

Congrès AFSP Paris 2013

ST n°63 – Les frontières de la communauté libérale

Alicia-Dorothy Mornington, Sciences Po/CEVIPOF, alicia.mornington@gmail.com

« Les frontières morales du libéralisme – analyse de l'évolution de la jurisprudence de la CEDH »

Abstract :

Le libéralisme tend à défendre que la sphère publique doit être régie par le principe de neutralité axiologique de l'Etat, tout en retirant à ce dernier tout droit de regard quant à la sphère privée. A partir du moment où un acte privé ne nuit pas à un tiers non consentant, l'acte ne devrait pas être du registre de l'Etat. Tout membre de la communauté libérale devrait être en mesure de vivre selon sa conception du bien, sans obligation de se plier aux valeurs morales de la majorité. Puisqu'il cherche à promouvoir la liberté individuelle, le libéral rejette donc tout perfectionnisme ou paternalisme – l'individu est alors seul juge compétent concernant la sphère privée. Cette stratégie peut conduire à l'écueil du relativisme, puisque le libéral serait tenu par son devoir de neutralité d'accepter que tous les comportements se valent, mais il lui serait alors impossible de tracer les frontières entre le bien et le mal. Cette aporie peut dès lors amener le libéral à s'autoriser de juger les pratiques, au risque de se contredire en faisant une place au paternalisme. Le défi pour le libéral serait donc de réussir à tracer des limites morales tout en évitant l'écueil moralisateur. L'étude de la jurisprudence contemporaine de la CEDH permet de voir comment ce défi est relevé en pratique quand les démocraties libérales sont confrontées à des cas limites.

Introduction :

Le libéralisme est un courant de pensée politique qui est traversé par une tension forte sur la neutralité de l'Etat. Dès son origine chez Locke, le libéralisme aspire à tolérer la pluralité des modes de vie, et dans le contexte historique de l'auteur, il s'agit de protéger les minorités religieuses contre la persécution de la majorité. Cela implique un refus du perfectionnisme : afin de garantir la paix, l'Etat doit rester neutre face à la diversité de conceptions de la vie bonne, et c'est à chaque individu de vivre selon ses convictions, quoi qu'en pense la majoritéⁱ. De tous les systèmes politiques, le libéralisme est le plus ouvert et le plus tolérant. Avec pour devise d'accepter tous pour ce qu'ils sont, créant ainsi une société pluraliste et tolérante, où les différentes conceptions de la vie bonne coexistent paisiblement. La tolérance et le respect de l'autonomie individuelle fondent le libéralisme et le distinguent du despotisme.

Pourtant, dès son origine lockéenne, cette tolérance n'est pas sans bornes. Pour Locke, elle s'arrête à certains interdits religieux : par exemple on ne saurait légitimer le suicide, même librement consenti, puisque c'est un acte prohibé par la morale religieuseⁱⁱ. La tolérance s'arrête aussi aux athées et catholiques, exclus de la communauté libérale. Ces exceptions sont critiquables car elles s'expriment dans une langue autre que celle de la raison publique d'une part, et de l'autre, ces exceptions semblent contredire le principe même de tolérance, qui comme l'a montré Maurice Cranston, ne s'applique qu'à des cas que l'on trouve moralement condamnables, sinon il n'y aurait rien à tolérerⁱⁱⁱ. Le libéral est dans une position où il n'est pas aisé d'exclure certaines pratiques, parce qu'il est tenu par son amour de la liberté et par sa défense de l'autonomie, à rester ouvert.

La seule limite que le libéral peut poser en toute cohérence est le principe de non-nuisance, théorisé par Mill. Ce principe permet de fonder les libertés négatives ; au risque d'être trivial, il permet de tracer des limites grossières comme la torture par exemple^{iv}. Selon l'auteur, un acte ne nuisant pas directement à des tiers non-consentants doit être tolérée, même si son auteur semble en pâtir d'un point de vue extérieur. La neutralité axiologique exige le laissez-faire. La communauté libérale Millienne refuse tout paternalisme, estimant que l'Etat ne possède aucune légitimité à protéger les individus de leurs choix librement consentis, puisqu'ils apprendront de leurs erreurs. Il faut tolérer la différence de croyance, et accepter que la liberté exige que les individus aient le droit de se nuire.

Le libéralisme de Mill est constitué d'une multitude d'individus mus par des visions de la vie bonne différentes, mais unis par le respect du principe de non-nuisance. Cette utopie dépeint un monde ouvert, sans interdits, où chacun est libre de s'épanouir, en suivant son bon plaisir, sans que la morale ne vienne limiter sa liberté. L'unique frontière morale est l'existence de tiers, mais dès lors qu'ils sont consentants, tout serait permis. Mill est prêt à étendre très largement la sphère de la tolérance à des cas qu'il trouve moralement répugnants, comme par exemple celui de la polygamie par exemple^v. Pourtant, face au cas extrême de la servitude volontaire,

où un individu consentirait à se soumettre indéfiniment à un autre, il met une limite au respect de l'autonomie. Il justifie cette interdiction en argumentant que la liberté se contredit si elle sert à justifier l'abandon de celle-ci^{vi}.

Le seul penseur à estimer que même l'esclavage volontaire ne doit pas être interdit ne peut venir que du mouvement libertarien. Ce courant de pensée, dans sa version la plus radicale, se réclame du libéralisme mais ne reconnaît la légitimité de l'Etat que s'il se limite à des fonctions minimales^{vii}. Robert Nozick autorise cette pratique dans son utopie libertarienne *Anarchie, Etat et Utopie*^{viii}. Selon lui, autoriser la servitude consensuelle est le seul moyen de ne pas trahir l'idéal Lockéen de laissez-faire.

Cette absence de limites morales a été vivement critiquée par les libéraux non libertariens, dénonçant le relativisme d'une pensée qui n'est pas en mesure de condamner l'esclavage, la pratique la plus oppressive qui soit. Ces critiques du libertarianisme rejettent le postulat de la neutralité axiologique de l'Etat^{ix}. Pour eux, il faut oser se prononcer et savoir délimiter le bien du le mal. La difficulté à laquelle les anti-perfectionnistes se confrontent est qu'ils vont nécessairement devoir accepter l'intervention de l'Etat au sujet d'actes privés. En limitant la sphère de tolérance, ils prennent le risque d'établir des principes paternalistes et perfectionnistes liberticides, où les minorités ne sont plus protégées de la tyrannie de la majorité.

Dans un système paternaliste ou perfectionniste, l'Etat est libre de mépriser l'autonomie individuelle et est libre d'intervenir de manière coercitive dans les décisions prises par les individus, quand bien même ces choix ne nuiraient pas à la société. Un exemple de cela pourrait être l'interdiction de l'euthanasie, sur laquelle nous reviendrons par la suite, mais qui est motivée par un jugement de valeur selon lequel il serait ne serait pas permis d'aider une personne à mettre fin à ses jours.

Par conséquent, la présence et l'absence de limites morales du libéralisme créent toutes deux des difficultés. La question qui se pose est de savoir si le libéralisme peut tracer ses frontières sans se contredire ou s'il est contraint d'évoluer dans une certaine ambiguïté ?

Tracer des limites morales revient à identifier ce qui est mal. Selon la méthode défendue par Sen, c'est une tâche plus aisée que de déterminer le bien^x. On peut procéder par éliminations, et exclure le mal absolu. Pourtant, pour le libéralisme, identifier le mal n'est pas toujours évident. Parce qu'on a affaire à une éthique de la tolérance et à une théorie du consentement, il reste une place pour des cas de mal auquel on aurait consenti. Dans ces cas là, le libéralisme est tiraillé. Dans ces cas, il ne peut pas se prononcer, au risque de se contredire. Il semble que le libéralisme soit naturellement conduit à une abolition de toutes les frontières. Mais alors pour trouver une limite, il faut aller loin dans l'horreur. C'est pour cela que nous proposons d'examiner des cas limites.

A ce titre, nous proposons d'étudier des cas de jurisprudence actuelle pour voir comment en pratique, les démocraties libérales arbitrent sur des conflits s'axant autour de l'autonomie individuelle et de la moralité collective. Pour cela, nous axons notre analyse sur la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, parce qu'elle est constamment dans l'obligation de devoir tracer des limites morales, et de justifier ces décisions. Le choix de la CEDH est particulièrement pertinent car sa jurisprudence est souvent taxée de « libérale » par ses détracteurs. La question est de savoir comment la Cour trace les limites morales de ce qui devrait être accepté au nom de l'autonomie. Cette étude montre deux évolutions concomitantes du droit. A la fois la CEDH semble être de plus en plus alignée sur une position libertarienne sur certains sujets, et sur d'autres, elle semble devenir plus paternaliste. Nous voulons nous intéresser à cette dichotomie pour voir si la CEDH est en mesure de tracer des limites cohérentes. La thèse que nous défendons ici est que cette dichotomie ou contradiction apparente n'en est pas une, et qu'au contraire, la Cour qualifie la notion d'autonomie en la mettant en rapport avec le contexte de décision.

1. Evolution libertarienne : le cas de l'autonomie et du respect de la vie privée : SM & euthanasie
2. Evolution paternaliste : le concept de vulnérabilité. Cas de l'esclavage consenti.

I. Evolution de la liberté individuelle : l'individu consentant

En Europe, en moins d'un siècle, avec le retrait du fait religieux, on observe un mouvement général en droit qui irait vers le rejet de politiques paternalistes ou perfectionnistes, pour aller vers davantage de liberté individuelle, en particulier dans le domaine de la sexualité. En quelques décennies, le divorce est devenu banal, l'homosexualité a été dépénalisée^{xi}, etc.. En droit français, cela se traduit par l'abandon de la catégorie d'outrage aux bonnes mœurs dans le code pénal en 1994. Un exemple frappant est l'autorisation du don entre époux adultérins, montrant la démoralisation de la vie privée. En effet, jusqu'en 2001, un enfant né d'une union dite illégitime (l'un de ses parents était marié à une autre personne) ne bénéficiait que de la moitié de la part d'héritage auquel avaient droit les enfants légitimes. Le message moral de cette disposition était clair, il procédait d'une condamnation des époux infidèles, et cherchait à promouvoir la fidélité. Cette disposition est

abandonnée, et désormais tous les enfants ont les mêmes droits^{xiii}. Ce changement vient de l'idée libérale que l'Etat n'a plus à s'occuper de questions morales. C'est à chacun d'arbitrer en fonction de ses préférences.

On peut observer cette transition avec netteté dans la jurisprudence sur les dommages corporels consentis. En principe, infliger des coups et blessures de manière volontaire est un acte puni par la loi. Il existe pourtant des exceptions, où l'on considère en droit que le « consentement de la victime » vaut pour justification. C'est le cas par exemple des sports dangereux tels que la boxe, où le boxeur consent au risque de subir des coups infligés par son adversaire. L'existence d'un arbitre, de règles du jeu ainsi que le consentement des participants distingue ce cas d'une agression qui est un délit. Le boxeur ne peut traduire en justice son adversaire pour coups et blessures car il consent, pourtant il a le statut légal de « victime » puisqu'il a subi un dommage corporel, même s'il ne se perçoit pas en tant que telle. Son consentement annule le caractère délictuel de la violence, mais c'est une exception, parce que l'on considère que la boxe est une activité qu'il faut tolérer. En pratique, beaucoup de sports dangereux sont tolérés, puisque l'on prête au sport des vertus positives.

A contrario, le sadomasochisme (SM) a longtemps été prohibé. On peut définir le SM comme l'infliction volontaire de coups et blessures, dans une mise en scène de domination, soumission et humiliation. Comme la boxe, ces pratiques obéissent à des règles convenues entre participants, les actes sont souvent codifiés par écrit en de véritables contrats, certes informels mais ayant valeur d'usage^{xiiii}. Le SM se distingue bien sûr du sport dangereux, notamment par l'absence d'arbitre, le caractère privé et la finalité de la violence qui est la recherche de plaisir sexuel^{xv}. Le consentement de la personne subissant les coups est central, puisque sans cela, il s'agit, lorsque le dommage corporel est grave, d'actes de torture, interdits dans la législation européenne par l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le traitement du SM par la Cour européenne des droits de l'Homme témoigne d'une libéralisation radicale, comme si les limites morales de la communauté libérale étaient sans cesse repoussées.

Si aujourd'hui le SM est toléré, en 1994, dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c/Angleterre*, la CEDH déclare que le sadomasochisme est contraire à la démocratie, et que le consentement des victimes ne saurait excuser la violence qui s'apparente à de la torture^{xv}. Les accusés sont un groupe d'hommes homosexuels sadomasochistes majeurs et consentants^{xvi}. Au détour d'une enquête de routine, des policiers trouvent des vidéos de séances SM du groupe. Leurs pratiques choquent les policiers : ce groupe s'inflige des coups et blessures à mains nues, ou à l'aide de fouets, d'orties, de cire, de clous, de papier de verre, d'hameçons, d'aiguilles, etc. Certains sont marqués au fer rouge, mais aucune de ces pratiques ne donnent lieu à des infections ni à des lésions permanentes. Ces pratiques sont consenties et s'organisent autour de règles : à tout moment la « victime » peut arrêter une pratique en prononçant un mot de code. Néanmoins, le groupe entier est traduit en justice, même si aucun des participants ne porte plainte^{xvii}.

Malgré leur consentement, dont la police ne doute pas un seul instant, les participants sont arrêtés et jugés. Lors du procès, la défense des accusés essaie de convaincre les juges de l'existence d'un droit de disposer de son corps, et de la nécessité de respecter l'autonomie individuelle, mais le droit britannique les condamne, jugeant cette violence gratuite inadmissible. Ainsi dans son opinion concordante, le juge Lord Templeman conclut sans ambages que le SM doit être condamné pour sa barbarie, et que le consentement est inopérant face à de telles violences :

« la violence sadomasochiste suppose une certaine cruauté de la part de sadiques ainsi que l'humiliation des victimes. Cette violence est nocive pour les participants et présente des risques imprévisibles. Je ne suis pas disposé à concevoir un moyen de défense fondé sur le consentement, s'agissant de rencontres à caractère sadomasochiste qui engendrent et exaltent la cruauté (...) La société a le droit et le devoir de se protéger contre le culte de la violence. Il est pervers de tirer du plaisir de la souffrance d'autrui. La cruauté est barbare »

Les autres opinions concordantes justifient leur décision sur le risque élevé que présentent ces pratiques, qui peuvent dégénérer, et sur le caractère potentiellement prosélyte de corruption des mœurs. L'accusation met particulièrement l'accent sur « la corruption du jeune 'K', qui semble à présent entretenir une relation hétérosexuelle normale stable », comme si le groupe avait entraîné un innocent dans une pratique déviante, mais qu'il était revenu à la bienséance et à la « normalité » hétérosexuelle grâce à l'intervention du droit. Cette formulation ne laisse aucun doute sur le fait que la décision est moralisatrice et perfectionniste, le SM est une activité qualifiée d'anormale. Pour autant, deux juges se prononcent néanmoins contre la condamnation des accusés, invoquant le droit à la vie privée, ainsi qu'une peur du paternalisme de l'Etat. Le procès est très médiatisé, tous les accusés perdent leur emploi.

Toutefois, trois des accusés, *Laskey, Jaggard et Brown* saisissent la CEDH en 1995 en invoquant l'article 8 de la Convention concernant le droit au respect de la vie privée et familiale^{xviii}. Selon eux, leur condamnation est une « ingérence illégale et injustifiable dans l'exercice de leur droit au respect de leur vie privée ». Or l'ingérence est reconnue par l'accusation, mais il s'agit de déterminer si elle était légitime. Le droit britannique prévoit deux motifs d'intervention : la protection de la santé publique et de la moralité. Mais

Bruxelles valide le jugement de la cour britannique à 11 voix contre 7 :

« certains de ces actes peuvent fort bien se comparer à des ‘tortures génitales’ et l’on ne saurait dire qu’un Etat contractant se trouve dans l’obligation de tolérer des actes de torture sous prétexte qu’ils sont commis dans le cadre d’une relation sexuelle consentie (...) des actes de torture (...) peuvent (...) être interdits parce qu’ils portent atteinte au respect que les êtres humains se doivent les uns aux autres »

Le fait que des actes consentis pouvant entraîner un dommage corporel prend place dans un contexte sexuel ne change rien, la Cour ne considère pas la sexualité comme un motif justificatif. La Cour finit par conclure sur le rôle sensible du consentement : « la question du rôle du consentement au pénal revêt une grande complexité et les Etats contractants doivent bénéficier d’une ample marge d’appréciation afin de prendre en considération tous les facteurs touchant à l’ordre public ». L’argument central est par conséquent que les poursuites contre les requérants sont nécessaires à la protection de la santé dans un Etat démocratique, au sens de l’article 8 par. 2 de la Convention. La Cour conclut que l’intervention est légitime car l’activité sadomasochiste des requérants était de nature à infliger des dommages corporels présentant un risque important. En somme, le consentement est déclaré inopérant ici, à cause de la gravité des dommages corporels, ces derniers étant assimilés à des actes de torture. Le motif sexuel n’est pas accepté comme fait justificatif. Cet arrêt de la CEDH limite le droit à la vie privée de manière significative. Dans son opinion concordante, le juge Pettiti argue qu’il faut absolument limiter l’interprétation de ce droit car ce n’est pas parce qu’un acte a lieu dans un domicile privé qu’il ne regarde pas la loi : « 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 la promotion de l’immoralisme délictuel ». La Cour ne saurait être plus claire : le SM est une activité qu’une société libérale et démocratique ne saurait tolérer.

Pourtant, il peut paraître surprenant qu’en l’espace d’une décennie, la CEDH revienne sur cette position. Dans son jugement K.A. et A.D. c/ Belgique, la Cour déclare au contraire que le sadomasochisme est une pratique qui relève de la vie privée. On assiste à un revirement radical, puisque la Cour semble s’éloigner de logiques perfectionnistes, en acceptant que la sexualité humaine puisse s’exprimer de diverses manières.

Les faits de ce cas sont différents : il s’agit d’un couple hétérosexuel marié, où le mari et un de ses amis infligent à l’épouse des traitements que l’on peut estimer encore plus graves que dans Laskey. Les violences sont infligées à l’aide d’aiguilles, de cire, de barres creuses, de poulies, de pinces. La victime est suspendue, brûlée, marquée au fer rouge, battue, soumise à des chocs électriques et elle perd connaissance tant la douleur est forte (§13). Outre les coups, brûlures et entailles, normalement assimilés à des actes de torture, la plaignante subit une infibulation, acte illégal car relevant de la mutilation génitale féminine.

Parce que leurs pratiques sont particulièrement extrêmes et dangereuses, le trio a été exclu des clubs sadomasochistes qu’ils fréquentaient. Toutefois, comme chez Laskey, les séances devaient théoriquement être sécurisées grâce à l’existence d’un mot de code que la victime peut invoquer si elle sent que les douleurs ne sont plus supportables. Or, lors d’une séance particulièrement violente, la femme prononce ce code pour arrêter la violence, signifiant donc qu’elle n’était plus consentante. Pourtant, les deux hommes n’en tiennent pas compte et continuent de la violenter, mais cette fois sans son accord. L’affaire arrive ici aussi par hasard devant la justice et en 1997, un tribunal belge les juge coupables de coups et blessures. Suite à ce procès, le mari, qui est juge, est démis de ses fonctions et condamné à un an de prison ferme, son acolyte à un mois de prison avec sursis. Ils font appel à la CEDH.

Contrairement à Laskey, la Cour considère que tous les actes qui ont eu lieu avec le consentement de la victime sont légaux, parce que le motif sexuel tient lieu d’excuse valable aux dommages corporels. La Cour reconnaît que le SM est un accord de type contractuel valable : tant que les violences se déroulent avec l’accord de la victime, son consentement protège les tortionnaires de poursuites judiciaires. Mais à partir du moment où elle retire son consentement, ces derniers deviennent coupables de coups et blessures volontaires intentionnels, voire de torture, selon la gravité des dommages. La Cour reconnaît que dans le cadre de pratiques consenties, le sadomasochisme est toléré et relève de l’autonomie individuelle et d’un droit à l’épanouissement personnel:

« 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 dommageable ou dangereuse pour sa personne» (KA et AD, §. 83)

La Cour sort du registre paternaliste puisqu’elle reconnaît un droit à se nuire, ce qui est novateur et éminemment libertarien. Elle ne se place plus en juge moral, avoue son incompétence en matière morale – une partie clef de l’argumentation repose sur le fait qu’au sein de la communauté SM, les pratiques des deux hommes sont extrêmes :

« Les requérants (...) dépassaient les limites normalement respectées dans ce domaine (...) même dans l'hypothèse où l'on pourrait considérer que la loi autorise implicitement des pratiques sadomasochistes légères, de telles pratiques ne seraient justifiées que (...) dans le respect des règles essentielles applicables dans ce domaine, ce qui clairement n'aurait pas été le cas en l'espèce » (KA et AD, §. 48)

Cette transition a été dénoncée par de nombreux juristes qui y ont vu une célébration d'un droit à la torture ou encore d'un droit au sadisme. Dans un double numéro de la revue *Droits*, Bernard Edelman parle de la célébration de principes prônés par le marquis de Sade. La CEDH aurait créé des droits de l'homme sadien, et cet arrêt de la Cour créerait un dangereux précédent, légitimant un droit légitime au sadisme^{xx}. Notons que la Cour n'affirme pas un droit absolu à disposer de son corps, les pratiques sexuelles violentes doivent être acceptées par la communauté SM. Néanmoins, l'individu pratiquant un SM modéré doit y être autorisé en toute liberté afin de jouir de son droit à la vie privée.

Ce que l'on peut constater c'est l'érosion progressive des interdits sexuels en quelques années. Cette légitimation se fonde sur l'affirmation d'un droit à la vie privée, à l'épanouissement de soi et à la propriété de son corps. Ce droit libertarien légitime les affaires sexuelles, mais aussi la question de l'euthanasie. Le revirement de la Cour en matière sexuelle renvoie à sa nouvelle interprétation de l'autonomie individuelle, qui a eu lieu lors d'un arrêt deux ans plutôt. Dans l'affaire *Pretty c/ Royaume-Uni* en 2002, la Cour reconnaît un droit à disposer de son corps et au respect de la vie privée, légitimant l'euthanasie.

Depuis l'arrêt *Pretty* de 2002 qui avait affirmé le principe d'autonomie individuelle, la Cour a dû examiner plusieurs cas de suicide assisté. Comme pour le SM, on voit ici aussi une nette évolution de la Cour qui abandonne progressivement tout paternalisme pour affirmer de plus en plus nettement un droit à la vie privée et à disposer de son corps librement. Dans le cas d'euthanasie *Haas c/ Suisse* en 2011^{xx}, la Cour a affirmé désormais l'existence d'un droit au choix

« le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée » (Hass, § 51)

Plus récemment, en 2012 le cas *Gross c/ Suisse* confirme ce droit. Il s'agit d'une femme de 80 ans qui est en bonne santé et qui souhaite mettre fin à ses jours car elle ne veut plus continuer à subir les effets du vieillissement. L'euthanasie est une pratique légale en Suisse, mais Madame Gross n'étant pas malade, la Suisse estime qu'elle ne peut pas bénéficier d'un suicide assisté, malgré ses demandes répétées de dose létale de barbituriques. Elle se plaint « qu'en lui refusant le droit de décider quand et comment elle finirait sa vie, les autorités suisses ont violé l'article 8 (droit au respect de la vie privée familiale) de la Convention ». La CEDH conclut effectivement que la Suisse a violé l'article 8, non pas car elle aurait dû fournir le poison à la requérante mais car elle aurait dû clarifier son mode d'attribution, à savoir s'il est conditionnel d'une maladie ou s'il peut être demandé par des personnes en bonne santé. La CEDH demande donc à la Suisse d'« émettre des directives complètes et claires sur la question », mais l'étape importante ici est que la Cour a reconnu que si un pays autorise l'euthanasie, ce droit n'est pas nécessairement irrecevable dans le cas d'une personne saine. En d'autres termes, il faut laisser les individus libres de juger ce qui est dans leur intérêt et les laisser mettre fin à leur vie s'ils le souhaitent.

Certains commentateurs estiment que cette évolution de la jurisprudence reste néanmoins timide et procédurale, la Cour ne tranchant pas sur le fond, en refusant de condamner un pays pour ne pas avoir autorisé cette pratique^{xxi}. Le dernier arrêt en date dans cette progression continue vers l'affirmation de ce droit est *Koch c/ Allemagne*, où la CEDH reproche à l'Allemagne de ne pas avoir aidé examiné avec sérieux le dossier de madame Koch qui demandait à mettre fin à ses jours. C'est un reproche procédural, car la Cour reconnaît que seul 4 pays signataires de la Convention ont dépénalisé le suicide assisté, et par conséquent, que ce n'est pas à la Cour d'exiger la légalisation.

Nous pouvons donc conclure ici que tant dans le domaine de l'intime, en une décennie, la CEDH semble s'être engagée dans un processus de libéralisation ou d'abolition des frontières morales, ne se reposant que sur l'autonomie. Elle se refuse de plus en plus à émettre des jugements de valeur sur les pratiques, en laissant les individus sadomasochistes ou suicidaires prendre leur propre décisions. L'article 8 est donc le fondement d'un droit à l'autonomie et d'un rejet de toute intervention paternaliste ou perfectionniste. Le corps des individus est donc de plus en plus pensé comme propriété de l'individu, sur laquelle l'Etat n'a aucun droit. Il serait donc tentant de conclure ici que la Cour de Strasbourg est une Cour libérale voire libertarienne, refusant l'ingérence paternaliste de l'Etat.

II.

Pourtant, si l'on s'éloigne des affaires liées à la sexualité ou à la mort, il semble qu'en même temps, la CEDH n'a jamais été autant paternaliste que durant cette dernière décennie ! En effet, la CEDH semble limiter de manière exponentielle la portée du consentement individuel lorsque l'on examine la jurisprudence autour de la notion de vulnérabilité.

Ce concept s'applique à des catégories d'individus, dont on considère que l'autonomie est limitée par la situation objective dans laquelle ils se trouvent. Ces personnes doivent donc être protégées par le droit, qui se doit d'être paternaliste à leur égard, en les protégeant contre ce à quoi elles pourraient consentir. La CEDH ne définit jamais clairement ce qu'elle entend par vulnérabilité, et ne fournit pas une liste exhaustive des personnes qui peuvent figurer dans cette catégorie. La jurisprudence européenne montre cependant que cette notion a été appliquée à des mineurs, à des minorités sexuelles, à des femmes, à des personnes isolées, à des malades mentaux^{xxii}, dépendantes, à des prisonniers^{xxiii}, à des demandeurs d'asiles^{xxiv}. Il est intéressant de noter que s'il semble que la Cour se réfère de plus en plus fréquemment à cette notion, elle ne la définit pourtant pas avec exactitude. L'effet de la vulnérabilité contraint les Etats à plus d'intervention paternaliste, instituant une multitude d'individus comme non-responsables, ou en tout cas à responsabilité limitée.

Pour ne développer qu'un seul exemple, dans le cas de la minorité, il peut sembler intuitivement évident qu'un enfant ne saurait être tenu responsable de ses choix, particulièrement si ces choix lui sont dommageables. Dans la théorie libérale, il n'a jamais été question d'affirmer que le consentement d'individus mineurs doive être respecté, en effet, le seul paternalisme qui est légitime, même pour les libertariens radicaux (comme Nozick) est bien celui que les parents doivent exercer sur leur enfant. Or, en droit français, comme nous allons le voir, cela n'est pas toujours le cas, d'où la nécessité de la CEDH d'insister sur la vulnérabilité de l'enfant, dont le consentement ne doit donc pas être considéré valable.

En 2005, la Cour se penche sur le cas *Siliadin c/ France*. Les faits sont les suivants: Siwa-Akofa Siliadin est une mineure togolaise de quinze ans, emmenée en 1994 par ses parents en France sous un faux prétexte, et en réalité « donnée » aux époux B., chez qui elle devient aide domestique non rémunérée. Ses nouveaux « propriétaires » décident ensuite de la « prêter » à une autre famille, chez qui elle va rester plusieurs années au cours desquelles elle n'est pas scolarisée. Aucun congé ne lui est accordé, son passeport lui est confisqué. Elle dort dans un local exigu, et travaille de 7h30 à 22h30. Après plusieurs années de ce traitement, elle finit par se confier en 1998 à une voisine qui contacte le Comité contre l'esclavage moderne (CEEM), une organisation non gouvernementale française qui s'occupe de la traite des êtres humains et des travailleurs domestiques.

Le CEEM porte plainte contre les époux B. pour « obtention abusive d'une personne vulnérable ou dépendante et services non rémunérés ou insuffisamment rémunérés, ainsi que pour soumission de cette personne à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine »

Les accusés sont condamnés en première instance à un an de prison ferme, dont 7 moi avec sursis, mais ils sont relaxés en appel. La Cour de Cassation estime que les époux sont coupables d'avoir employé Siliadin en violation du droit du travail, mais que les conditions de travail dans laquelle elle se trouvait n'étaient pas en violation avec la dignité humaine. Ici, il faut comprendre la violation de la dignité humaine comme un traitement cruel :

« cela était insuffisant pour considérer que les conditions de travail étaient incompatibles avec la dignité humaine, ce qui impliquerait par exemple des cadences infernales, des insultes et brimades fréquentes, la nécessité d'une force physique particulière sans commune mesure avec la nature de l'employé, l'exercice de l'activité dans un local insalubre, ce qui n'était pas le cas en l'espèce » (§ 26)

La jeune femme reçoit une somme importante de compensation, mais les époux sont relaxés^{xxv} Cette relaxe peut surprendre à plusieurs titres, le premier étant que la jeune fille était mineure à l'époque des faits. Comment alors considérer que sa situation ne relevait que du travail dissimulé et non du travail forcé voire de l'esclavage? Mais la défense avait fait valoir que la jeune femme n'était pas contrainte, qu'elle était libre de ses mouvements, qu'elle avait pu s'enfuir une première fois, pour revenir ensuite vers la famille, qu'elle disposait de petites sommes d'argent, avait pu téléphoner à son oncle, parlait français et pouvait s'orienter dans le métro parisien, etc. La défense a contesté la situation d'esclavage et a soutenu que Siliadin était consentante, sans quoi elle ne serait pas revenue chez les B.. La Cour de cassation estime que Siliadin n'est pas vulnérable, malgré sa minorité :

« son état de vulnérabilité et de dépendance, élément constitutif commun aux infractions reprochées, n'est pas établi dès lors que la jeune fille avait une certaine liberté de déplacement, l'état de vulnérabilité ne pouvant résulter de sa seule extranéité » (§ 43)

En d'autres termes, il semblerait que dans ce jugement de la Cour de cassation, pour qu'une personne soit vulnérable, elle doit subir une contrainte physique. Cette interprétation du concept de vulnérabilité est ici tout à fait libertarienne, puisqu'elle ne reconnaît que la liberté négative. Le libertarianisme ne fait pas de différence entre le consentement manifeste et le consentement réel, ce qui est une stratégie courante pour défendre le paternalisme. Pour s'assurer qu'un choix est volontaire ou consenti, un libertarien se satisfait de n'importe quelle manifestation de consentement. Nul besoin d'aller creuser en détail pour savoir si le consentement est réellement libre, ou bien s'il est influencé, ou s'il est effectivement informé. Par conséquent, l'Etat doit respecter tout consentement manifeste, sans commencer à enquêter sur les motivations individuelles. Cette limitation a pour effet de légitimer tout accord, sauf s'il est passé sous la menace physique, puisqu'il s'agirait là d'une violation du principe de non-nuisance^{xxvi}.

Dès lors que la jeune femme avait la liberté de se déplacer, le droit français estime qu'elle est entièrement autonome, en faisant abstraction du contexte d'exploitation dans lequel elle se trouvait et de manière encore plus surprenante, en ignorant son statut de mineure à l'époque des faits. Cette décision de la Cour d'appel ne tient pas non plus compte de « la confiscation du passeport, le défaut de rémunération ou une rémunération sans rapport avec le service fourni, mais aussi la séquestration ou l'autoséquestration, outre l'isolement culturel, physique et affectif » (§ 93).

Pour cette raison, le CCEM porte l'affaire devant la CEDH en 2005 pour violation de l'article 4 de la convention qui protège contre l'esclavage. La Cour établit que l'adolescente était sous la menace constante d'une dénonciation à la police, puisqu'elle était en situation irrégulière sur le territoire français et a fortiori mineure (§ 118). La Cour condamne donc la France, jugeant qu'elle n'a pas protégé la plaignante contre l'article 4 de la Convention qui interdit l'esclavage et le travail forcé. La CEDH contredit la Cour de cassation et offre une définition tout autre de la vulnérabilité :

«Quant à savoir si elle a accompli ce travail de son plein gré, il ressort clairement des faits établis qu'il ne saurait sérieusement être soutenu que tel était le cas. Il est au contraire flagrant qu'aucun autre choix ne lui était offert » (§ 119).

C'est l'absence d'alternatives *réelles* qui crée une contrainte si forte qu'elle invalide le consentement de la jeune femme. Elle n'était pas en mesure de trouver un emploi en France, étant en situation illégale, et il lui était impossible de retourner au Togo sans argent ni papiers, chez sa famille qui l'avait « prêtée », disposant d'elle comme de leur propriété. Par conséquent, on peut conclure de ce cas que la CEDH distingue un acte volontaire d'un choix réel. La Cour ne nie pas que la plaignante a consenti à sa situation d'esclavage. Pour autant, ce n'était pas un acte libre parce qu'il lui était impossible de faire autrement. Son consentement était réel, mais contraint, et c'est cette contrainte qui fonde la vulnérabilité et invalide le consentement. Par conséquent, même si elle est retournée vers sa situation d'esclavage après avoir pourtant réussi à s'enfuir, le droit ne doit pas considérer son consentement comme une excuse pour ce qu'elle subit. En d'autres termes, l'absence de choix annule son acceptation d'un travail en violation du droit du travail, où elle était privée et des bénéfices qu'elle était en droit de percevoir en tant qu'employée (horaires décents, salaire, etc.). Il est pertinent de noter que la minorité de la jeune femme a finalement eu beaucoup moins de poids que ce que l'on aurait pu imaginer de prime abord. Cela tient peut-être à une autre tendance en droit de ces dernières années qui consiste à vouloir abaisser l'âge de la responsabilité légale.

Quoiqu'il en soit, cette conception du principe de vulnérabilité a pour but de protéger les individus les plus faibles d'abus. La CEDH reconnaît donc que pour être autonome il faut être en mesure de pouvoir faire des choix entre des alternatives viables.

III.

Pour conclure, en examinant l'évolution de la jurisprudence de la CEDH, on constate que le droit à la vie privée et à l'autonomie se développe en même temps qu'une doctrine de la vulnérabilité. La CEDH repousse les frontières morales concernant les mœurs pour faire de l'autonomie le seul critère de légitimité. En même temps, elle durcit les frontières morales du marché, incitant les Etats à faire preuve de plus de paternalisme envers les populations vulnérables car contraintes. Ces deux évolutions ne sont pas contradictoires. La CEDH a de bonnes raisons de vouloir accorder plus de portée au consentement dans le domaine de l'intime que dans les relations publiques, liées au marché. La CEDH semble donc distinguer le domaine de l'intime, qui est un domaine libre, du monde du public du marché, qui est contraint. Une hypothèse pour expliquer ce déséquilibre tiendrait à la nature spécifique du domaine intime, qui serait gouvernés par des choix libres, où les individus ont de « réelles alternatives », alors que le champs du marché ou du public, où les personnes au plus bas de l'échelle, serait plus l'objet de contraintes, n'ayant d'options viables.

On pourrait rétorquer ici que cette dichotomie entre rapports intimes et publics est caricaturale.

Premièrement, l'intime ne dépend pas nécessairement de choix. Les préférences sexuelles ne seraient pas choisies, mais plutôt dépendantes de facteurs génétiques et environnementaux, donc la sexualité pourrait être contrainte d'une certaine manière. Elle ne serait pas le lieu de choix existentiels mais plutôt celui d'une soumission à ses pulsions. On pourrait alors répondre qu'il reste tout de même à l'individu la possibilité de choisir selon quelles modalités il satisfera ses préférences. Il a en outre le loisir de choisir ses partenaires et reste responsable de ses pulsions. Au contraire, lorsqu'une personne est en situation d'esclavage domestique, son consentement ne reflète pas sa subjectivité propre, mais uniquement sa position sur le marché, au bas de l'échelle des compétences, étant une migrante illégale, mineure, non-qualifiée, etc. Le consentement de la pseudo-victime SM est donc de nature radicalement différente que celui de l'esclave domestique, il est donc logique de les différencier en droit.

Deuxièmement, l'intime peut être le lieu de contraintes. Sans parler de viol ou d'abus, puisque nous ne nous intéressons qu'à la sexualité consentante, la sphère intime n'est évidemment pas épargnée par les pressions et autres chantages affectifs. Le même raisonnement vaut pour le suicide, qui est *a fortiori* un choix libre, même si on pourrait aussi penser qu'on peut être influencé ou contraint à mettre fin à ses jours. Il existe également des contraintes sociétales qui normalisent les rapports sexuels, limitant l'épanouissement personnel. C'est là le travail de la critique féministe du consentement, qui s'est attachée à le dénoncer comme une norme phallocrate, et on peut ici citer le travail de Geneviève Fraisse en France qui s'est attachée à dénoncer le rôle de concept^{xxvii}. Néanmoins, on peut rétorquer ici que dans le domaine spécifique du SM, puisqu'il s'agit d'une pratique marginale, il serait difficile de dire que ceux qui le pratiquent subissent des pressions sociétales. Bien au contraire, on pourrait même penser que les adeptes de ces pratiques pourraient être victimes de discriminations. Affirmer une sexualité « déviante » est un risque et une affirmation d'individualité, car cela exige l'individu qu'il s'affranchisse des normes morales existantes.

En conclusion, nous voyons comment en pratique la CEDH trace des frontières morales. On a montré que ces frontières évoluent vers le libertarianisme et vers le paternalisme, sans que ces deux tendances soient contradictoires, puisqu'elles s'appliquent à différents domaines. Cette analyse montre comment, dans la pratique libérale, l'opposition classique entre les courants libertariens et paternaliste ne s'applique pas, car la Cour opère une sorte de synchrétisme heureux entre ces deux tendances, tout en restant résolument libérale.

i John Locke, Letters on toleration,

ii John Locke, Deux traités sur le gouvernement, livre II, chapitre ??

iii Maurice Cranston, toleration

iv Nous ne souhaitons pas évoquer le problème de l'offense ou des externalités négatives, qui dépassent le cadre de notre présentation, mais signalons la limite de la portée du principe de non-nuisance. A ce sujet, voir Arthur Ripstein. Beyond the Harm Principle. Philosophy & Public Affairs, Vol. 34, No. 3, pp. 216-246, 2006.

v John Stuart Mill, De la liberté, chapitre 5

-
- vi Mill donne une second raison à l'interdiction de l'esclavage volontaire : il s'agit d'un engagement dans le temps à durée illimitée, ce qui pour l'auteur contrevient à son idée de la liberté individuelle.
- vii Nous excluons ici le libertarianisme de gauche défendu par Hillel Steiner et Michael Otsuka. Pour plus de référence à ce sujet, voir :
- viii Robert Nozick, *Anarchie, Etat et Utopie*, PUF, Paris, 2008.
- ix La plupart des auteurs libéraux tranchent en faveur de l'abandon de la neutralité de l'Etat, John Rawls pour n'en citer qu'un, autorisant l'état à être paternaliste si nécessaire.
- x **Amartya Sen**,
- xi La CEDH reconnaît l'homosexualité comme pratique relevant de la vie privée dans l'arrêt Dudgeon, et Norris c. Irlande. Voir Jean-Manuel Larralde "L'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle", in *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*. (65/2006) p 40-41.
- xii Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, J.O.R.F. n°281 du 4 décembre 2001 page 19279.
- xiii Pierre-Yves Quiviger, « Du droit au consentement. Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux témoins de Jéhovah » *Raisons politiques*, 2012/2 n° 46, p. 82.
- xiv Chez le masochiste la douleur est une forme de plaisir.
- xv Affaire Laskey et autres c. Royaume-Uni, Requête No 21627/93; 21628/93; 21974/93.
- xvi Un des participants est mineur, ayant tout juste 21 ans au moment des faits, qui était alors l'âge du consentement à un rapport homosexuel en Grande Bretagne.
- xvii En droit commun, ce ne sont jamais les victimes qui portent plainte. Au Royaume Uni c'est le Service des poursuites judiciaires de la Couronne qui se porte plainte.
- xviii AFFAIRE LASKEY ET AUTRES c. ROYAUME-UNI, 21627/93 21826/93 21974/93, 19/02/1997
- xix « La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs" vol. 1 et 2, Droits 2008 - n° 48 et 49, PUF.
- xx Voir la Cour EDH, 1e Sect. 20 janvier 2011, Haas c. Suisse, Req. n° 31322/07 – ADL du 21 janvier 2011 ; Cour EDH, 4e Sect. 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, Req. n° 2346/02.
- xxi Nicolas Hervieu, « Les prudentes audaces de la jurisprudence européenne face à l'assistance au suicide » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 23 juillet 2012.
- xxii CEDH, 23 février 2012, n° 27244/09, affaire G. c. France.
- xxiii (Younger, n° 57420/00, Troubnikov, n°49790/99, 5 juillet 2005).
- xxiv Saadi c. RU
- xxv La Cour condamne donc les époux à lui verser des dommages et intérêts, et en même temps, le Conseil des prud'hommes lui accorde aussi un rappel de salaire, la plaignante est donc dédommée d'environ 50.000 euros en totalité, en plus de 50.000 francs que les époux B. avaient remis à la jeune fille devant le tribunal, comme pécule qu'ils auraient constitué pour elle.
- xxvi Pour une discussion complète de la définition libertarienne de la volonté, voir : Et pour une discussion de la contrainte, voir :
- xxvii **Geneviève Fraisse, Du consentement**. Mais il faut aussi faire référence à Carole Pateman, qi