la procréation

618. L'ordre public en la matière est principalement illustré par la condamnation de la maternité pour autrui (1) et dans une moindre mesure par le refus de légaliser le bénéfice de la P. M. A. aux couples de femmes homosexuelles (2), l'ordre public consistant alors moins dans le respect de la dignité humaine que dans l'ordonnement familial fondé sur l'altérité sexuelle.

1- La condamnation de la maternité pour autrui

619. L'ordre public fondé sur le principe de dignité reste également incontournable en matière de procréation. Depuis quelques années, il prend la forme de la condamnation *quasi* unanime de la pratique de la gestation pour autrui, tant par la jurisprudence, ainsi qu'on l'a montré *supra*, que par les instances ayant autorité en la matière⁶⁷⁶. L'avis rendu par le C. C. N. E. le 1^{er} avril 2010 en constitue un exemple remarquable. Celui-ci estime que « *Le respect de la dignité de la personne humaine, concept clé issu de la Déclaration des droits de l'homme de 1948 et repris dans de nombreux textes internationaux au soutien des droits de l'homme afin de se prémunir contre la barbarie ou l'esclavage, repose sur l'égalité de valeur de l'ensemble des êtres humains. La Dignité, qualité intrinsèque de l'humanité, interdit, dans une conception kantienne, de considérer l'homme seulement comme un moyen et de lui conférer un prix. Ce respect est*

⁶⁷⁶ V. Rapp. O.P.E.C.S.T., 20 nov. 2008, p. 156 ; rapp. Académie nationale de médecine, 10 mars 2009 ; rapp. C.E., 9 avr. 2009, *La révision des lois de bioéthique*, p. 48 ; Délib. Agence biomédecine n°2009-CO-38, 18 sept. 2009 ; Ordre des médecins, 4 févr. 2010.

*affirmé, dans le domaine de la bioéthique par les lois françaises et par le Conseil constitutionnel. Bien qu'il ne soit pas défini par la loi, il impose à tout un chacun le devoir de respecter la dignité d'autrui et fonde juridiquement des dispositions aussi diverses que celles qui interdisent la traite des êtres humains, l'esclavage moderne ou le harcèlement au travail (...). [I]l se dégage au sein du comité une très grande réserve à l'égard du sort que la G. P. A. ferait à la femme porteuse, certains se plaçant sous le signe de la dignité et d'autres se référant à l'image des femmes. Même si l'on peut admettre que certaines gestatrices agissent dans le cadre d'une liberté effective, il reste qu'on peut ne pas souhaiter que la société accepte ce qui apparaît comme une aliénation, fût-elle volontaire ». Le C. C. N. E. assimile donc la gestation pour autrui à une sorte d'esclavage moderne, quand bien même les mères porteuses candidates se jugent totalement libres, le Comité remarquant en outre que la situation sociale de ces femmes est très souvent inférieure à celle des couples d'intention. La gestation pour autrui conduirait donc, *in fine*, à une commercialisation du corps de la femme à laquelle l'Etat français se refuse. Or, le principe de dignité ne constitue-t-il pas « le seul obstacle à la mise sur le marché de l'humain »⁶⁷⁷ ?*

620. Remarquons, et il faut s'en réjouir, que ce principe essentiel d'ordre public est relayé non seulement par le juge, mais également par des instances pensantes dans le domaine médical, scientifique et éthique comme le C. C. N. E. Il s'agit d'un relai tout à fait inédit, illustratif, selon M. M. Azavant, de l'une des nouvelles figures de l'ordre public contemporain prenant sa source chez une autorité concurrente de l'Etat, ce qui ne devrait pas être concevable *a priori*, le C. C. N. E. abordant des questions juridiques alors que son rôle originel est bien défini, consistant à « donner un avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société

⁶⁷⁷ B. Matthieu, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.* 2005, la Tribune, p. 1649.

toute entière »⁶⁷⁸. L'auteur conclut alors qu' « *en fin de compte, l'Etat se trouve largement concurrencé par un intervenant extérieur au monde juridique* »⁶⁷⁹.

621. Si cet ordre public corporel se moule dans les avis d'instances *a priori* non juridiques, il n'en est pas moins efficace. On sait qu'ils sont pris en compte par le législateur, ces instances ayant acquis une influence non négligeable – en témoigne le processus de révision des lois de bioéthique. L'essentiel est que le refus d'une marchandisation du corps de la femme, mais aussi de l'enfant, les spéculations inacceptables concernant l'humain ne puissent être autorisées, cette hypothèse ne rendant d'ailleurs pas improbable, loin s'en faut, les craintes suscitées.

622. Rassurons-nous : la liberté de « louer »⁶⁸⁰ son ventre, pour reprendre les termes de M. B. Lemennicier, n'est pas, pour l'heure, en passe d'être consacrée par le législateur français. Celui-ci fait pourtant valoir des arguments convaincants pour qui considère que la société doit d'abord être gouvernée par de sombres appétits financiers. S'agissant de la gestation pour autrui, cet auteur n'hésite pas à affirmer que « *C'est parce que certains couples stériles attachent une très grande valeur aux enfants et à leur éducation qu'il y a un marché de la procréation artificielle (...). Il est heureux alors que ceux qui offrent ce service ne s'intéressent qu'aux seuls aspects monétaires, car ils sont alors incités à satisfaire l'intérêt des autres et non le leur* ». Il conclut alors audacieusement que « *les objections faites à l'instauration d'un marché libre des organes ou de la procréation artificielle ou du matériel génétique ne sont pas convaincantes au regard des effets socialement nuisibles qu'impose une interdiction de disposer librement de son corps* »⁶⁸¹ ! Espérons que le législateur résistera encore longtemps à une argumentation aussi effrayante, sachant que le principe d'autonomie

⁶⁷⁸ Article 1 du décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création du C.C.N.E., J.O. 25 févr. 1983.

⁶⁷⁹ M. Azavant, th. préc., p. 185.

⁶⁸⁰ B. Lemennicier, préc., p. 111.

⁶⁸¹ B. Lemennicier, préc., p. 122.

personnelle tel que consacré par la Cour E. D. H. peut représenter une brèche, en droit, à une telle marchandisation du corps humain. Rappelons qu'il est fondé sur la dignité subjective, qui n'interdit pas *a priori* une atteinte à l'humanité de l'homme.

2- Le refus de légaliser la P. M. A. au bénéfice des couples de femmes homosexuelles

623. Le maintien de l'interdiction du bénéfice de la P. M. A. pour les couples de femmes homosexuelles repose, de la même manière, sur l'ordre public, bien qu'il soit moins fondé sur la dignité humaine que sur l'organisation de la famille. Ainsi, c'est l'ordre public relatif à cette dernière qu'il s'agit de préserver, et, plus en amont, la perpétuation de la société.

624. En effet, il est admis que la famille, dans la société française, est ontologiquement fondée sur la dualité des sexes, qui seule permet la reproduction et donc la perpétuation de l'espèce. Il s'agit donc, en imposant le mariage monogame hétérosexuel comme organisation sociale autorisant le rapprochement des sexes, de canaliser les instincts sexuels de façon à assurer la pérennité de la société. *« L'encadrement de la sexualité humaine est depuis toujours un objet d'intérêt pour ceux qui ont la charge de diriger un groupe humain dans la mesure où il conditionne, au-delà des enjeux individuels, la survie de l'espèce toute entière. Chaque communauté humaine s'est dotée de règles destinées à empêcher que l'homme et la femme laissent libre cours à leurs pulsions. Il apparaît en effet que l'anarchie sexuelle, si paradisiaque qu'elle puisse sembler, est une source de conflits internes et de dangers externes pour toute une collectivité d'êtres vivants »*, remarque avec raison M. B. Py. Depuis une quinzaine d'années, le P. A. C. S. (article 515-1 C.civ.) et le concubinage (article 515-8 du même Code) sont d'autres formes d'organisation familiale reconnues en droit français, et, à la différence du mariage, elles peuvent être homosexuelles. Cependant, la

similarité de sexes constitue toujours un obstacle juridique à une P. M. A., puisqu'elle n'est autorisée qu'en cas d'infertilité pathologique. Le berceau de la famille reste donc le couple hétérosexuel.

625. De cette organisation sociale qui trouve ses racines dans l'union hétérosexuelle monogame découle une organisation socio-familiale fondée sur l'image paternelle et maternelle. Cette altérité sexuelle constitue ainsi, de manière évidente, la condition du développement équilibré des enfants. Cela assure, *in fine*, un ordre social : des individus s'étant construits de la sorte garantissent des adultes équilibrés qui eux-mêmes produisent des relations sociales équilibrées. Dès lors, autoriser un couple de femmes homosexuelles revient à renier ce modèle, et à prendre le risque d'une désorganisation sociale, trouvant ses racines d'une part dans le déséquilibre probable s'agissant du développement de l'enfant, privé du modèle parental classique, d'autre part dans la négation de l'altérité sexuelle comme mode normal de reproduction, plus indirectement dans celle de la relation sexuelle comme mode de fondation de la famille (cette apparence étant préservée, ainsi qu'on l'a montré, dans le cadre de la P. M. A.).

626. Autoriser la famille homosexuelle fondée sur un couple de femmes impliquerait, dès lors, une réorganisation d'ensemble des règles relatives à la famille, à la filiation contenues dans le Code civil⁶⁸², à laquelle le législateur français ne souhaite pas réfléchir pour le moment⁶⁸³. Pour l'heure, le couple hétérosexuel reste la base de la famille française.

⁶⁸² Cela a été souligné par M. Lamarche dans une note éclairante, « Deux femmes, un homme et une femme, deux hommes : quel mariage pour le troisième millénaire ? », *R.L.D.C.* 2004, pp. 33-38.

⁶⁸³ V. le rapp. de l'Assemblée nationale n°3111 constitué dans le cadre de la révision des lois de bioéthique, spéc. s'agissant des conditions d'accès à la P.M.A.

627. Enfin, il convient d'aborder le domaine des relations sexuelles dans lequel le principe d'autonomie personnelle devrait, *a priori*, trouver un terrain d'application remarquable et avoir pour effet, à l'instar de ce que l'on peut déduire de l'arrêt K. A. et A. D., un consentement tout puissant. Au contraire, le droit français reste très attaché à un ordre public fondé sur la dignité humaine et plus particulièrement sur le respect de l'intégrité du corps d'autrui.

C- Les relations sexuelles

628. Ainsi que nous l'avons écrit, la liberté sexuelle est à son apogée en droit français. Débarrassée des principes chrétiens, la vie sexuelle des personnes peut être menée de manière tout à fait libre, sans que le corps social, relayé par le droit, la condamne. Dès lors, les comportements sexuels autrefois considérés comme déviants comme l'homosexualité ou la bisexualité ne sont plus réprimés par le droit, sous peine d'être discriminatoires⁶⁸⁴. Bien entendu, une condition essentielle à cette liberté implique que ces relations se déroulent à l'abri des regards étrangers et entre adultes consentants. Il s'agit de notre postulat de départ, ce qui explique que nous n'étudierons pas des thèmes qui auraient pu pourtant paraître évidents, comme la répression de l'agression sexuelle (article 222-22 et suivants du Code pénal), du viol (articles 222-23 et suivants du Code pénal), celle des atteintes sexuelles sur un mineur (articles 227-25 du même Code), ou encore le thème de l'inceste⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ La réprobation chrétienne de ces relations sexuelles dites déviantes reposait sur le caractère non reproductif de celles-ci et sur le péché qu'elle constituaient, puisque seule la relation hétérosexuelle dans le mariage à but procréatif était autorisée.

⁶⁸⁵ Traditionnellement, l'inceste n'est pas réprimée en tant que telle dans le Code pénal mais elle constitue une circonstance aggravante des infractions sexuelles. Alors que l'inceste avait fait son entrée dans le Code pénal à l'article 222-31-1 par une loi n°2010-121 du 8 févr. 2010 (J.O. 9 févr. 2010), le Conseil constitutionnel a abrogé cet article dans une décision n°2011-163 Q.P.C. du 16 sept. 2011. V. cependant la nouvelle mouture de l'article 222-24 C.P. sous l'effet de la loi du 8 févr. 2010.

629. Nous nous bornerons à étudier ce qu'il en est s'agissant des relations sexuelles violentes consenties, c'est-à-dire des relations sadomasochistes qui peuvent consister, parfois, en de véritables tortures, en témoigne l'arrêt K. A. et A. D. contre Belgique⁶⁸⁶.

630. Un adulte majeur et consentant peut-il accepter, dans un but de jouissance sexuelle, une atteinte à son intégrité physique ? Si la victime sollicite et apprécie cette violence pour son bien-être physique et psychique, la loi pénale peut-elle intervenir ? Le principe d'autonomie personnelle autorise-t-il la victime à faire souffrir son corps, si l'objectif de cette souffrance est le plaisir sexuel ? Bien que le domaine étudié puisse sembler anecdotique, les cas rencontrés ne sont pas d'école et parfois se pose cruellement au juge la question de savoir jusqu'où le plaisir sexuel autorise l'atteinte à sa propre intégrité physique, voire son assassinat. On se souvient en effet de ce fait divers horrifiant qui avait eu lieu en Allemagne au début des années 2000 et qui pose de façon cruciale la question de l'autonomie personnelle dans le domaine sadomasochiste⁶⁸⁷.

631. Il s'agissait d'Armin Meiwes, un allemand de 41 ans, homosexuel et s'adonnant aux pratiques sadomasochistes, qui désirait manger un homme, et, pour ce faire, publia une annonce sur internet. Un homme berlinois de 43 ans lui répondit. Les deux hommes se rencontrèrent au domicile d'Armin Meiwes. Après avoir eu des rapports sexuels, ils décidèrent d'un commun accord de sectionner le pénis de l'invité et de le manger ensemble, ce qu'ils firent. Lorsque le repas fut terminé, Armin Meiwes tua son invité en ayant obtenu préalablement son consentement, puis découpa son corps et en conserva des morceaux au congélateur. En janvier 2004, le cannibale fut condamné à huit ans et demi de prison par le tribunal de Kassel. Deux ans plus tard, l'affaire fut jugée à nouveau à la demande du Parquet et le tribunal

⁶⁸⁶ C.E.D.H., K. A. et A. D. c/Belgique, 17 févr. 2005, préc., § 13 et s.

⁶⁸⁷ V. par ex. «Perpétuité pour le cannibale de Rotenbourg», *Le figaro*, 15 oct. 2007.

de Francfort le condamna à la réclusion criminelle à perpétuité le 9 mai 2006. Une telle décision ne choquera personne... au contraire de ces faits épouvantables qui, aux dires de son auteur, furent commis par plaisir sexuel ! Que l'on se rassure, le juge français n'a pour le moment jamais été confronté à de telles affaires, et, à l'évidence, le maintien d'un ordre public protecteur rend peu crédible l'application de la jurisprudence K. A. et A. D. en droit français, c'est-à-dire la dépenalisation de comportements portant atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui, en raison du consentement de ce dernier.

632. En effet, le respect de l'intégrité du corps d'autrui reste un principe essentiel d'ordre public, et le consentement donné aux relations sexuelles n'en dispense pas ceux qui s'y adonnent. « *Aucun fait justificatif classique ne peut être invoqué pour justifier ce type de violences sadomasochistes. Ni la loi ni aucune autorité légitime ne font référence à une permission de ces comportements. La légèreté des atteintes à l'intégrité physique de ceux qui s'adonnent à ces pratiques n'ôte pas aux coups leur caractère délictueux. La seule conclusion logique est de constater l'illicéité de ces actes malgré l'extrême rareté des poursuites et des procès en ce domaine. La répression reste possible, même si elle se limite aux violences qui font courir de véritables dangers physiologiques et psychologiques et aux dérapages accidentels des pratiques sadomasochistes* », remarque avec raison M. B. Py⁶⁸⁸.

633. En effet, les atteintes à l'intégrité physique, voire morales, commises dans le cadre de ces relations peu banales constituent toujours des délits pénaux, en raison de l'absence d'effet justificatif du consentement, étudié plus avant⁶⁸⁹. Remarquons au passage que les faits relatés dans l'arrêt de la Cour de Strasbourg relativisent les propos de cet auteur, mais confirment, s'il en est besoin, la nécessité de réprimer pénalement ce type d'agissements. A ce titre, si la jurisprudence française exerce une répression pragmatique des pratiques sadomasochistes, elle ne considère jamais que le consentement à ces dernières

⁶⁸⁸ Bruno Py, *Le sexe et le droit*, op. cit., p. 67.

⁶⁸⁹ V. *supra*, p 156 et s.

peut constituer un fait justificatif aux atteintes subies. Une illustration peut être trouvée dans un arrêt rendu le 12 janvier 2009 par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁶⁹⁰, en ce que les actes de sadomasochisme sont analysés par le juge sous le prisme de l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse d'autrui (article 223-15-2 C.P.). Dans cette affaire, il s'agissait d'un homme et d'une femme s'étant rencontrés par le biais d'un site sadomasochiste et s'adonnant ensemble à ces pratiques. Cependant, leur relation avait dégénéré, et le partenaire masculin, devenu « maître » de la femme, exerçait une pression psychologique sur cette dernière telle qu'elle avait accepté, sans vraiment les désirer, toutes sortes de sévices. Si finalement, le juge ne condamne pas le prévenu pour abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse de cette femme, on constate que l'intervention du droit pénal était tout à fait légitime, le consentement donné à ces pratiques étant en réalité faussé par l'état psychologique de la victime. Le peu de jurisprudence en la matière fait également état de relations sadomasochistes se déroulant dans le cadre du mariage, que l'un des époux finit par reprocher à l'autre et qui constituent, dans tous les cas, une cause de divorce pour faute, constituant en une violation grave ou renouvelée des devoirs ou obligations du mariage⁶⁹¹. Néanmoins, le sadomasochisme n'est jamais abordé sous l'angle pénal.

634. On constate ainsi que malgré leur caractère nécessairement intime, les relations sexuelles violentes sont, par principe, pénalement punissables car elles sont constitutives d'une infraction pénale. Le consentement donné par la victime – qui est, dans un grand nombre de cas, dépourvu de l'élément de liberté, celle-ci étant sous l'emprise psychologique de son bourreau - est donc

⁶⁹⁰ C.A. Aix-en-Provence, 12 janv. 2009, n°45/D/2009, accessible sur le site internet www.lexisnexis.com.

⁶⁹¹ V. par ex. CA Paris, 3 juin 2010, n°08/21664, accessible sur le même site internet.

totallement inefficace. Pour l'heure, le droit à subir des relations sexuelles sadomasochistes n'existe donc pas en droit français.

635. Pour terminer, une observation s'impose concernant la possibilité de légaliser l'assistance sexuelle en faveur des personnes en situation de handicap, dont les majeurs protégés. Si le projet est louable⁶⁹², on constate une contradiction essentielle au regard de l'ordre public français qui empêche, pour l'heure, la réalisation d'un tel projet. En effet, et nous l'avons souligné, parce qu'elle consisterait en une profession rémunérée, l'assistance sexuelle s'assimilerait à la prostitution. En outre, même conçue comme exception à cette pratique contraire à l'ordre public - malgré sa pénalisation sous forme de racolage public exclusivement -, elle consacrerait, d'un point de vue symbolique, la marchandisation du corps humain. Or, est-il besoin à nouveau de le souligner, le principe d'indisponibilité du corps humain l'interdit. De plus, il est légitime de craindre les abus sexuels sur les bénéficiaires des prestations sexuelles qui, rappelons-le, sont des personnes vulnérables, ce à quoi se heurte sans doute le principe d'autonomie personnelle en matière sexuelle.

⁶⁹² V. rapp. J.-F. Chossy, préc.

CONCLUSION CHAPITRE II

636. On aurait pu penser que le principe d'autonomie personnelle opérerait, par le truchement de la disposition corporelle européenne, une libéralisation des domaines de la fin de vie, de la maîtrise de la procréation et de la vie sexuelle en droit français, aboutissant à autoriser des hypothèses de disposition de son corps jusque-là prohibées. Puisque le principe d'autonomie personnelle permet d'opérer des choix dangereux pour soi, sa réception en droit français aurait pu aboutir à légaliser l'euthanasie active, le transfert d'embryons *post mortem* ou encore la pratique des mères porteuses. Du strict point de vue de l'encadrement légal, une telle hypothèse était tout à fait concevable, et la récente nouvelle loi de bioéthique aurait pu en constituer l'illustration. Cependant, l'analyse révèle qu'en droit interne, le domaine corporel reste encadré par un ordre public protecteur tout à fait spécifique, un ordre public de gestion, pour reprendre le terme d'un auteur⁶⁹³. Ainsi, si l'on y observe, depuis une quinzaine d'années, une tendance à faciliter l'accès au corps humain, que le principe d'autonomie personnelle aurait pu non seulement légitimer, mais également accentuer, l'ordre public en droit français continue de préserver le corps humain des appétits mercantiles qui y voient la source d'un marché fructueux.

⁶⁹³ I. Maradeix-Poudensan, th. préc.

CONCLUSION SECONDE PARTIE

637. L'analyse du principe d'autonomie personnelle sous un angle prospectif montre que celui-ci est limité, et prend davantage les traits d'un effet d'annonce inoffensif, que d'une nouvelle norme européenne annonçant une libéralisation de la disposition corporelle parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe, et plus particulièrement la France.

638. Ainsi, d'un point de vue ontologique, le principe d'autonomie personnelle contient un vice fondamental, sa justification par la dignité subjective qui, on l'a démontré, est un non-sens du point de vue des droits fondamentaux. Par essence « a-normative », la dignité subjective ne peut pas sous-tendre l'article 8 dans le domaine du corps humain, pas plus qu'elle ne pourrait se concilier avec la dignité objective, chaque conception excluant l'autre.

639. Du point de vue du droit interne, le glissement indéniable vers un élargissement de l'accès au corps humain ne doit pas faire illusion. Alors que ce contexte paraît tout à fait favorable à une réception aboutie du principe d'autonomie personnelle ces prochaines années, une première étape ayant pu être réalisée par les nouvelles lois de bioéthique, le droit français reste attaché à un contrôle des atteintes au corps humain par l'individu ou les tiers, grâce à un ordre public flexible. Ainsi, malgré l'apparence de son délitement, celui-ci reste pérenne, en témoignent les lois sus citées. D'évidence, il s'agit d'un ordre public fondé sur une conception objective de la dignité. Le droit français, malgré des tentations mercantiles, et plus largement, une volonté de demeurer compétitif dans le domaine scientifique et médical, continue, pour l'heure, de considérer le corps humain comme ce support charnel à protéger dans ce qu'il a de plus essentiel : son intégrité.

CONCLUSION GENERALE

« *L'humanité est une suite discontinuée d'hommes libres
qu'isole irrémédiablement leur subjectivité* ».

Simone de Beauvoir, *Pyrrhus et Cinéas*⁶⁹⁴.

640. Notre étude aura permis de « démasquer » le principe d'autonomie personnelle, d'en appréhender les tenants et aboutissants, et finalement de faire le constat de ses limites, à la fois en droit européen et en droit français. Perçu dans un premier temps comme une curiosité en droit européen, nous montrons dans un second temps qu'il constitue un « emprunt » au droit nord-américain, dévoilant le libéralisme qu'il porte dans le domaine du corps humain. Ainsi, il fonde une disposition corporelle plus absolutiste que ce que permet d'envisager *a priori* l'article 8 de la Conv. E. D. H., permettant une réinterprétation de ce dernier en vie privée-liberté, alors qu'il est originellement conçu comme garantissant la sauvegarde de l'intimité de la vie personnelle contre les immixtions étatiques. Au regard du droit interne, cette disposition corporelle s'oppose à ce qui est traditionnellement autorisé, puisqu'en droit français elle n'est possible qu'à condition de poursuivre un objectif médical, d'être autorisée par la loi et d'être fondée sur un consentement libre et éclairé.

641. Ainsi, le principe d'autonomie personnelle pourrait annoncer une absolutisation de la disposition corporelle en droit européen d'une part, en droit français d'autre part. Néanmoins, cette hypothèse se trouve vite écartée au regard des limites du principe. En effet, du point de vue des droits fondamentaux, sa justification par la dignité subjective empêche toute

⁶⁹⁴ Gallimard, 1944.

viabilité juridique. Du point de vue du droit français, sa réception aboutie est compromise par un ordre public corporel pérenne.

642. Finalement, le principe d'autonomie personnelle semble constituer davantage un effet d'annonce de la propriété enfin acquise par l'individu sur son corps, au regard du « désenchantement » juridico-social contemporain. Certes, il fonde une disposition corporelle atypique en raison de son libéralisme inédit. Cependant, le juge de Strasbourg ne peut raisonnablement protéger le droit de se tuer ou d'être tué, ou encore le droit de vendre un organe, au titre d'un droit fondamental. Quant au droit français, l'encadrement des possibilités de disposer de son corps reste actuel et, malgré un contexte favorable à l'accroissement des possibilités d'y accéder, la loi bioéthique du 7 juillet 2011 confirme que le corps humain est toujours considéré comme un « être » et non comme un « avoir ».

643. Au total, on peut considérer le principe d'autonomie personnelle comme un symbole, celui de l'individualisme de nos sociétés actuelles, celui du droit au bonheur individuel dont la reconnaissance se joue jusque dans le domaine des droits fondamentaux. L'individu souhaite que soit entérinée, au titre d'une liberté protégée, sa construction narcissique. Le principe d'autonomie personnelle constitue alors la justification d'une revendication égoïste qui, paradoxalement, éprouve le besoin de recueillir l'aval social par le prisme de la mansuétude du juge.

644. Ce constat, s'il est rassurant, invite toutefois à la modestie au regard des convoitises toujours plus pressantes que suscite, au nom d'un prétendu droit au bonheur contemporain, le corps humain. En droit interne notamment, il est tout à fait envisageable que le législateur, sous la Présidence de M. F. Hollande, aille dans le sens libéral que celui-ci a fixé. Le droit français repousserait alors les limites de l'ordre public, *peut-être au-delà de ce qu'autorise la réception du principe d'autonomie personnelle*. De telles modifications seraient d'autant plus audacieuses qu'en sus de l'absence d'obligation impérieuse du

droit français à intégrer le principe d'autonomie personnelle, celui-ci n'a pas été consacré par la Cour de Strasbourg en matière de mariage homosexuel⁶⁹⁵ ou d'adoption au sein d'un couple homosexuel⁶⁹⁶.

645. L'avenir nous dira quelle direction prendra, *in fine*, le droit français. Espérons simplement que le législateur garde en mémoire l'essence même du droit : assurer le bon fonctionnement de la société, et non l'hypothéquer. « *Le droit ne se lance pas à la poursuite de l'être ; mais il vise à la régulation de l'activité humaine, dans les relations sociales* », avait sagement écrit M. P. Hébraud⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Selon la Cour de Strasbourg, l'article 12 de la Convention n'impose pas aux gouvernements des Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel. V. C.E.D.H., Schalk et Kopf c/Autriche, 24 juin 2010, n°30141/04, §49 à 64. Pour un comm., v. *D.* 2011, 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *R.T.D. civ.* 2010, 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2010, n°143, obs. E. Lagarde.

⁶⁹⁶ La C.E.D.H. juge que le refus de l'adoption simple de l'enfant de la concubine par sa partenaire homosexuelle ne viole pas l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. V. C.E.D.H., Gas et Dubois c/France, 15 mars 2012, n°25951/07. V. « Le refus de l'adoption simple au sein d'un couple de partenaires de même sexe ne contrevient pas à la CEDH », *Dr. fam.* n°5, mai 2012, comm. 82, par C. Neirinck.

⁶⁹⁷ P. Hébraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Tome II, P.U.A.M., 1979, p. 7.

BIBLIOGRAPHIE⁶⁹⁸

⁶⁹⁸ A l'exception des commentaires d'arrêts et de lois, ainsi que des sites internet visités, situés dans le corps de la thèse, en note de bas de page.

- **TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX**

Atias Ch., *Les personnes, les incapacités*, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1985

Batteur A., *Droit des personnes et de la famille*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2003

Bénabent A., *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 7^{ème} édition, 2006

Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012

Berger V., *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Sirey, 12^{ème} édition, 2012

Bouloc B., *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} édition, 2011

Procédure pénale, Dalloz, 23^{ème} édition, 2012

Buffelan-Lanore Y. et Larribau-Terneyre V., *Les obligations*, Sirey, 12^{ème} édition, 2010

Cabrillac R., Frison-Roche M.-A., Revet Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 17^{ème} édition, 2011

Capitant H., Terré F. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12^{ème} édition, 2007

Charvin R. et Sueur J.-J., *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 2002

Conte Ph., *Droit pénal spécial*, Litec, 4^{ème} édition, 2010

Conte Ph. et Maistre du Chambon P., *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2007

- Courbe P., *Les personnes, la famille, les incapacités*, Mémento Dalloz, 2009
- Cornu G., *Droit civil, Introduction Les personnes Les biens*, Montchrestien, 12^{ème} édition, 2005
- Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006
- Vocabulaire juridique*, P.U.F., 2007
- Dubois J., Mitterand H., Dauzat A., *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2007
- Favoreu L., Gaïa P., Ghevontian R., Mélin Soucramanien F., Pfersman O., Pini J., Roux A., Scoffoni G., Tremeau J., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2009
- Fenouillet D., *Droit de la famille*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2008
- Garé Th., *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 2004
- Le droit des personnes*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2003
- Garé Th. et Ginestet C., *Droit pénal procédure pénale*, Dalloz, 2006
- Huet J., *Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2001
- Israel J.-J., *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1998
- Lalande A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 2006
- Laude A., Bertrand M., Tabuteau D., *Droit de la santé*, P.U.F., 2^{ème} édition, 2009
- Lebreton G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 7^{ème} édition, 2005
- Malabat V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2011

Malaurie Ph., Aynès L., *Les personnes, les incapacités*, Defrénois, 3^{ème} édition, 2007

Malaurie Ph., Aynès L., Gautier P.-Y., *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^{ème} édition, 2011

Malaurie Ph., Fulchiron H., *La famille*, Defrénois, 4^{ème} édition, 2011

Malaurie Ph. et Morvan P., *Introduction générale au droit civil*, Defrénois, 3^{ème} édition, 2009

Marty et Raynaud, *Les personnes*, Sirey, 1976

Mayaux L., *Droit civil, les personnes*, Ellipses, 1997

Mazeaud H. et Léon, Mazeaud J., Chabas F., *Les personnes, la personnalité, les incapacités*, Montchrestien, 1998

Mélin-Soucramanien F., *Constitution de la République française*, Dalloz, 2011

Mémeteau G., *Cours de droit médical*, Les Etudes Hospitalières, 4^{ème} édition, 2011

Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel*, Cujas, 7^{ème} édition, 2000

Moderne F., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, 2006

Pettiti L.-E., Decaux E. et Imbert P.-H., *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Economica, 2^{ème} édition, 1999

Picard M., sous dir. de Planiol M. et Ripert G., *Traité pratique de Droit civil français*, Tome III Les biens, 1952

- Pradel J., *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} édition, 2010
- Rivero J. et Moutouh Y., *Libertés publiques*, Tomes I et II, P.U.F., 2003
- Robert J. et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^{ème} édition, 2009
- Savatier R. et J., Auby J.-M. , Pequignot H., *Traité de droit médical*, Litec, 1956
- Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 10^{ème} édition, 2011
- Sudre F., Marguenaud J.-P., Andriantsimbazovina J., Gouttenoire A. et Levinet M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., 6^{ème} édition, 2011
- Terré F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2009
- Terré F. et Fenouillet D., *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2005
- Terré F., Simler Ph. et Lequette Y., *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2009
- Teyssié B., *Les personnes*, LexisNexis, 13^{ème} édition, 2011
- Villey M., *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F., 1^{ère} édition, 2008
- Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, les moyens du droit*,
Dalloz, 2001

• **OUVRAGES SPECIALISES, THESES ET MONOGRAPHIES**

Ambroselli C., *L'éthique médicale, Que sais-je ?*, P.U.F., 1998

Amselek P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995

Ancel P., *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978

Ancel P. et alii, *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006

Archer F., *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, thèse Lille II, l'Harmattan, 2003

Armand G., *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse Caen, 2000

Arnaud A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969

Arnoux I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, thèse Bordeaux, P.U. Bordeaux, 1995

Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit*, Dalloz, 1975

Azavant M., *L'ordre public et l'état des personnes*, thèse Pau, 2002

Baschet C., *Les droits de la personne durant la vie et la mort*, La documentation française, n°717, décembre 1983

Baudouin J.-L. et Blondeau D., *Ethique de la mort et droit à la mort*, P.U.F., 1993

Baudouin J.-L. et Labrusse-Riou C., *Produire l'Homme de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Les voies du droit, P.U.F., 1987

Beauvoir S. (de), *Pyrrhus et Cinéas*, Gallimard, 1944

Béchillon M. (de), *La notion de principe général en droit privé*, thèse Pau, 1996

Beignier B., *Le droit de la personnalité*, Que sais-je ?, P.U.F., 1992

Beignier B., Aumonier N. et Letellier Ph., *L'euthanasie*, Que sais-je ?, P.U.F., 2010

Binet J.-R., *Le nouveau droit de la bioéthique*, Litec, 2005

La réforme de la loi bioéthique : commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011, LexisNexis, 2012

Bioy X., *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse Toulouse, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003

Boistel, *Philosophie du droit*, tome 1, 1889

Borrillo D., *L'homme propriétaire de lui-même, le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, thèse Strasbourg I, 1991

Borrillo D. et Lochak D. (dir.), *La liberté sexuelle*, P.U.F., 2005

Branlard J.-P., *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, préf. de F. Terré, thèse Lille, L.G.D.J., 1993

Bureau D., Drummond F. et Fenouillet D., *Droit et morale : aspects contemporains*, Dalloz, 2011

Burky J.-Ch., *La mort dans la dignité*, Réalités sociales, 2006

Cadiet L., Amrani Mekki S., Chevallier J., Commaille J., *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., 2004

Capela H., *La protection de l'incapable à l'épreuve de la médecine*, thèse Toulouse, 2007

Cappelletti M., *Le pouvoir des juges*, P.U. d'Aix Marseille, 1990

Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 2006

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 2001

Carlier J.- Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel, étude prospective de droit international public*, Bruylant, 1998

Caudal S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008

Caverni J.-P. et Gori R. (dir.), *Le consentement, droit nouveau du patient ou imposture ?*, Champs libres, 2005

Cayla O., *Biologie, personne et droit*, P.U.F., 1991

Centre historique et juridique des droits de l'homme, *L'odyssée des droits de l'homme, Enjeux et perspectives des droits de l'homme*, Tomes I, II, et III, Actes du Colloque international de Grenoble, Octobre 2001, L'harmattan, 2003

C.E.R.S.A.M.S., *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales*, Colloque des facultés de droit et de médecine de Poitiers, 18-19 mai 1989, Litec, 1990

Charles, *Peut-on admettre l'euthanasie ?*, Paris, 1955

Chevallier J. et alii, *Bioéthique et droit*, Amiens, P.U.F., 1988

Chiappini Ph., *Le droit et le sacré*, thèse Paris II, Dalloz, 2006

Collet L., *La notion de droit extrapatrimonial*, thèse Paris, 1992

Collin F., *L'homme est-il devenu superflu ?*, Hannah Arendt, Odile Jacob, 1999

Conseil de l'Europe, *Ethique et génétique humaine*, Actes du 2^{ème} Symposium du Conseil de l'Europe sur la bioéthique, Strasbourg, 30 novembre-2 décembre 1993, 1994

Le droit face aux dilemmes moraux concernant la vie et la mort, Actes du XX^{ème} colloque de droit européen, Glasgow, 10-12 septembre 1990, 1992

Le transsexualisme en Europe, Strasbourg, juin 2000

Transsexualisme, médecine et droit, Actes du XXIII^{ème} colloque de droit européen, 14-16 avril 1993, 1995

C.U.R.A.P.P., *Les bonnes mœurs*, P.U.F., 1994

Dabin J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952

David A., *Structure de la personne humaine. Limite actuelle entre la personne et la chose*, Collection bibliothèque de philosophie contemporaine, P.U.F., 1955

Debré B., *L'euthanasie : l'impossible loi*, 380^{ème} carrefour du club « positions », Cherche midi, 2004

Decocq A., *Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, thèse Paris, L.G.D.J., 1960

Delachambre-Griffon A., *La liberté de la vie privée dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, Réflexions comparatives sur les enseignements de l'expérience américaine*, Thèse Aix-Marseille, 2002

- Delmas-Marty M., *Raisonner la raison d'Etat*, P.U.F., 1989
- Descartes, *Discours de la méthode*, Flammarion, 2000
- Dijon X., *La réconciliation corporelle, Une éthique du droit médical*, Lessius, 1998
Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif, thèse
Namur, 1982
- Domages R., *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse Paris, 1956
- Dubois Ph., *Le physique de la personne*, Litec, 1986
- Durkheim E., *L'éducation morale*, Paris, Alcan, 1925
- Edelman B., *La personne en danger*, PUF, 1999
- Edelman B. et Hermitte M.-A., *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgeois, 1988
- Encinas de Munagorri R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, thèse
Paris, L.G.D.J., 1995
- Ellul J., *Le fondement théologique du droit*, 1946
« Religion, société et politique », *Mélanges Ellul*, P.U.F., 1983
- Fahmy A., *Le consentement de la victime*, thèse Paris, L.G.D.J., 1971
- Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *La personne humaine, sujet
de droit*, 4^{èmes} journées René Savatier, P.U.F., 1994
- Feuillet-Le-Mintier B. (dir.), *Normativité et biomédecine*, Economica, 2003

Foulcault M., *Histoire de la sexualité, tome 1 la volonté de savoir, tome 2 l'usage des plaisirs, tome 3 le souci de soi*, Gallimard, 1994

Frumer Ph., *La renonciation aux droits et libertés, La Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, thèse Bruxelles, Bruylant, 2001

Gaffiot F., *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934

Galloux Ch., *Essai de définition d'un statut génétique pour le matériel génétique*, thèse Bordeaux, 1990

Gauchet M., *Le désenchantement du monde, Une histoire politique de la religion*, Gallimard, 1985

Giudicelli A., *Génétique humaine et droits, A la redécouverte de l'homme*, thèse Poitiers (Ronéo), 1993

Guillod O., *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?*, Thèse Neuchâtel, Ides et Calendes, 1986

Gutmann D., *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, thèse Paris II, L.G.D.J., 2000

Harcher F., *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'harmattan, 2000

Hauriou. M., *Leçons sur le mouvement social*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1899

Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Flammarion, 1999

Hennette-Vauchez S., *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, thèse Paris I, l'Harmattan, 2000

La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridicisation, P.U.F., 2005

Hennau-Hublet Ch., *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruylant, 1985

Hermitte M. A., *Le corps hors du commerce, hors du marché*, Apd, 1988

Iacub M., *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Flammarion, 2003

I.N.S.E.R.M., *Ethique médicale et droits de l'homme*, Actes Sud, 1988

Israel L. et Mémeteau G. (dir.), *Le mythe bioéthique*, Bassano, 1999

Kant E., *Critique de la raison pratique*, Flammarion, 2003

Critique de la raison pure, Flammarion, 2001

Karavokyris G., *L'autonomie de la personne en droit public français*, thèse Paris II, 2008

Kastanas E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996

Kaufmann J.-C., *L'invention de soi, Une théorie de l'identité*, Hachette, 2005

Kayser P., *La protection de la vie privée*, Economica, 1990

Kelsen H., *Théorie pure du droit*, Bruylant, L.G.D.J., 1999

Khalil J., *Le corps humain à disposition*, thèse Toulouse, 2008

Kornprobst L., *Les responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Flammarion, 1957

Kremer-Marietti A., *L'éthique*, Que sais-je ?, 1999

Labrusse-Riou C. (dir.), *Le droit saisi par la biologie*, L.G.D.J., 1996

Lacroix J., *Kant et le kantisme*, Que sais-je ?, P.U.F., 1993

Lahalle Th., *La qualification juridique du corps humain*, thèse Paris II, 2002

Lambert Abdelgawad E., *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, éd. Conseil de l'Europe, 2008

Lavaud-Legendre B., *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, thèse Bordeaux, P.U.F., 2005

Lazaud Fr., *L'exécution par la France des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, P. U. d'Aix Marseille, Tome II, 2006

Lebreton G. (dir.), *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, L'Harmattan, 2002

Leclerc S., *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999

Lemaire F., Ramex S., Ghanassia J.-P., *Le corps : à qui appartient-il ?*, Journée d'éthique médicale Maurice Rapin, Flammarion, 1996

Lemennicier B., *La morale face à l'économie*, éditions d'Organisation, 2006

Lemouland J.-J. (dir.), *La condition juridique du mineur*, Litec, 2004

Lévy-Raynouard C., *La personne humaine en droit*, thèse Paris II, 2000

- Lindon R., *Dictionnaire juridique des droits de la personnalité*, Dalloz, 1983
- Lipovetsky G., *Le crépuscule du devoir, l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, N.R.F. essais, 1992
- Lombois Cl., *La personne, corps et âme*, 4^{ème} journée René Savatier, Poitiers, P.U.F., 1994
- Malherbe J., *La vie privée et le droit moderne*, L.J.N.A., 1968
- Maradeix Poudensan I., *Essai sur l'évolution de l'ordre public à partir de son application en matière médicale et biomédicale ou vers un ordre public de gestion*, Thèse Pau, 2007
- Marguénaud J.-P. (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation française, 2001
- Martens P., *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Presses universitaires de Namur, 2007
- Marzano M., *Je consens, donc je suis...Ethique de l'autonomie*, P.U.F., 2006
- Maurer B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation Française, 1999
- Melman Ch., *L'homme sans gravité*, Denoel, 2002
- Meulders-Klein M.-Th., *De la bioéthique au bio-droit*, L.G.D.J., 1994
- Mill J. S., *De la liberté* (1859), Paris, Presses Pocket, 1990
- Moron P., *Le suicide, Que sais-je ?*, P.U.F., 2005
- Mounier E., *Le personnalisme, Que sais-je ?*, P.U.F., 2001

Mourgeon J., *Les droits de l'homme, Que sais-je ?*, P.U.F., 2003

Moutel B., *L'effet horizontal de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, thèse Limoges, 2006

Nadeau A.-R., *Vie privée et droits fondamentaux. Etude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, thèse Ottawa, 2000

Neirinck Cl. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, L.G.D.J., 1994

Nerson R., *Les droits extra-patrimoniaux*, thèse Lyon, 1939

Nysson H. (dir.), *Génétique, procréation et droit*, Actes Sud, P.U.F., 1985

Onorio J.-B. (d') (dir.), Cardinal A. Vingt-Trois, Mgr M. Sanchez Sorondo, N. Mathey, D. Vigneau, M. Moreau, M. Douchy-Oudot, *Les enjeux éthiques de l'actualité juridique : actes du XXIIIème colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France*, Téqui, 2011

Onorio J.-B. (d') (dir.), Guyon G., Ayuso Torres M., Haaland Matlary J., Dalla Torre G., Riedel-Spangenberg I., Mischo J., Mgr Justo Mullor Garcia, Skubiszewski K., Cardinal Mario Francesco Pompedda, Prince Albert de Monaco, *L'héritage religieux du droit en Europe*, Actes du Congrès européen de l'Union Internationale des Juristes Catholiques, 20-23 novembre 2003, Téqui, 2004

Onorio J.-B. (d') (dir.), Lejeune J., Mémeteau G., Atias Ch., Vouin J.-F., Torrelli M., Caffarra Mgr Carlo, *La vie prénatale, biologie morale et droit*, Actes du VIème Colloque national des Juristes Catholiques, Téqui, 1985

Ost F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999

Ost F. et Van de Kerchove M., *Entre la lettre et l'esprit, Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989

- Paricard-Pioux S., *La convenance personnelle*, thèse Toulouse, Dalloz, 2003
- Pasini W., *Eloge de l'intimité*, Payot, 1991
- Pavia M.-L. et Revet Th., *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999
- Pedrot Ph. (dir.), *Ethique, Droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, Economica, 1999
- Pin X., *Le consentement en matière pénale*, thèse Grenoble, L.G.D.J., 2002
- Pini J., Leveneur L., Villiers M. (de), Trapet M.-D., Sicard G., Cardinal Mario Francesco Pompedda, *Le sexe, la sexualité et le droit*, Actes du XVIIème colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Téqui, 2002
- Pousson-Petit J. (dir.), *L'identité de la personne humaine*, Bruylant, 2002
- Prieur S., *La disposition de son corps par l'individu*, thèse Dijon, Les études hospitalières, 1999
- Py B., *Le sexe et le droit*, Que sais-je ?, P.U.F., 1999
Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, thèse Nancy II, 1993
- Ray. J., *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Félix Alcan, 1926
- Rayroux P., *Consentement, liberté de disposer de son corps et licéité des conventions relatives au corps humain*, thèse Paris II, 1993
- Redor M.-N. (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen, 11-12 mai 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001

Renaut A., *L'ère de l'individu, contribution à une histoire de la subjectivité*, Gallimard, 1999

L'individu, Réflexions sur la philosophie du sujet, Hatier, 1995

Revet Th. (dir.), *L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle*, Dalloz, 1996

Richir M., *Le corps, Essai sur l'intériorité*, Hatier, 1993

Rigaux F., *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997

La protection de la vie privée et des autres droits de la personnalité, L.G.D.J., 1990

La vie privée, une liberté parmi les autres ?, Travaux de la faculté de droit de Namur, Larcier, 1992

Rived M., *Réflexions relatives aux relations entre l'individu et l'Etat dans l'idéologie libérale*, thèse Science Politique, 1981

Rocher J.-Cl., *Fondements éthiques du droit*, Livre 3 anthropologie, FAC, 1995

Roland H. et Boyer L., *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, l'Hermès, 1998

Roubier P., *Droit subjectif et situation juridique*, 1963

Sane V., *L'identité de la personne humaine*, thèse Toulouse, 2003

Savatier R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 3^{ème} série, Approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, 1959

Sayag A., *Essai sur le besoin créateur de droit*, L.G.D.J., 1969

Sériaux A., *Les personnes, Que sais-je ?*, P.U.F., 1997

Sériaux A., Neirinck C., Labrusse-Riou C. et alii, *Le droit, la médecine et l'être humain, Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, P.U.A.M., 1996

Sudre F. (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Colloque des 26 et 27 novembre 2004, Bruylant, 2005

Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme, Que sais-je ?, P.U.F., 2002

(dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, Bruylant, 1998

Terré F. (dir.), *Le suicide*, P.U.F., 1995

Théry I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la justice, Odile Jacob, La documentation française, 1998

Tissot O. (de), *La liberté sexuelle et la loi*, Balland, 1984

Vigneau D., *L'enfant à naître*, thèse Toulouse, 1988

- **ARTICLES ET CHRONIQUES**

Aet-Maes, « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *Rev. sc. crim. et dr. pénal.comp.* 1991, p. 244

Amselek P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *R.R.J.* 2008, p. 1847

Andorno R., « Procréations artificielles, personnes et choses », *R.R.J.* 1992, n°1, p. 13 et s.

Andriantsimbazorina J., « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *R.F.D.A.* janv-fév. 2002, p. 124

Alton A. (d'), « La notion d'autonomie personnelle en droit européen des droits de l'homme, approche de philosophie du droit », *R.R.J.* 2009, p. 1749

Apostel, « L'euthanasie comme problème moral et philosophique », *Rev. sc. crim. et dr. pénal comp.* 1963-1964, p. 29

Armand G., « L'ordre public de protection individuelle », *R.R.J.*, P.U.A.M., 2004, p. 1584 et s.

« Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *R.F.D.C.* 2006, p. 37 et s.

Aune A.-Cl., « Peut-on légaliser l'euthanasie ? », *Gaz. Pal.* 2004, 2, doct. p. 3682 et s.

Bader J.-M., « Le clonage humain « scientifique » démarre en Grande-Bretagne », *Le Figaro*, jeudi 12/08/2004, p. 8

Badinter, « Le droit au respect de la vie privée », *J.C.P.* 1968 I 2136

Bailleul D., « Le droit de mourir au nom de la dignité humaine, A propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie », *J.C.P. G.* 2005 I 1055

Bart J., « L'individu et ses droits », in Théry I. et Biet C., *La famille, la loi, l'Etat, de la révolution au Code civil*, Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Centre Georges Pompidou, 1989

Baschet C., « Les droits de la personne durant la vie et la mort », *La documentation française*, déc. 1983, n°717, p. 61 et s.

Baud J.-P., « Le corps, personne par destination », *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, p.13

Béchillon D. (de), « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *Juger l'administration, administrer la justice ; Mélanges offerts au Président Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2006

« Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de l'arrêt Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *R.T.D. civ.* 2002, p. 47 et s.

Beignier B., « Respect et protection du corps humain, La mort », *J.-Cl. Civil*, art. 16 à 16-13, fasc. 70

Bergouniou N., « De l'insémination artificielle *post mortem* », *L.P.A.*, 26 avr. 1991, n°50

Binet J.-R., « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. fam.* 2011, Etude 21, pp. 17-22

« La loi relative à la bioéthique, Commentaire de la loi du 6 août 2004, 1^{ère} partie, 2^{ème} partie, 3^{ème} partie », *Dr. fam.*, oct., nov. et déc. 2004, études 22, 26 et 28

« Respect et protection du corps humain, Présentation de la loi relative à la bioéthique (Loi n° 2004-800 du 6 août 2004) », *J.-Cl Civil*, art. 16 à 16-13, fasc. 5

Bioy X., « Le libre développement de la personnalité devant le Conseil constitutionnel », *R.I.D.C.* 2003, p. 123 et s.

« L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.* 2006, p. 73

Bobbio N., « Sur le positivisme juridique », *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome 1, Dalloz, 1961, p. 52

Bon de Beauvoir S. (le), « La naissance du Castor ou la construction de soi », *Le magazine littéraire*, janv. 2008, p. 36

Borella F., « Le concept de dignité de la personne humaine », *in Ethique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, dir. Pedrot Ph., Economica, 1999

Borricand J., « Commentaire de la loi du 20 décembre 1988 », *D.* 1989, chron. p. 167 et s.

Bourg D., « Sujet, personne, individu », *Droits*, n°13, 191, p. 87 et s.

Bourgeois B., « Droit, religion et droits de l'homme », *Arch. Phil. Droit*, t. 38, Sirey 1993, p. 111

Bourricaud F., v° « Autonomie », *Encyclopedia Universalis*

Brotelle S., « Du droit à la fin de vie au droit de disposer de son corps », *R.G.D.M.*, 2006, p. 249 et s.

Bruguière J.-M., « La dignité schizophrène ? », *D.* 2005, 1169

Brusorio M., « La loi du 6/08/2004 relative à la bioéthique : la recherche sur l'embryon enfin autorisée », *PG* 11-12/08/2004, pp.2-5

Byk Ch., « La bioéthique en Europe », *J.C.P.* 1991, I, 3526

« Recherche médicale et droit de l'homme, une approche européenne », *J.C.P.* 1993, I, 3719

Canedo-Paris M., « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *R.F.D.A.* 2008, p. 979

Carbonnier J., « Le sujet de droit », *Arch. Phil. Droit*, t. 34, 1989

et *alii*, « Droit et religion », *Arch. Phil. Droit*, Sirey, 1993

Castel P., « De Moïse à la déclaration des droits », *Le Monde*, 4 juill. 1979

Cayla O., « Bioéthique, personne et droit », *Droits*, 1991, n°13

« La qualification », *Droits*, 1993, p. 3 et s.

Champeil-Des-Plats, « La notion de droit « fondamental » en droit constitutionnel français », *D.* 1995, pp. 323-329

Cheyne de Beaupré A., « Vivre et laisser mourir », *D.* 2003, chron. 2980 s.

Coelho J., « La France est-elle sur la voie de la dépenalisation de l'euthanasie ? », *Revue Médecine et droit* 2006, p. 61

Custos D., « La cour suprême américaine et la liberté de l'avortement », *R.D.P.* 1995, p. 1122 et s.

Debuyst, « Quelques réflexions sur l'homicide par pitié », *Rev. sc crim.*, 1962-1963, p. 814

Decaux E., « Dignité et universalité », *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*, dir. M. Helmons, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 178

Dekeuwer-Defossez F. et alii, « La vie humaine mise sur la marché ? », Colloque Lille 2, *L.P.A.*, 5 déc. 2002

Delmas-Marthy M., « Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.* 2003, chron. 2517 s.

Denoix de Saint Marc R., « Contributions récentes de la jurisprudence du Conseil d'Etat au statut juridique de la personne humaine », *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 537 s.

Desgorces R., « Agir contre soi », *R.R.J.* 2003, p. 37 s.

Diener P., « Idée nominaliste et déconstruction du droit », *Arch. Phil. Droit, philosophie pénale*, t. 28, Sirey, 1983, p. 229 et s.

Dorsner-Dolivet A., « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain », *J.C.P.* 2004, I, 172

Dosse F. et alii, « Penser l'homme », *Le point*, hors série, avr.-mai 2008

Dreyer E., « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748

« Les mutations du concept juridique de dignité », *R.R.J.* 2005-1, p. 19 s.

Duprat J.-P., « Information et consentement éclairé du sujet dans le cas de l'expérimentation de médicaments sur l'homme », rapport au colloque relatif à l'expérimentation de médicaments nouveaux sur l'homme, Limoges, 1979, *R.D.S.S.* 1982, pp. 369-390

Duvert C., « Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu », *R.R.J.* 1996, p. 737 et s.

Dyevre A., « Quelques réflexions sur l'interprétation de la loi : les conditions et les limites de la soumission du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation à la loi du Parlement », *R.R.J.* 2006, p. 1247 et s.

Edelman B., « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1953

« La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997 p. 185

« L'homme aux cellules d'or », *D.* 1989, chron. 25

« Nature et sujet de droit », *Droits*, n°1, p. 125

Ellul J., « La révélation chrétienne et le droit », *Ann. Fac. Droit Strasbourg*, t. IX, 1961

« La théologie chrétienne et le droit », *Arch. Phil. Droit*, 1960

Evain S., « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme (A propos de l'arrêt C.E.D.H. du 22 avril 1997 X, Y et Z contre Royaume-Uni) », *J.C.P. G.*, 1997, I, 4071

Fabre-Magnan M., « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31

Fabre-Magnan M., Levinet M., Marguénaud J.-P. et Tulkens F., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, n°48, 2009, p. 3 et s.

Fassin E., « L'avortement aux Etats-Unis. Histoire d'une politisation, des origines à Roe V. Wade », *Les études du C.E.R.I.*, n°22, janv. 1997, p. 3 et s.

Fauré G.-M., Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes, *R.T.D. sanit. et soc.* 1989, p.1 s.

Favoreu L., « La dignité de la personne humaine placée sous la protection de la Constitution », *R.D.C.* 1994, p. 806

« Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée », *Mélanges Kayser*, 1979, Tome II, p. 411

Ferrand F., « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *Rev. int. dr. comp.*, 3-1995, p. 691

Ferry L., « L'humanisme juridique en question », *Droits*, p. 43 et s.

Fierens J., « Critique de l'idée de propriété du corps humain », *R.I.E.J.* 2000, 44, p. 157 et s.

Fraissex P., « La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaine dans le domaine de la biomédecine : l'exemple de la Convention d'Oviedo », in *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Lebreton G. (dir.), *L'Harmattan*, 2000, p. 119 et s

Frison-Roche M.-A., « Remarques sur La distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *R.T.D. civ* 1995, p. 573 et s.

Galloux Ch., « De la nature du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant », *R.R.J.* 1989, p. 521

Ganshof Van Der Meersch. J.-W., « La référence au droit interne des états contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.I.D.C.*, avr.-juin 1980

Garay A., « Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique », *R.G.D.M.*, 2003, p. 143

Gianovitch, « Le suicide est-il un des droits de l'homme ? », *R.I.D.P.* 1952, p. 407 s.

Gobert M., « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *R.T.D. civ.* 1992, p. 489

Gouttes R. (de), « Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et réticences », *R.T.D.H.*, 1995, p. 605

Hauser J. et Lemouland J.-J., v° « ORDRE PUBLIC ET BONNES MOEURS », *Rép. civ. Dalloz*

Hébraud P., Observations sur la notion du temps dans le droit civil, Etudes offertes à Pierre Kayser, Tome II, P.U.A.M., 1979, p. 7

Hennette-Vauchez S., « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *D.* 2009 p. 238

Hennezel M. (de), « Autour du rapport « fin de vie et accompagnement », la Doc. Française, 2003 », *le Journal du Dimanche*, n°3009, 29/08/2004

Hermitte M. A., « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Archives Phil. dr.*, t. 33, 1988, p. 333 s.

Jack A., « Les conventions relatives à la personne physique », *Rev. Crit. Lég. Juris.* 1933, 362 s.

Josserand L., « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.H.* 1932, chron. 1 s.

Kayser P., « Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 329 et s.

« Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », *Mélanges Savatier*, 1965, p. 405

« Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *R.T.D. civ.* 1971. 445 et s.

Labbée X., « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999, chron. 437 s.

Labrusse-Riou C., « La maîtrise du vivant, matière à procès », *Pouvoirs* 1991, n°56 p. 112

Labrusse-Riou C. (dir). et *alii.*, « La recherche de l'embryon: qualification et enjeux », *R.G.D.M.*, n°spéc. 2000

L. A. Hart Herbert, « La moralité du droit », *Droits*, 1994, p. 105

Lamarche M., « Deux femmes, un homme et une femme, deux hommes : quel mariage pour le troisième millénaire ? », *R.L.D.C.* 2004, pp. 33-38

Lebreton G., « Le droit, la médecine et la mort », *D.* 1994, chr. 352

Le figaro, « Perpétuité pour le cannibale de Rotenbourg », 15 oct. 2007

Lemmenicier B., « Le corps humain: propriété de l'état ou propriété de soi? », *Droits* 1991, n°13, p. 111 s.

Lépine P., « Génie génétique, droits de l'homme et libertés », *Rev. Sc. Morales et pol.*, 1982, n°3, p. 277

Leroyer A.-M., « La notion d'état des personnes », *Mélanges Gobert, Economica*, 2004, p. 247 s.

Levasseur, « Suicide et euthanasie », *Revue Lumière et vie*, 1957, p. 39

Levinet M., « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, n°49, 2009, p. 8 et s.

« La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes », *R.T.D.H.*, 1997, pp. 738-753

Lindon R., v° « Les droits de la personnalité », *Dictionnaire juridique*, Dalloz, 1983

Loiseau G., « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps », *Revue de droit de Mc Gill*, nov. 1992, p. 965

« Typologie des choses hors du commerce », *R.T.D. civ.* 2000, n°47 et s.

Lombois C., « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992 chron. p. 323

Luchaire F., « Les fondements constitutionnels du droit civil », *R.T.D. civ.* 1982, 25

Malaurie Ph., « La Bible et le droit à travers cinquante ans d'enseignement du droit civil », *R.T.D. civ.* 2000, p. 525 et s.

« Le droit et la dignité humaine », *Etudes (revue jésuite)*, 2003, p. 619 et s.

« Les droits de la personnalité en 2003 », *Mélanges Decocq, Litec*, 2004, p. 469

« L'homme, être juridique (à propos des projets de loi sur la bioéthique) », *D.* 1994, p. 97

Marais A., « L'apparence de la personne », *Mélanges Gobert, Economica*, 2004, p. 285

Marguénaud J.-P., chronique « sources internationales », *R.T.D. civ.*

Martin R., « Personne et sujet de droit », *R.T.D. civ.* 1981, p 785

Massip J., « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *Defrénois* 1995, p. 65

Mathieu B., « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 relative à la loi du 29 juillet 1994 », *D.* 1995 p. 237

« De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *D.* 2005, 1649

« Des droits de l'homme aux droits de l'homme ou les transmutations du droit de la bioéthique », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 307

« La difficile appréhension de la bioéthique par le droit constitutionnel », *L.P.A.* 11 juin 1993, n°70, p. 4 s

« La dignité de la personne humaine, du bon (et du mauvais) usage en droit positif français », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, P.U.F., Aix Marseille, 1996, p. 230

« La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282

« La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999, chron. 151

Mattei J.-F., « L'énigme de la dignité ou le principe d'Antigone », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze*, sous dir. Ph. Pédrot, *Economica*, 1999, p. 4

Maurer B., « Essai de définition théologique et philosophique de la dignité humaine, Les droits fondamentaux », *Actes des 1ères journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'A.U.P.E.L.F.-U.R.E.F.*, Tunis, 9-12 octobre 96, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 223-252

Mbongo P., « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », *D.* 2009 p. 99

Mémeteau G., « A l'abordage ! de l'article 16-3 du Code civil », *L.P.A.* 1994, n° spéc., p. 41

« De quelques droits sur l'homme : commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », *D.* 1990, chronique p. 165

« Transsexualisme et débat de société », *Revue Médecine et droit*, 2007, p. 141 et s.

Meulders-Klein M.- Th., « Le droit de disposer de soi-même, étendue et limites en droit comparé » in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Xèmes journées J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 215 s.

v° « personne », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, 1988

« Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, n°4, p. 770

Murat P., « Réflexions sur la distinction Etre humain/Personne juridique », *Dr. famille* 1997, chron. 9

Neirinck Cl., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003, p. 84

Nerson R., « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *R.T.*, 70, 661

Niort J.-F., « L'embryon et le droit : un statut impossible », *R.R.J.* 1998, p. 459 s.

Ost F., « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'Etat*, P.U.F., 1989, p. 448

Pécresse V., « Le corps de la personne », in *La personne dans tous ses états*, dir. Mazeaud D., *L.P.A.* 1^{er} juill. 2004, p. 13 s.

Pelloux R., « Vrais ou faux droits de l'homme ? » *Rev. Sc. Morales et pol.* 1952, p. 673

« Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *R.D.P.* 1981, p. 59

Perreau E.-H., « Les droits de la personnalité », *R.T.* 1909, 501

Perret H., *La personne humaine dans l'ordre du droit*, Mélanges Brèthe de la Gressaye, Bière, 1967, p. 589

Picard E. et alii, *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, *A.J.D.A.*, n° spé. juill.- août 1998, p. 6

Pinto R., « La Cour suprême et la liberté de l'avortement. L'affirmation par la Cour suprême des Etats-Unis de la liberté constitutionnelle de l'avortement (arrêt du 29 juin 1992, *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania c. Robert P. Casey et autres*) », *R.D.P.* 1993, p. 907 et s.

Playoust O., « Normativité et légitimité du droit », *R.R.J.* 1993-1

Pousson-Petit J., « Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents », *Dr. fam.*, févr. 2001, pp. 4-15.

v° « Le transsexualisme », *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, p. 2503 et s.

Prieur S., « La conciliation de la protection de la personne et de l'intérêt thérapeutique d'autrui à travers le clonage et les éléments », in Binet J.-R., « Bioéthique 1994-2004 », *R.G.D.M.* n°17, p. 229 et s.

Putman E., « Commentaire de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie », *R.J.P.F.* 2005, p 6

Rateau, « L'euthanasie et la réglementation pénale », *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 1964-65, p. 38

Regourd S., « Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort. Problèmes actuels en droit public français », *R.D.P.* 1981, vol. 97, p. 403 et s.

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*, ss. dir. Wijffels A., Bruylant, 2005

Ricoeur P., « Individu et identité personnelle », in *Sur l'individu*, Actes du colloque de Royaumont du 22, 23 et 24 octobre 1985, Seuil, p. 54 et s.

Rigaux F., « La liberté de la vie privée », *R.I.D.C.* 1981, n°3, p. 359 et s.

« L'élaboration d'un right of privacy par la jurisprudence américaine », *R.I.D.C.* 1980, n°4, p. 701 et s.

Rivero J., « Vers de nouveaux droits de l'homme », *Rev. Sc. Morale et pol.* 1982, p. 673

Robert J., « La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit », *R.D.P.*, 1984, 1288

Roman D., « « A corps défendant », la protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, n°19, p. 1284

Roubier P., « Le rôle de la volonté dans le droit », *Arch. Phil. droit*, Sirey, 1957

Rubellin-Devichi J., « L'état de la personne », in Sudre F. (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme*, Engel, 1994, p. 165 s.

Ruiz-Fabri H., « Le Conseil d'Etat face à la conciliation du droit à la vie et la libéralisation de l'avortement », *Revue universitaire des droits de l'homme*, 1991, vol. 3, n°1-2, p. 1 et s.

Saint James V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997 p. 61

Salvia M. (de), « La Cour Européenne des Droits de l'Homme est-elle, par la nature de ses arrêts, un véritable tribunal de pleine juridiction ? », *R.T.D.H.* 2006, p. 483

Sargos P., « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *J.C.P.* 2001, I, 306, p. 589

Savatier J., Mémeteau G., Esper C., « Mise en œuvre de la loi sur la fin de vie », *R.G.D.M.*, 2006, p. 268

Savatier R., « De sanguine jus », *D.* 1954, p. 146

« Le droit de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.* 1948, chr., p. 33

Scherer, « Réflexions d'un philosophe sur l'euthanasie », *R.I.D. pén.* 1965, p. 53

Schönborn Ch., *L'homme créé par Dieu : le fondement de la dignité de l'homme*, Gregorianum, Rome, pp. 337-363

Sériaux A., « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux du XXIème siècle*, P.U.A.M., Laboratoire de théorie juridique, 1996, p. 147 s.

« La dignité de la personne humaine ; du bon et du mauvais usage en droit positif français d'un principe universel », *idem*, p. 214

Souvignet X., « Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet », *Jurisdoctoria* n°5, 2010

Sudre F., « La notion de peines et traitements inhumains ou dégradants », *R.G.D.I.P.*, 1984, pp. 825-889

« Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 687

« Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 375 s.

« L'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur l'ordre juridique interne », *R.T.D.A.* 1991, pp. 259-274

Tallon D., v° « PERSONNALITE (droits de la)», *rép. civ. Dalloz*

Terré F., « Du suicide en droit civil », *Mélanges Alex Weill*, Litec, 1983, p. 523

Thouvenin D., « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.* 1991, p. 222

« La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine, I. Légitimité des activités médicales bioéthiques II. Nécessité de la volonté », *D.* 2005, chron. 116 et s., 172 et s.

« Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er} du Code civil », *D.* 2000, pp. 485-490

Tresmontant C., « De quelques malentendus philosophiques et théologiques », *Arch. Phil. Droit*, t. 38, Sirey 1993, p. 141

Truchet D., « L'intervention du législateur en matière d'éthique médicale », *in la Terre, la famille, le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, p. 103 et s.

Turpin D., « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *A.J.D.A.* 1983, p. 654

Vigneau D., v° « Assistance médicale à la procréation », *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, p. 103 et s.

v° « Embryon humain *in vitro* », *idem*, p. 827 et s.

v° « Euthanasie, soins et traitements de fin de vie », *idem*, p. 864 et s.

v° « Interruption de grossesse », *idem*, p. 1161 et s.

v° « Statut du corps humain, de ses éléments et produits », *idem*, p. 2369 et s.

« Dessine-moi un embryon », *L.P.A., Numéro spécial bioéthique*, 14. déc. 1994, n°149

« Observations sur le nouveau droit pénal de l'avortement », *Mélanges Louis Boyer*, P.U. des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 795

« 2001, le droit « libéral » de l'avortement ! », *R.G.D.M.*, 2001, p. 207

« Mourir avant de naître », *Mélanges Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1357

Villey M., « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. Phil. Droit*, Sirey, 1957, p. 94

Vincent A. (Père), *La pensée catholique*, mars-avril 1980

Visser't Hooft, « Les actes de disposition concernant le corps humain », *Archives Phil. dr.*, 1979, p. 87 s.

Warren Samuel D. et Brandeis Louis D., « The right of privacy », *Harvard Law Review*, vol. 4 (1890), pp. 193-220

Weil E., v° « Morale », *Encyclopaedia Universalis*

Wiederkehr G., « L'application des dispositions de la Convention intéressant le droit privé », *Droits de l'homme en France. Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions juridiques françaises*, éd. N.P. Engel, 1985, p. 139

- **RAPPORTS et AVIS**

André M., Milion A. et Richemont H. (de), *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Sénat, rapport d'information n°421, 25 juin 2008

Braibant G., *De l'éthique au droit : sciences de la vie*, Rapport Conseil d'Etat, La Documentation française, 1988

C.E., *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, rapport 25 mars 2010

Chandernagor F., *De la sécurité juridique*, Rapport Conseil d'Etat, La documentation française, 1991

Chossy J.-F., *Passer de la prise en charge... à la prise en compte*, Rapport sur l'évolution des mentalités et le changement du regard de la société sur les personnes handicapées, novembre 2011

C.C.N.E., avis n°40 *sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)*. Rapport, 17 déc. 1993

avis n°60, *Réexamen des lois de bioéthique*, 25 juin 1998

rapport n°63, *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, 27 janv. 2000

avis n°87, *Refus de traitement et autonomie de la personne*, 14 avr. 2005

avis n°105, *Questionnements pour les Etats Généraux de la bioéthique*, 8 oct. 2008

avis n°113, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 9 mars 2011

Claeys A. et Huriet Cl., *Rapport sur l'application de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Assemblée nationale n°1407, Sénat n°232, 1999

Claeys A. et Vialatte J.-S., *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Assemblée nationale n°1325, Sénat n°107, 2008

Léonetti J., *Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie*, Assemblée nationale n°1708, 2004

Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique, Assemblée nationale n°3111, 2011

- **DIVERS**

G. Bon-Maury et D. Quinqueton, *Les 17 questions d'HES, Les réponses de François Hollande*, novembre 2011

Redresser la France, retrouver la justice, rassembler les français, [programme du parti Socialiste], avril 2011

INDEX ALPHABETIQUE DES MATIERES

Les numéros renvoient aux numéros de pages.

A

autonomie personnelle, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 58, 59, 60, 78, 82, 85, 88, 89, 93, 95, 105, 106, 110, 113, 116, 126, 174, 187, 188, 189, 192, 193, 194, 201, 202, 203, 204, 207, 210, 211, 213, 216, 218, 224, 225, 226, 230, 231, 236, 237, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 256, 257, 260, 263, 264, 266, 267, 271, 275, 276, 286, 288, 291, 292, 293, 296, 297, 301, 305, 315, 317, 318, 322, 323, 325, 326, 346

B

bioéthique, 22, 24, 25, 93, 122, 154, 245, 267, 271, 272, 274, 276, 278, 287, 288, 303, 312, 313, 314, 316, 322, 323
biomédical, 138, 302, 308

C

choix, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 25, 37, 40, 46, 48, 50, 52, 53, 57, 58, 64, 85, 97, 98, 101, 102, 113, 119, 128, 130, 134, 162, 173, 189, 204, 205, 233, 243, 250, 253, 256, 257, 258, 260, 274, 288, 292, 293, 322
consentement, 40, 82, 89, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 115, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 188, 189, 201, 218, 225, 226, 247, 251, 262, 272, 274, 275, 301, 317, 318, 319, 320, 325, 333, 337, 343
contrat, 17, 23, 87, 106, 110, 115, 119, 127, 130, 131, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 158, 279, 280, 286, 304
Conv. E. D. H., 13, 21, 33, 36, 39, 43, 45, 48, 49, 51, 60, 70, 73, 82, 85, 89, 109, 111, 113, 176, 184, 185, 189, 194, 195, 198, 199, 202, 208, 210, 228, 232, 236, 237, 263, 293, 325
corporelle, 12, 23, 24, 25, 29, 33, 82, 83, 85, 89, 90, 113, 115, 116, 118, 126, 144, 152, 174, 175, 188, 189, 192, 194, 202, 204, 207, 210, 216, 218, 242, 244, 245, 296, 305, 307, 319, 322, 323, 325, 326
corps humain, 23, 24, 25, 27, 30, 34, 93, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 141, 142, 143, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 174, 188, 192, 215, 218, 244, 251, 280, 288, 296, 297,

301, 302, 303, 305, 307, 309, 315, 322, 323, 325, 326, 339, 361

Cour E. D. H., 9, 14, 20, 22, 23, 27, 30, 33, 35, 36, 38, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 82, 85, 86, 87, 90, 91, 93, 95, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 104, 105, 108, 110, 111, 113, 173, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 184, 189, 193, 194, 199, 201, 204, 218, 225, 237, 241, 256, 274, 288, 315

Cour suprême des Etats-Unis, 29, 30, 53, 56, 57

Cour suprême du Canada, 29, 30, 33, 48, 49, 50, 51, 53, 54

D

D. U. D. H., 43, 70, 72, 197, 198, 217, 228

Dieu, 16, 18, 59, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 79, 80, 195, 196, 205, 206, 207, 218, 359

dignité objective, 194, 195, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 218, 221, 222, 223, 224, 228, 229, 230, 239, 243, 245, 323

dignité subjective, 30, 192, 202, 204, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 218, 223, 230, 231, 239, 243, 257, 315, 323

disposition corporelle, 23, 24, 113, 114, 115, 174, 188, 189, 244, 325

E

euthanasie, 10, 36, 83, 84, 85, 161, 174, 227, 239, 246, 247, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 307, 308, 309, 322, 334

H

homosexualité, 91, 293, 317

I

I.V.G., 155

indisponibilité du corps humain, 23, 280

individu, 9, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 29, 39, 41, 43, 45, 46, 52, 54, 55, 56, 58, 59, 67, 68, 79, 80, 81, 94, 96, 101, 113, 118, 120, 124, 128, 130, 132, 153, 184, 188, 189, 194, 202, 205, 206, 209, 210, 211, 216, 218, 221, 223, 227, 229, 245, 246, 250, 287, 288, 293, 300, 301, 305, 311, 323, 326, 358

interprétation, 11, 13, 14, 23, 33, 37, 38, 39, 43, 45, 47, 48, 53, 104, 113, 114, 119, 162, 163, 177, 179, 181, 186, 214, 223, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 241

L

libéralisme, 192, 325, 326
liberté, 16, 17, 18, 19, 21, 39, 45, 46, 49, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 71, 78, 79, 81, 87, 93, 104, 105, 106, 108, 110, 112, 113, 129, 130, 133, 134, 137, 141, 142, 145, 153, 160, 172, 180, 189, 194, 197, 198, 199, 200, 203, 205, 206, 209, 212, 216, 221, 222, 228, 229, 234, 236, 242, 258, 268, 272, 293, 298, 313, 314, 317, 320, 325, 326, 341, 347

M

médicale, 24, 97, 99, 116, 121, 122, 124, 125, 141, 142, 145, 148, 149, 150, 154, 155, 158, 159, 166, 167, 169, 203, 249, 251, 253, 259, 270, 290, 296, 301, 305, 341
morale, 17, 36, 41, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 76, 78, 80, 81, 111, 113, 125, 133, 134, 171, 180, 189, 199, 200, 305, 337
mort, 10, 20, 36, 48, 49, 50, 53, 76, 83, 84, 92, 96, 98, 161, 195, 203, 226, 246, 247, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 263, 270, 305, 307, 309, 310

O

ordre public, 54, 94, 97, 109, 111, 154, 157, 170, 192, 212, 219, 244, 247, 279, 280, 281, 282, 285, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 319, 322, 323, 326, 341

P

P. M. A., 26, 158, 166, 167, 169, 269, 271, 272, 275, 276, 277, 281, 290, 302, 312, 315, 316
procréation, 12, 26, 27, 28, 36, 40, 77, 155, 160, 163, 166, 167, 169, 245, 246, 259, 263, 264, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 277, 279, 281, 283, 300, 301, 302, 303, 305, 306, 307, 312, 314, 322

R

relations sexuelles, 14, 40, 53, 89, 90, 93, 95, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 110, 111, 170, 173, 201, 207, 212, 225, 292, 293, 294, 306, 317, 318, 319, 320

religion, 59, 61, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 74, 76, 77, 79, 80, 81, 195, 196, 199, 305, 338, 348, 350, 360

right of privacy, 53, 54, 55, 56, 361

S

sadomasochisme, 207, 320
sexe, 20, 24, 38, 84, 86, 87, 94, 142, 182, 183, 184, 204, 205, 206, 207, 276, 290, 306, 319, 334
soins palliatifs, 85, 92, 253, 254, 255, 257, 261, 307, 309, 310
suicide, 10, 36, 49, 50, 83, 85, 91, 95, 96, 97, 117, 120, 184, 203, 227, 249

T

thérapeutique, 14, 41, 84, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 116, 121, 122, 123, 124, 125, 139, 143, 148, 154, 156, 158, 159, 160, 161, 172, 204, 252, 254, 257, 258, 260, 261, 308
transsexualisme, 84, 86, 90, 91, 122, 181, 183, 205, 207, 208, 239

V

vie, 12, 19, 20, 27, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 65, 68, 71, 76, 79, 85, 87, 92, 94, 95, 96, 98, 101, 102, 103, 104, 107, 109, 110, 111, 113, 122, 125, 128, 132, 141, 145, 148, 161, 162, 163, 173, 182, 184, 189, 193, 194, 195, 201, 202, 203, 204, 207, 212, 213, 215, 222, 226, 229, 230, 237, 239, 242, 245, 246, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 261, 264, 266, 273, 288, 290, 293, 302, 303, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 317, 322, 325, 333, 361
vie privée, 14, 36, 38, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 71, 88, 97, 101, 102, 111, 182, 184, 189, 201, 205, 215, 222, 293
vie sexuelle, 12, 27, 36, 46, 102, 107, 173, 245, 246, 293, 307, 322
violences volontaires, 103, 108, 173, 188, 226
volonté, 17, 18, 22, 23, 34, 44, 72, 73, 75, 81, 96, 97, 98, 99, 102, 103, 105, 107, 109, 114, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 143, 145, 151, 152, 157, 161, 162, 163, 170, 171, 172, 183, 197, 201, 227, 235, 249, 250, 251, 253, 257, 265, 272, 274, 275, 280, 286, 288, 300, 302, 323

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	8
PREMIERE PARTIE : L’AFFIRMATION DU PRINCIPE D’AUTONOMIE PERSONNELLE.....	32
CHAPITRE I : LA REVELATION DU PRINCIPE D’AUTONOMIE PERSONNELLE EN DROIT EUROPEEN	34
Section 1 : La genèse du principe d'autonomie personnelle en droit européen	35
§1 : Le droit au respect de la vie privée, fondement manifeste du principe d'autonomie personnelle	35
A- Le droit au respect de la vie privée au sens du droit européen.....	36
1- Le sens originel du droit au respect de la vie privée.....	43
2- L'interprétation créatrice du droit au respect de la vie privée par la Cour E. D. H.....	45
a- Le droit à la liberté de la vie sexuelle	46
b- Le droit à la vie privée sociale.....	46
B- L' « emprunt » du principe d'autonomie personnelle aux Cours suprêmes du Canada et des Etats Unis	48
1- La référence explicite à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada	48
2- L'influence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.....	53
§2 : Le fondement occulte du principe d'autonomie personnelle : le déclin de l'influence religieuse en droit européen.....	59
A- L'influence traditionnelle de la morale chrétienne en droit européen	60
1- Définition de la morale chrétienne	61
a- Définition de la morale	62
α- La morale constitue un référent essentiel de toute action humaine	62
β- La spécificité sociale de la morale	65
b- Définition de la religion.....	66
c- La religion chrétienne, source de la morale en droit européen.....	69
2- Justification de l'influence de la religion chrétienne sur le droit européen	70
a- L'homme de Dieu, objet du droit européen des droits de l'homme	70
b- Le fondement chrétien des droits de l'homme	73
B- La disparition contemporaine de l'influence de la morale chrétienne en droit européen	78
Section 2 : La signification du principe d'autonomie personnelle en droit européen	82
§1 : Une conception libérale de la disposition corporelle.....	82
A- La disposition corporelle inclut la maîtrise de fait sur son corps	82
1- La référence à la disposition juridique de son corps	83
2- La référence à la maîtrise factuelle de son corps	89
B- Une disposition corporelle pouvant être effectuée à dessein exclusif de bien-être personnel.....	90
1- Le bien-être personnel associé au but thérapeutique ou médical.....	90
2- La disposition effectuée dans un objectif exclusif de bien-être personnel	91
§2 : La conception renouvelée du consentement sous l'angle de l'autonomie personnelle	95
A- La référence à une conception dualiste du consentement par la Cour E. D. H.....	95
1- Le refus du consentement omnipotent en matière de suicide dans la dignité.....	96
2- La consécration d'un consentement omnipotent en matière de relations sexuelles sadomasochistes	100
a- Le refus de justifier les relations sexuelles sadomasochistes par le consentement.....	100
b- La consécration d'un consentement absolu justifiant les relations sexuelles sadomasochistes.....	102
B- La progression d'une conception absolutiste du consentement dans le domaine de la vie privée	103
1- Un consentement dissocié des éléments de conscience et de liberté	104

2- Un consentement susceptible de faire obstacle à l'intervention de la loi pénale	107
--	-----

CONCLUSION CHAPITRE I.....113

CHAPITRE 2 : LA DISCORDANCE CONCEPTUELLE ENTRE LE PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE ET LA DISPOSITION CORPORELLE EN DROIT FRANÇAIS114

Section 1 : La conception étroite de la disposition corporelle en droit français	115
§1 : La disposition corporelle, exception au principe d'indisponibilité du corps humain	115
A- La disposition de son corps se distingue de la maîtrise de fait sur son corps....	117
B- La disposition de son corps ne se réduit pas à sa commercialité juridique et doit être effectuée à titre gratuit	119
C- Une disposition autorisée par nécessité sinon thérapeutique, au moins médicale	121
1- Le contenu de la nécessité thérapeutique ou médicale	121
2- Le principe de raison proportionnée	125
§2 : Une disposition fondée sur une conception stricte du consentement	126
A- Le consentement en droit commun	126
1- Le consentement et les notions sémantiquement voisines	127
2- Le consentement et la volonté	128
3- Le consentement contractuel	131
a- L'existence du consentement.....	132
b- L'intégrité du consentement.....	133
α- La liberté du consentement.....	133
β- La pleine conscience du consentement.....	134
1- Le consentement doit être exempt de dol ou d'erreur	135
2- L'obligation d'informer son cocontractant.....	136
B- Le consentement en droit médical	138
1- Les manifestations formelles de la particularité du consentement en droit médical.....	138
a- L'insuffisance du consentement à l'acte médical	139
α- Le consentement aux soins médicaux	139
1- Le consentement donné dans le cadre d'un contrat médical.....	139
2- Le consentement donné dans le cadre du service public hospitalier.....	141
β- L'autorisation de porter atteinte à l'intégrité physique du patient.....	142
b- Le renforcement de l'obligation d'information	145
α- Le contenu de l'obligation d'information du médecin.....	145
β- Manifestations formelles de l'obligation d'information	149
2- La justification du consentement en droit médical	151
a- Le principe d'inviolabilité du corps humain, justification essentielle du consentement en droit médical	152
b- L'insuffisance du consentement comme justification de l'atteinte au corps humain	156
α- Le consentement n'est pas un fait justificatif.....	156
β- La permission légale et l'intérêt thérapeutique	158
3- Illustrations du consentement renforcé en droit médical.....	160
a- L'aide à mourir par l'arrêt des soins.....	161
b- La maîtrise de la procréation.....	163
α- L'interruption volontaire de grossesse.....	164
β- La procréation médicalement assistée.....	166
C- Le consentement en droit pénal	169
1- Analyse du consentement en droit pénal.....	170
2- Le consentement permissif dans le cadre des relations sexuelles	173
Section 2 : Le rapprochement nécessaire avec la conception européenne de la disposition corporelle	175
§1 : La supériorité de la norme européenne sur la norme française	175

A- La nécessité d'une protection homogène des droits fondamentaux en Europe	176
B- La spécificité française en matière de droits fondamentaux	179
§2 : L'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur celle de la Cour E. D. H. en matière de transsexualisme	181
A- L'adoption du raisonnement de la Cour de Strasbourg par le juge français.....	182
B- Une manière similaire d'envisager la protection des droits fondamentaux.....	185
CONCLUSION CHAPITRE II.....	188
CONCLUSION PREMIERE PARTIE.....	189
SECONDE PARTIE : LES LIMITES DU PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE.....	191
CHAPITRE 1 : LA LIMITE ONTOLOGIQUE DU PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE EN DROIT EUROPEEN.....	193
Section 1 : Vers une conception subjective de la dignité comme fondement du droit au respect de la vie privée protégé par la Cour E. D. H.	194
§1 : La dignité objective, fondement ontologique des droits fondamentaux protégés par la Cour E. D. H.	194
A- Le contenu de la dignité objective	195
1- « Ce qu'il y a d'humain dans l'homme »	195
2- La conception chrétienne de la dignité dans les conventions internationales protectrices des droits fondamentaux.....	197
B- La protection de la dignité dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour E. D. H.....	199
§2 : La dignité subjective, fondement inédit du droit au respect de la vie privée lorsque la disposition corporelle est en jeu	202
A- Illustration de la dignité subjective par la jurisprudence relative à l'autonomie personnelle	202
B- Une dignité personnalisée.....	210
Section 2 : Un fondement inepte au regard de l'objet des droits fondamentaux	214
§1 : L'absence de vertu normative de la dignité subjective	214
A- La dignité subjective, insusceptible de réguler les comportements humains ...	214
1- La déconstruction de la dignité objective	215
2- Seule la dignité objective est une norme.....	217
B- Illustration par la jurisprudence interne.....	219
1- La jurisprudence administrative	219
2- La jurisprudence judiciaire	222
§ 2 : La déconstruction théorique de la protection des droits fondamentaux par le juge européen.....	224
A- La destruction d'un droit fondamental par le principe d'autonomie personnelle	225
1- La destruction d'un droit fondamental par la protection d'un autre droit fondamental.....	225
2- La renonciation à un droit fondamental.....	226
B- Le juge, interprète privilégié de la règle de droit.....	230
1- Le juge européen, interprète privilégié des textes de la Conv. E. D. H.	232
a- L'interprétation juridique	232
b- L'interprétation des textes de la Conv. E. D. H. par le juge européen	236
α- La méthode employée par le juge européen.....	236
β- La révélation justifiée du principe d'autonomie personnelle	239
2- Le pouvoir normatif du juge européen	240
CONCLUSION CHAPITRE I.....	243

CHAPITRE II : LA RESISTANCE DU DROIT FRANÇAIS A UNE RECEPTION ABOUTIE

DU PRINCIPE D'AUTONOMIE PERSONNELLE	244
Section 1 : La possibilité d'une évolution libérale de la disposition corporelle en droit français	245
§1 : La fin de vie	246
A- Le droit positif	246
B- L'évolution libérale de la fin de vie sous le prisme du principe d'autonomie personnelle	256
§2 : La maîtrise de la procréation	264
A- L'avortement	265
1- Le droit positif	265
2- La possibilité d'une l'évolution libérale au regard du principe d'autonomie personnelle	267
B- La procréation médicalement assistée	268
1- Le droit positif	268
2- La libéralisation crédible de la P. M. A.	272
a- L'autorisation avortée du transfert d'embryons post mortem	272
b- L'ouverture probable de la P. M. A. aux couples de femmes homosexuelles	276
C- La maternité pour autrui	278
1- La condamnation de la maternité pour autrui en droit positif	278
2- La lente progression de l'acceptation de la maternité pour autrui en droit français ?	287
§3 : Les relations sexuelles	292
A- Un droit positif très libéral	292
B- La possibilité d'une assistance sexuelle pour les majeurs protégés	294
Section 2 : Une évolution nécessairement limitée au regard de la pérennité de l'ordre public	296
§1 : Un ordre public adapté au domaine du corps humain	297
A- Un ordre public pérenne	297
1- L'ordre public impératif	297
2- L'ordre public flexible	298
B- Un ordre public corporel innervé par le principe de dignité	301
1- Un retrait apparent de l'ordre public	301
2- Un ordre public durable fondé sur le principe de dignité	303
§2 : Un ordre public pérenne en matière de fin de vie, de procréation et de vie sexuelle	307
A- La fin de vie	307
1- L'interdiction de l'euthanasie active	307
2- La préservation de la qualité de la vie par les soins palliatifs	309
B- La maîtrise de la procréation	312
1- La condamnation de la maternité pour autrui	312
2- Le refus de légaliser la P. M. A. au bénéfice des couples de femmes homosexuelles	315
C- Les relations sexuelles	317
CONCLUSION CHAPITRE II	322
CONCLUSION SECONDE PARTIE	323
CONCLUSION GENERALE	324
BIBLIOGRAPHIE	328
INDEX ALPHABETIQUE DES MATIERES	364
TABLE DES MATIERES	366

