L'identité et le corps

Hélène Hurpy

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1601>

DOI : 10.4000/revdh.1601

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Hélène Hurpy, « L'identité et le corps », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 18 novembre 2015, consulté le 17 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1601> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1601>

Ce document a été généré automatiquement le 17 juillet 2020.

Tous droits réservés

L'identité et le corps¹

Hélène Hurpy

- 1 « Parce que je le vau**x** bien ! ». Ce célèbre slogan d'une marque de cosmétiques clame haut et fort que chaque personne entend désormais affirmer ce qu'elle est, notamment en contrôlant son apparence physique. En effet, si notre corps est ce qui nous constitue, il est aussi possible d'en disposer librement². Par conséquent, l'apparence corporelle peut être, par exemple, modelée par des régimes alimentaires, de l'exercice physique, des tatouages, des piercings, voire par le recours à la chirurgie esthétique. En somme, la maîtrise de son corps et de l'image qu'il renvoie permettrait d'être soi-même³ et le droit semble entériner pleinement cette évolution.
- 2 En effet, les choix corporels visant à façonner son identité sont de plus en plus fréquemment tolérés, voire même protégés juridiquement. Ainsi, en 2002, dans deux affaires concernant le mariage de personnes transsexuelles, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur le principe d'autonomie personnelle - entendue comme la « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend »⁴ - pour juger que « la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »⁵. Elle a alors précisé « que l'élément chromosomique [ne doit pas] inévitablement constituer le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels »⁶. En d'autres termes, le sexe psychosocial l'emporte sur le sexe biologique montrant qu'il est désormais possible de construire son identité sexuelle voulue, et non plus subie⁷. Mais l'identité ne peut se réduire à une image ou à une représentation de soi-même par la libre disposition de son corps. Plus spécifiquement, l'identité est « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre ; par extension, ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres »⁸. C'est pourquoi, l'état civil rend possible d'identifier la personne et de lui donner un moyen de preuve qu'elle est bien celle qu'elle prétend être. En somme, il est donc nécessaire de concilier « l'identité objective » d'une personne, qui est établie par les autorités publiques et subie par chacun de nous, et « l'identité subjective » davantage déterminée par nos choix, notamment corporels⁹.

- 3 La question de l'identité façonnée par des choix corporels s'est fréquemment posée dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Cette jurisprudence constitue donc un champ d'étude privilégié notamment à la lumière de l'autonomie personnelle qui permet de faire valoir certaines revendications personnelles. Ce principe d'autonomie personnelle n'engendre-t-il pas alors un véritable « droit à l'auto-institution »¹⁰ qui permettrait d'établir, de manière durable, une identité voulue plutôt que subie ? Mais, dans ce sens, le « vouloir » - par le contrôle du corps - pourrait-il alors remplacer l'« être » ?
- 4 Si un droit à l'auto-institution offre, à n'en pas douter, des potentialités très importantes pour protéger l'identité voulue par la personne humaine, et construite par la libre disposition de son corps (1), il représente aussi une source significative de dangers pour la perte de son identité objective, en interrogeant les frontières jusque-là établies par le droit pour la garantir (2).

1. Les potentialités d'un droit à l'auto-institution : la quête d'identité subjective par la libre disposition du corps

- 5 La protection juridique de l'identité, façonnée par la maîtrise du corps, conduit à appréhender certains choix relevant de la sphère intime, afin de les garantir au sein de la sphère sociale. En effet, il s'agit d'une institutionnalisation possible « de qui l'on est vraiment ». Cette institutionnalisation ne peut se concrétiser que dans le cadre des relations avec autrui et elle est alors définie et spécifiée souverainement par la personne humaine elle-même : sa marge de compétence, pour établir son identité subjective, peut alors concurrencer celle des autorités publiques, garantes de son identité objective. Dès lors, un tel droit à l'auto-institution présente des enjeux importants d'abord du point de vue de la personne humaine (A), mais aussi du point de vue des autorités publiques (B).

A. Du point de vue de la personne humaine

- 6 Le fait de revendiquer des droits corporels pour construire son identité participe à la pleine réalisation de soi, à la libre expression de qui l'on est, ou de qui l'on souhaite devenir en se confrontant au regard des autres. Accéder à de telles revendications emporte alors des effets décisifs, pour renforcer de manière directe les droits de la personne revendicatrice (1), mais aussi de manière plus indirecte, pour promouvoir les choix identitaires de la minorité à laquelle elle peut appartenir (2).

1 Le renforcement direct des choix de la personne humaine

- 7 Le contentieux relatif aux personnes transsexuelles révèle précisément la discordance profonde entre l'identité objective, fondée sur le sexe biologique, et l'identité subjective de ces personnes, mues par le sentiment d'appartenir au sexe opposé à leur sexe biologique. Or, il a été démontré que « le transsexuel ne peut se satisfaire d'une "métamorphose" physique [car] il aspire à la modification de son état civil qui, seule, lui donnera un statut social conforme au sexe dont il a pris l'apparence »¹¹. Or, si la reconnaissance juridique de l'identité sexuelle des transsexuels s'est d'abord heurtée à

la prudence de la Cour de Strasbourg¹², elle trouve désormais un fondement juridique privilégié dans le principe d'autonomie personnelle - « principe important qui sous-tend les garanties de l'article 8 de la Convention »¹³. Il s'en suit que l'absence de modification de l'état civil des transsexuels opérés révèle « un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »¹⁴. Ainsi, l'État défendeur ne peut plus se retrancher derrière l'argument de la marge nationale d'appréciation pour refuser de rectifier l'état civil des personnes concernées¹⁵. En outre, les effets d'une telle reconnaissance ont aussi été consacrés. Ainsi, sont par exemple garantis, l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel et l'enfant de sa compagne¹⁶, le mariage des personnes transsexuelles¹⁷, ainsi que le droit au remboursement d'une partie des frais médicaux d'une opération de conversion sexuelle¹⁸.

- 8 Par conséquent, la prise en considération juridique de l'autonomie personnelle des personnes transsexuelles a permis d'exporter la question transsexuelle de la sphère intime à la sphère sociale, en accédant à leur demande de modification d'état civil. Une telle solution a par la suite justifié un accroissement et, partant, un renforcement des droits individuels des transsexuels, facilitant ainsi leur socialisation. L'autonomie personnelle implique ainsi de tenir compte de choix corporels intimes, mais aussi du contexte social dans lequel la personne transsexuelle évolue, afin de faciliter son intégration. Cette valorisation des choix identitaires peut cependant conduire à appréhender les droits de la minorité toute entière à laquelle les personnes revendicatrices appartiennent, dans le but de parvenir à une plus grande égalité sociale (2).

2 Le renforcement indirect des choix de minorités

- 9 Dès lors que certains choix relatifs au corps et à l'identité sont institutionnalisés, ils peuvent servir non seulement un intérêt individuel direct, celui de la personne revendicatrice, mais aussi, indirectement, les intérêts de la minorité à laquelle la personne concernée appartient¹⁹.
- 10 En effet, certaines revendications liées au corps s'expliquent par une appartenance commune à une identité religieuse. Ces choix doivent-ils alors être protégés en vertu d'un droit à l'auto-institution ? L'exemple du refus des Témoins de Jéhovah de subir des transfusions sanguines peut-il ainsi être garanti, sans risquer d'entraîner un refus global d'assistance voire d'encourager au suicide ? La Cour européenne s'est prononcée sur cette délicate question²⁰ en soulignant notamment que « la liberté d'accepter ou de refuser un traitement médical spécifique ou de choisir une forme alternative de traitement médical est vital aux principes d'autodétermination et d'autonomie personnelle » (§ 136). Elle a toutefois précisé deux éléments : d'abord, les tiers mais également les personnes vulnérables (§ 136), comme les mineurs (§ 137), doivent être protégés des incidences de ce choix ; ensuite, le choix de refuser des transfusions sanguines est un choix individuel, délibéré, qui n'est donc pas vicié par les principes prêchés au sein de la minorité religieuse car, comme l'a justement relevé Gérard Gonzalez, « ce qui peut être prêché à l'extérieur peut aussi l'être dans le groupe bien évidemment »²¹. Par conséquent, dans le cadre particulier de l'espèce en cause, la Cour de Strasbourg considère que l'autonomie personnelle protège le choix individuel au sein du collectif, de refuser toute transfusion sanguine de l'adulte Témoin de Jéhovah ;

ce choix ne peut en effet être empêché et est ainsi préservé de toute assimilation malheureuse tendant à stigmatiser les Témoins de Jéhovah au sein de la société. Cette fonction d'intégration sociale jouée par l'autonomie personnelle associée à certaines libertés collectives – ici la liberté religieuse – est aussi manifeste pour certains groupes qu'il convient de protéger, en conférant des droits spécifiques à ses membres.

- 11 En ce sens, le droit à l'identité sexuelle - qui peut « se définir par rapport à la sexualité hétérosexuelle ou homosexuelle »²² - marque une évolution claire pour prévenir d'éventuelles discriminations et pour lutter contre « les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle »²³. Associé à la notion d'autonomie personnelle, ce droit a d'abord été compris comme « un aspect des plus intimes de la vie privée »²⁴. Il a ensuite été nécessaire d'appréhender le droit à l'identité sexuelle des homosexuels sous l'angle de la sphère sociale, en accordant à l'individu la possibilité de révéler son identité sexuelle « voulue » dans un contexte d'interdépendance avec autrui. Désormais, la Cour européenne des droits de l'homme tient compte des « conséquences que peut entraîner la seule orientation sexuelle dans la reconnaissance des droits²⁵ », en matière notamment d'emploi²⁶ ou de droits parentaux²⁷. À ce stade, cette évolution a bien eu pour objectif de rétablir une réelle égalité sociale entre personnes hétérosexuelles et homosexuelles, même s'il reste encore beaucoup à faire sur cette question...²⁸.
- 12 Par conséquent, si l'autonomie personnelle préserve juridiquement certains groupes, elle tend également - comme concept d'intégration sociale - à promouvoir leur identité au sein de la sphère sociale. Toutefois, les enjeux d'un droit à l'auto-institution sont aussi décisifs pour les autorités publiques, dont la mission est de garantir l'identité objective de la personne humaine (B).

B. Du point de vue des autorités publiques

- 13 Un droit à l'auto-institution conduit nécessairement les autorités publiques à renouveler leurs obligations. En effet, la revendication de choix personnels ayant trait au corps et à l'identité a redéfini leur rôle, d'abord en leur imposant un devoir de s'abstenir (1), et ensuite en les contraignant à intervenir pour instituer le choix personnel revendiqué, mettant en évidence parfois une certaine confusion entre l'« être » et le « vouloir » (2)...

1 Un devoir d'abstention nécessaire

- 14 La dimension subjective des droits fondamentaux impose classiquement une absence d'ingérence de la part de l'État. Plus spécifiquement, concernant les droits garantis par le texte conventionnel ou reconnus par la Cour de Strasbourg en interprétation de ce texte, il est établi qu'un État Partie ne peut en principe s'ingérer dans leur exercice, sauf exceptions.
- 15 Ainsi, le principe d'autonomie personnelle, - qui trouve un fondement privilégié, mais non exclusif, à l'article 8 de la Convention - renforce l'obligation de non-ingérence pesant sur les autorités nationales, en constituant un rempart à certains motifs justificatifs d'une ingérence au paragraphe 2 dudit article. Les choix personnels et corporels en matière de mœurs - que ce principe d'autonomie personnelle a permis de reconnaître -, limitent désormais le champ de la notion de « morale publique » qui

justifiait préalablement des ingérences étatiques : une loi pénalisant les pratiques homosexuelles, même non appliquée au requérant, peut-être dès lors considérée comme une ingérence dans sa vie privée en vertu de l'article 8 de la Convention européenne²⁹.

- 16 Par conséquent, un droit à l'auto-institution préserverait les choix identitaires et corporels de la personne contre d'éventuelles ingérences intempestives des autorités publiques. Mais il permettrait surtout de redéfinir le rôle de l'État dans certains domaines touchant l'identité personnelle, en faveur d'une véritable « neutralité éthique », entendue comme « l'impartialité morale de l'État [qui] constitue la garantie de la liberté des individus »³⁰. Toutefois, l'institutionnalisation d'un choix identitaire touchant le corps nécessite une protection particulière et de nouvelles obligations à la charge de l'État (2).

2 Un devoir d'action renouvelé

- 17 La dimension objective des droits fondamentaux implique que ces droits constituent un système de valeurs influençant ou guidant l'action des pouvoirs publics : ceux-ci doivent alors assurer ces droits de manière concrète et effective. Or, une telle protection ne vise pas que les rapports entre les autorités étatiques et les particuliers (rapport vertical), et l'interdiction de toute ingérence intempestive du fait de l'action de ces autorités (caractère subjectif). Elle s'étend également aux relations interindividuelles (rapport horizontal) et suppose que des personnes privées ne puissent pas porter atteinte aux droits d'autres particuliers (caractère « hyper-subjectif »). Dans ce sens, la responsabilité des pouvoirs publics pourra être engagée, du fait de leur inaction à adopter des mesures adéquates pour prévenir de telles atteintes du fait des tiers.
- 18 Ainsi, la nature « hyper-subjective » de l'autonomie personnelle est notamment manifeste dans l'arrêt *Van Kück contre Allemagne*³¹. Il oppose en effet une personne transsexuelle, qui souhaite le remboursement des frais de son opération de changement de sexe à sa compagnie d'assurance maladie professionnelle, qui refuse ce remboursement. En l'espèce, la Cour note que « le juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble » (§ 70) n'a pas été sauvegardé par les autorités allemandes, notamment en faisant peser la charge de la preuve sur la requérante de démontrer que le traitement médical suivi était nécessaire. La Cour crée donc ici, des obligations hyper-subjectives - qui influencent les relations interindividuelles - et les envisage expressément sous l'angle de l'autonomie personnelle³².
- 19 Ces obligations « hyper-subjectives » s'accompagnent ensuite d'une « hyper-régulation » pour protéger des choix corporels qui participeraient prétendument à la construction de l'identité. L'utilisation par le juge européen de la théorie des obligations positives en lien avec l'autonomie personnelle, conduit en effet à prescrire certaines recommandations aux autorités étatiques concernées, pour adapter le système normatif à la protection concrète des droits revendiqués par la personne humaine. En d'autres termes, l'autonomie personnelle peut être invoquée pour solliciter une action normative des autorités publiques, que cette action se matérialise par la suppression d'une disposition, ou par l'adoption d'une mesure spécifique.

- 20 L'arrêt *Ternovszky contre Hongrie*³³ illustre parfaitement cette évolution. En l'espèce, la requérante revendique le droit de pouvoir accoucher à son domicile plutôt qu'à l'hôpital ou à la maternité. Toutefois, elle souligne qu'elle ne peut exercer ce droit car la réglementation hongroise tend à dissuader les professionnels de santé à assister les femmes souhaitant accoucher à leur domicile, parce qu'ils risqueraient des poursuites en cas de désagréments. Par conséquent, elle conteste le fait qu'il n'y ait pas en Hongrie de réglementation globale sur l'accouchement à domicile. En d'autres termes, même si la loi hongroise ne lui interdit pas d'effectuer son accouchement à domicile, elle ne lui garantit pas pour autant l'assistance médicale nécessaire pour accomplir son choix personnel. Ainsi, la revendication de Mme Ternovszky ne se rapporte pas à la liberté de devenir parent, elle porte ici sur le « droit de choisir les conditions dans lesquelles devenir parent » (§ 22), qui se rapporte davantage à sa liberté de faire, à la faculté de voir reconnaître un comportement personnel *stricto sensu*. À ce premier constat, Monsieur le juge Popovic ajoute, au sein de son opinion dissidente jointe à l'arrêt, une distinction à l'égard des conséquences de la reconnaissance de ce choix personnel de la requérante, à partir du moment où cette reconnaissance s'opère au sein d'une législation « primaire » ou d'une législation « secondaire ». En l'espèce, selon lui, deux lois hongroises prévoyaient la possibilité de la naissance à domicile et la requérante ne se plaignait donc pas de l'absence de législation primaire en la matière, mais de l'absence de législation secondaire sur l'accouchement à domicile. Or, selon Monsieur le juge Popovic, « un manque de législation secondaire n'empêche pas la réalisation d'un droit prévu par la législation primaire, tant que celle-ci reste permissive ». La demande de la requérante ne vise donc pas une modification de la législation existante (ou primaire) afin d'assurer sa liberté d'accoucher à son domicile sans entrave, mais une nouvelle législation (ou législation secondaire) afin d'institutionnaliser son droit à accoucher à son domicile. Le juge met ainsi en exergue le caractère éminemment politique de cette transformation du rapport entre les autorités publiques et la personne humaine, du fait de l'autonomie personnelle. Par conséquent, la protection de l'autonomie personnelle implique « une sorte d'obligation positive de compléter les lois pour permettre d'exercer clairement des choix »³⁴, qui se rapportent davantage à ce que la personne « veut » faire, plus qu'à ce qu'elle « est ». De nombreux autres dangers accompagnent l'idée d'un droit à l'auto-institution du sujet et doivent être soulignés (§ 2).

2. Les dangers d'un droit à l'auto-institution : la perte d'identité objective par la libre disposition du corps

- 21 De prime abord, la protection d'un droit à l'auto-institution paraît offrir à la personne en quête d'identité subjective, la pleine liberté de disposer de son corps : ce corps pourrait alors être instrumentalisé, modelé, transformé pour correspondre à une image parfois idéalisée de soi-même. Le risque d'une confusion entre l'« être » et le « vouloir » serait alors patent et se résumerait au credo : « je veux, donc je suis ! ». Ainsi, au nom de sa volonté toute-puissante, la personne pourrait revendiquer le fait d'utiliser son corps au risque de s'en déposséder, voire de soumettre le corps d'autrui à ses désirs, dès lors que la personne concernée y aurait consenti, justifiant ainsi une atteinte à ses droits³⁵. En ce sens, les autorités publiques pourraient s'engager dans les méandres des revendications identitaires les plus farfelues, les plus fantasmées et les

plus dangereuses. Dès lors, faut-il craindre un tel usage de l'autonomie personnelle qui conduirait à substituer l'identité subjective à l'identité objective ? Si de nombreux périls entourent la consécration d'un droit à l'auto-institution (A), force est de constater que, pour l'heure, seule l'unité identitaire de la personne humaine – associant, et non opposant, identité objective et identité subjective –, est réellement recherchée, ce qui limite les dangers tant redoutés (B).

A. Des dangers redoutés

- 22 La protection d'un droit à l'auto-institution, par les choix corporels opérés volontairement, risquerait de réduire la personne à sa seule matérialité niant ainsi son humanité. Au nom de sa liberté toute puissante, chacun pourrait revendiquer le droit de perdre cette liberté et de s'aliéner, révélant ainsi des dangers tant à l'égard de son propre corps (1), qu'à l'égard du corps d'autrui (2).

1 À l'encontre de son propre corps

- 23 La libre disposition du corps au nom de son identité subjective pourrait conduire à porter atteinte à sa propre intégrité physique. En effet, la Cour européenne a souligné en ce sens que l'autonomie personnelle inclut « la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »³⁶. Les exemples permettant d'observer des atteintes à l'intégrité corporelle pour construire son identité sont nombreux mais ne sont pas pour autant licites³⁷. L'autonomie personnelle interroge la reconnaissance possible d'un « droit à agir contre soi »³⁸, ou plutôt à porter atteinte à son intégrité corporelle³⁹, comme l'illustre, par exemple, le fait de subir une intervention chirurgicale telle qu'une opération de conversion sexuelle.
- 24 Le dix mars dernier⁴⁰, la Cour européenne a été précisément saisie d'une question inédite posée dans le cadre du contentieux des personnes transsexuelles : est-il possible de refuser une opération de conversion sexuelle à une personne transsexuelle – et donc voulant subir cette opération – mais toujours apte à donner la vie ou à engendrer ? Saisie de l'affaire, la Cour de Strasbourg a d'abord estimé que le refus opposé par les autorités turques à la requérante voulant subir une opération de conversion sexuelle constitue bien une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention. Elle souligne à ce titre que : « si l'article 8 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un droit inconditionnel à une chirurgie de conversion sexuelle, (...) il est largement reconnu au niveau international que le transsexualisme est un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées » (§ 65). Après avoir contrôlé la justification de cette ingérence, la Cour conclut unanimement à la violation de l'article 8 de la Convention, sans toutefois se prononcer directement sur la question – dont elle n'était, il est vrai, pas directement saisie – de savoir si l'incapacité définitive de procréer de la personne transsexuelle est une condition nécessaire à la reconnaissance juridique de changement de sexe.
- 25 Toutefois, il convient de relever que cet arrêt s'inscrit dans la lignée des travaux du Conseil de l'Europe⁴¹ – auxquels la Cour se réfère d'ailleurs au sein de l'arrêt – qui

interrogent les conditions préalables à la modification de l'état civil des transsexuels. En effet, la stérilisation ou d'autres interventions médicales sont-elles nécessaires pour décider de l'appartenance d'une personne à un sexe ou à l'autre ? Sur cette question, l'ancien Commissaire aux droits de l'homme Thomas Hammarberg avait recommandé d' : « [a]bolir la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires susceptibles de porter gravement atteinte à l'autonomie, à la santé ou au bien-être de la personne en tant que conditions nécessaires à la reconnaissance légale du genre choisi par une personne transgenre »⁴². Au sein de leur opinion concordante commune à l'arrêt, les juges Keller et Spano rappellent également – notamment au regard de la jurisprudence de la Cour en matière de stérilisation, forcée qu'elle condamne fermement – que « dans le cas où la stérilisation serait la seule possibilité de garantir l'autorisation d'une opération de changement de sexe, on peut alors parler de stérilisation *forcée de facto* ».

- 26 Par conséquent, si l'on suit les travaux du Conseil de l'Europe sur la levée de l'exigence d'infertilité définitive, en tant que condition préalable pour accéder à un traitement de changement de sexe, une telle avancée ne serait pas anodine. Elle interrogerait alors le degré de protection juridique à accorder aux personnes transsexuelles : opérées ou non opérées, infertiles ou encore fertiles, non mariées ou encore mariées... En somme, et pour reprendre les termes de Patrick Wachsmann, la Cour n'entre-t-elle pas ici « dans le délire des personnes transsexuelles à des fins aussi prétendument secourables que celles du chirurgien qui les a opérées, mais sans soucis ni des tiers intéressés (...) ni de la fonction de la loi qui est de marquer la limite »⁴³... Il n'est donc pas aisé de savoir si l'auto-institution du sujet transsexuel favorise la construction de son identité ou répond au « caractère délirant de sa revendication »⁴⁴. Le droit à l'auto-institution du sujet pourrait aussi présenter certains dangers quant à la libre disposition du corps d'autrui (2).

2 À l'encontre du corps d'autrui

- 27 La libre disposition du corps, au nom de la définition de son identité subjective, pourrait conduire à revendiquer des droits sur le corps d'autrui. En effet, comme le précise Jean-Pierre Marguénaud, « l'autonomie personnelle convient parfaitement lorsqu'il s'agit de choix strictement personnels engageant exclusivement l'individu replié sur lui-même, mais elle est en porte-à-faux dès que le choix implique une relation avec autrui pour pouvoir se concrétiser »⁴⁵. Dès lors, l'autonomie personnelle des uns, peut-elle justifier les atteintes à l'intégrité corporelle des autres ?
- 28 Dans le retentissant arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique*⁴⁶, la Cour dut se prononcer sur la requête de deux requérants, l'un magistrat et l'autre médecin au moment des faits, pénalement condamnés l'un et l'autre pour avoir infligé des coups et blessures d'une violence extrême à l'épouse du magistrat, lors de leurs pratiques sadomasochistes filmées sur vidéo. Celle-ci a-t-elle reconnu un « droit au sadisme »⁴⁷ comme certains ont pu l'écrire ? Évidemment non ! La question posée à la Cour était celle de savoir si la condamnation pénale des requérants pour leurs pratiques sexuelles constituait une ingérence autorisée dans l'exercice de leur droit garanti par l'article 8 de la Convention. Dans le cas présent, la Cour note que la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix **concernant son propre corps** (§ 83, souligné par nous), ce qui est donc bien différent du droit à la libre disposition du corps d'autrui. En outre, contrairement à sa jurisprudence *Laskey, Jaggard et Brown*⁴⁸, la

Cour souligne que le « droit pénal ne peut en principe intervenir dans le domaine des pratiques qui relèvent du libre arbitre des individus » (§ 84) : en d'autres termes, si auparavant le principe semblait être celui de l'intervention étatique, dès lors qu'elle était jugée nécessaire, l'arrêt de 2005 fait de cette intervention l'exception. Il est vrai que, comme le rappelle Madame la juge Françoise Tulkens, « le droit pénal est un mal, il ne faut pas l'oublier, et son usage doit être limité – une *ultima ratio* »⁴⁹, *a fortiori* dans le domaine de la sexualité. En l'espèce la Cour exerce un contrôle *in concreto* et reconnaît la nécessité de la condamnation des requérants, car ces derniers ont persévéré dans leurs pratiques, après que la « victime » ait crié « pitié » et « stop », mots qui auraient dû mettre fin aux violences. C'est donc l'absence de consentement qui explique les condamnations car « 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 » (§ 85). La solution de la Cour met donc en exergue l'absence de consentement de l'épouse du magistrat et écarte, à l'unanimité, la violation de l'article 8 de la Convention en jugeant ainsi qu'il existait des « raisons particulièrement graves » (§ 84) justifiant, en vertu de l'article 8, § 2 de la Convention, la condamnation pénale des deux protagonistes.

- 29 Par conséquent, il n'existe pas aujourd'hui de droit de se déposséder ou d'aliéner le corps d'autrui au nom du droit à l'identité sexuelle. Mais les controverses doctrinales, nées autour de l'autonomie personnelle à la suite de l'arrêt évoqué, conduisent à rappeler qu'il s'agit d'un concept borné de toutes parts et aux dangers bien limités (B).

B. Des dangers limités

- 30 La libre disposition de son corps pour définir sa propre identité doit toujours être conciliée, notamment, avec le respect des droits d'autrui (1), et peut servir non pas à détruire mais au contraire à garantir la « fondamentalité » de la personne humaine (2).

1 Par le respect des droits d'autrui

- 31 La revendication de son identité subjective par les choix corporels opérés trouve nécessairement sa limite dans le respect des droits d'autrui. En effet, l'autonomie personnelle vise la réalisation de soi-même, en tenant compte du contexte social dans lequel la personne évolue. Mais, en ce sens, comment concilier alors deux choix identitaires diamétralement opposés entre deux personnes se réclamant de l'autonomie personnelle ? Et comment défendre un choix identitaire visant manifestement à s'exclure de tout contact avec autrui ?
- 32 Le contentieux relatif au droit de connaître ses origines permet d'apporter des éléments de réponse à la première interrogation. En effet, ce droit qui affecte « l'identité fondamentale »⁵⁰ de la personne et est considéré comme un élément « vital »⁵¹ à la formation de l'identité personnelle de chacun, peut rencontrer le droit au secret des géniteurs⁵², comme l'illustre le cas de l'accouchement anonyme. L'affaire *Odièvre contre France*⁵³ opposait ainsi deux intérêts privés en vertu de l'article 8 de la Convention européenne : d'un côté, les intérêts de la requérante adulte, mais enfant biologique d'autrui, de connaître ses origines et, d'un autre côté, les intérêts de la génitrice à conserver l'anonymat pour préserver le droit au secret de son identité, notamment « afin de protéger sa santé en accouchant dans des conditions médicales

appropriées » (§ 44). Pour arbitrer ce conflit de droits, le juge européen de Strasbourg se réfère bien à « l'autonomie de [la] volonté » (§ 44) et souligne que l'expression « "toute personne" de l'article 8 (...) s'applique à l'enfant comme à la mère » (§ 44). Le juge relève encore que la levée du secret non-désirée de l'identité de la mère comporte des « risques non négligeables » (§ 44) vis-à-vis des tiers, plus particulièrement à l'égard des « parents adoptifs, et le père ou le restant de la famille biologique » (§ 44). Il souligne enfin que le système de l'accouchement sous X tel qu'instauré en France poursuit également un « intérêt général » (§ 45) visant à prévenir « en particulier des avortements clandestins, ou des abandons "sauvages" » (§ 45). Par conséquent, et en vertu de la spécificité du système législatif français en ce domaine, l'autonomie personnelle de la génitrice – tant dans sa volonté de conserver l'anonymat, que dans celle de lever le secret de son identité⁵⁴ – est pleinement reconnue. Le droit à la connaissance de ses origines participant à la construction de l'identité de l'enfant devenu adulte n'est donc pas absolu, du fait du contexte social dans lequel il s'inscrit et de ses implications à l'égard d'autrui. La récente affaire *S.A.S. contre France*⁵⁵ apporte des précisions quant à la seconde interrogation. Ainsi, l'interdiction du voile intégral dans l'espace public porte-t-elle atteinte à l'autonomie et à l'identité des femmes souhaitant le porter, mais qui se coupent alors de toute interaction avec autrui ? Le juge européen note précisément qu'une telle interdiction « place [les femmes concernées] devant un dilemme complexe et [qu'] elle peut avoir pour effet de les isoler et **d'affecter leur autonomie (...)** » ajoutant encore qu'« on comprend que les intéressées perçoivent cette interdiction comme une **atteinte à leur identité** » (§ 146, souligné par nous). Mais, c'est sans surprise – compte tenu notamment de l'absence de consensus des États membres du Conseil de l'Europe sur la question (§ 156) et du climat politique propice au rappel de sa mission juridictionnelle subsidiaire⁵⁶ – que le juge européen conclut à l'absence de violation des articles 8 et 9 de la Convention. De manière sibylline, il considère notamment que la mesure litigieuse est proportionnée au but poursuivi, c'est-à-dire à « la préservation des **conditions de vivre-ensemble** en tant qu'élément de la "protection des droits et libertés d'autrui" » (§ 157, souligné par nous) et ce « nonobstant le faible nombre de femmes visées ou l'impact négatif de la mesure »⁵⁷. Par conséquent, les choix identitaires défendus par l'autonomie personnelle sont donc indissociables du contexte social dans lequel la personne revendicatrice évolue et des interactions, nécessaires, avec autrui inhérentes à la construction de l'identité de chacun. Par ailleurs, le droit à l'auto-institution ne permet pas de protéger tout choix corporel relatif à l'identité subjective, mais est circonscrit à la « **fondamentalité** » de la personne humaine (2).

2 Par la « **fondamentalité** » de la personne humaine

- 33 La notion de « **fondamentalité** » est explicitée par Xavier Bioy qui souligne que « s'il existe des droits strictement relatifs à l'existence même du sujet des droits fondamentaux, ils peuvent sans doute recouper la notion de "noyau dur" élaborée en doctrine à partir des listes de droits "intangibles" ou "indérogeables" et qui effectivement dessinent la protection essentielle du sujet »⁵⁸. En effet, certains contentieux comme celui de la stérilisation forcée des femmes Roms – qui « a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne »⁵⁹ – ont ainsi révélé le renfort apporté par l'autonomie personnelle à certains droits indérogeables pour lutter contre cette « **atteinte majeure à la capacité d'une personne à procréer** »⁶⁰.

- 34 Ainsi, par exemple, dans l'arrêt V.C., la Slovaquie a été condamnée pour violation des articles 3 et 8 de la Convention européenne, consécutivement à la stérilisation d'une jeune femme Rom, âgée de vingt ans, réalisée sans son consentement et à l'occasion de l'accouchement par césarienne de son second enfant dans un hôpital public. En vertu de l'article 3 de la Convention européenne – qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants –, la Cour relève notamment que « même si rien n'indique que le personnel médical ait agi dans l'intention de maltraiter la requérante, il n'en reste pas moins qu'il a fait preuve d'un manque total de respect envers **son droit à l'autonomie et au choix** en tant que patiente » (§ 119, souligné par nous), de sorte que la Cour conclut à la violation de ce droit indérogeable. En examinant séparément les griefs sous l'angle de l'article 8, la Cour rappelle que la notion de vie privée englobe notamment le droit à l'autonomie personnelle (§ 138), et se place sur le terrain des obligations positives pour apprécier si les autorités nationales ont tout mis en œuvre pour mettre « en place des garanties effectives destinées à protéger la santé reproductive des femmes Roms en particulier » (§ 145). Toutefois, l'examen *in concreto* mené par la Cour, l'amène à dresser également un constat de la violation de l'article 8 de la Convention européenne. Par conséquent, l'analyse par la Cour de l'absence de consentement et des effets de la stérilisation sur la jeune femme atteste d'abord, que l'autonomie personnelle de la requérante n'a pas été respectée au moment où les faits litigieux se sont produits, mais également que ce non-respect a constitué une entrave à sa construction personnelle pour l'avenir. La Cour a ainsi retenu la violation des articles 3 et 8 de la Convention, même en l'absence d'une quelconque intention d'infliger un mauvais traitement et en se situant sous l'angle des obligations positives, afin de condamner les lacunes du système slovaque pour protéger la communauté Rom. C'est pourquoi, le recours à l'autonomie personnelle et à l'article 8 a joué un rôle décisif pour assurer la protection de la personne Rom dans le cadre du contentieux de la stérilisation forcée. Ainsi, loin des périls annoncés, le droit à l'auto-institution, fondé sur l'autonomie personnelle, peut aussi constituer un soutien essentiel à la préservation de l'intégrité corporelle et illustrer que le « vouloir » peut aussi être utilisé de manière fondamentale pour sauvegarder l'« être ».

NOTES

1. Voir pour une étude plus approfondie sur les différentes questions soulevées dans la présente communication écrite : HURPY (H.), *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, Bruxelles, Bruylant, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2015, 1019 p.
2. Sur ce point, voir MARZANO (M.), *La philosophie du corps*, Paris, P.U.F., « Que sais-je ? », 2007, p. 8 : « l'expérience du corps est toujours double : nous avons avec notre corps une relation qui est à la fois instrumentale et constitutive ».
3. *Ibid.*, p. 22 : « La rhétorique contemporaine est bien rodée. Chaque individu doit être libre de choisir la vie qui lui convient : il doit pouvoir "être lui-même". Mais, pour cela, il ne lui suffit pas

tout simplement "d'être". La beauté et la minceur doivent être travaillées. Le corps doit être contrôlé ».

4. CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, § 62 ; JCP, G., 2002, I 157, n° 1 et 13, chron. SUDRE (F.) ; RTDH, 2003, n° 53, p. 71, note DE SCHUTTER (O.) ; RTD civ., 2002, p. 858, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.).

5. CEDH [GC], *I. c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 25680/94, § 70 ; CEDH [GC], *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, § 90 ; RTD civ., 2002, 862, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.) ; JCP, G., 2003, I, 109, nos 16 et 22, chron. SUDRE (F.).

6. Arrêt *Christine Goodwin*, préc., § 82.

7. Voir notamment : DEBET (A.), « Le sexe et la personne », LPA, 2004, n° 131, p. 21.

8. CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., « Quadrige », 2007, p. 463.

9. Voir en ce sens, BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, « Cours », 2013, p. 344 : l'« identité en droit implique (...) autant le droit à une identification par l'État que celui d'acquiescer une certaine maîtrise sur l'établissement de cette identification en agissant sur ses fondements réels ou sur la souplesse de l'état civil ».

10. Expression empruntée à WACHSMANN (P.), MARIENBURG-WACHSMANN (P.), « La folie dans la loi. Considérations critiques de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme – En marge des arrêts *Christine Goodwin c/ le Royaume-Uni* et *I. c/ le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », RTDH, 2003, n° 56, p. 1178.

11. FURKEL (F.), « La situation juridique du transsexuel en République fédérale d'Allemagne », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 774.

12. Voir notamment ici : FRANCOIS (L.), ROMUALD (P.), WALTER (J.-B.), « Transsexualisme et droit européen », in DUBOS (O.), MARGUÉNAUD (J.-P.) (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, A. Pedone, « Droits Européens », 2007, pp. 55-67.

13. Arrêt *Christine Goodwin*, préc., § 90.

14. *Ibid.*, § 77.

15. *Ibid.*, § 93.

16. CEDH [GC], 22 avril 1997, *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, Rec., 1997-II, § 37 : « X se comporte à tous égards comme "le père" de Z depuis la naissance de celle-ci. Dans ces conditions, la Cour estime que des liens familiaux [de fait] unissent les trois requérants ». Sur cette affaire, voir : RTDH, 1998, pp. 117-144, note RIGAUX (F.). Sur cette question, voir encore : CEDH, 30 novembre 2010, *P. V. c/ Espagne*, req. n° 35159/09. Dans ce dernier arrêt, la Cour a rejeté la violation de l'art. 8 combiné avec l'art. 14 de la Convention au motif que la restriction du régime des visites d'un enfant à l'égard de la requérante passée de sexe masculin au sexe féminin n'était pas fondée sur la transsexualité de la requérante mais sur son instabilité émotionnelle.

17. Arrêt *Christine Goodwin*, préc., § 97.

18. CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, req. n° 35968/97, Rec., 2003-VII ; RTD civ., 2004, 361, obs. MARGUÉNAUD (J.-P.) ; RDC, 2004, 788, obs. DEBET (A.). Voir également CEDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c/ Suisse*, req. n° 29002/06 ; AJDA, 2009, 872, chron. FLAUSS (J.-F.). Voir encore ici la requête pendante : *D. C. c/ Turquie*, req. n° 10684/13 relative à une personne transsexuelle détenue réclamant que soient couverts les frais liés à sa conversion sexuelle.

19. Voir en ce sens, BIOY (X.), *op. cit.*, p. 184 : « (...) l'idée selon laquelle le plein épanouissement de la personne ne se faisant que par la promotion de son identité, c'est-à-dire, indirectement, de sa communauté, les discriminations positives pouvaient se réclamer des droits de l'homme ».

20. CEDH, 10 juin 2010, *Jehova's Witnesses of Moscow v/ Russia*, req. n° 302/02 ; GONZALEZ (G.), « Le juge européen et les préjugés – Cour européenne des droits de l'homme, Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie, 10 juin 2010 », RTDH, janvier 2011, pp. 199-217.

21. *Ibid.*, p. 211.

22. POUSSON-PETIT (J.), « Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens », in POUSSON-PETIT (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine - Étude de droit français et de droit comparé*, op. cit., p. 725.
23. CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et 33986/96, *Rec.* 1999-VI, § 97 ; CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, req. n° 31417/96 et 32377/96, § 90.
24. CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, § 52.
25. LAMARCHE (M.), « Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme », in DUBOS (O.), MARGUÉNAUD (J.-P.) (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, op. cit., p. 46.
26. Voir notamment : CEDH, 22 octobre 2002, *Perkins et R. c/ Royaume-Uni*, req. n° 43208/98 et 44875/98, et CEDH, 22 octobre 2002, *Beck, Copp et Bazeley c/ Royaume-Uni*, req. n° 48535/99, 48536/99 et 48537/99.
27. CEDH, 21 mars 2000, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, req. n° 33290/96, *Rec.*, 1999-IX, § 36 ; *RTD civ.*, 2000, 313, obs. HAUSER (J.) ; *RTD civ.*, 2000, 433, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.). En matière d'adoption, voir notamment : CEDH [GC], 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, req. n° 43546/02.
28. Voir notamment ici : CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. n° 30141/04 ; *RTD civ.*, 2010, 738, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.). Voir également le contentieux sur le droit de rester marier des personnes transsexuelles opérées : CEDH (déc.), 28 novembre 2006, *R. et F. contre Royaume-Uni*, req. n° 35748/05 ; CEDH (déc.), 28 novembre 2006, *Parry contre Royaume-Uni*, req. n° 42971/05 ; CEDH [GC], 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, req. n° 37359/09 ; *RTD civ.*, 2014, 831, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.).
29. Voir en ce sens : CEDH, 1^{er} janvier 2003, *S. L. contre Autriche*, req. n° 45330/99, *Rec.* 2003-I et CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. contre Autriche*, req. n° 39392/98 et 39829/98, *Rec.* 2003-I.
30. BORRILLO (D.), « Liberté érotique et "exception sexuelle" », in BORRILLO (D.) et LOCHAK (D.) (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, P.U.F., 2005, p. 44.
31. CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, req. n° 35968/97, *Rec.*, 2003-VII ; *RTD civ.*, 2004, 361, obs. MARGUÉNAUD (J.-P.) ; *RDC*, 2004, 788, obs. DEBET (A.). Voir également CEDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c/ Suisse*, req. n° 29002/06 ; *AJDA*, 2009, 872, chron. FLAUSS (J.-F.).
32. MARGUÉNAUD (J.-P.), op. cit., p. 361.
33. CEDH, 14 décembre 2010, *Ternovszky c/ Hongrie*, req. n° 67545/09 ; *RDSS*, 2011, p. 441, note ROMAN (D.).
34. MARGUÉNAUD (J.-P.), « Le droit d'accoucher chez soi », *RTD Civ.*, 2011, n° 2, p. 309.
35. Voir notamment : FABRE-MAGNAN (M.), « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, n° 48, p. 14 : Au travers la notion d'autonomie personnelle, la Cour européenne des droits de l'homme s'engouffre dans les interprétations proposées par les requérants, sans prendre conscience que la notion permet un véritable retournement dans la protection assurée par les droits de l'homme : elle est invoquée en effet non plus pour sanctionner, mais au contraire pour justifier des atteintes aux droits de l'homme. À terme, si la Cour n'y prend pas garde, c'est toute la protection mise en place par la Convention européenne des droits de l'homme qui s'en trouvera déconstruite ».
36. Arrêt *Pretty*, *préc.*, § 66.
37. Voir sur ce point : ROMAN (D.), « "À corps défendant". La protection de la l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, n° 19, pp. 1284-1293.
38. DESGORGES (R.), « Agir contre soi », *RRJ*, 01/01/2003, n° 1, pp. 37-46.
39. PIN (X.), « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal - Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 2009, n° 49, pp. 83-105.
40. CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. contre Turquie*, req. n° 14793/08 ; *RTD civ.*, 2015, 331, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.).

41. Recommandation CM / Rec (2010) 5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre adoptée le 31 mars 2010 : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606657> (Site consulté le 5 septembre 2015) ; Résolution 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, adoptée le 29 avril 2010 : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17853&lang=FR> (Site consulté le 5 septembre 2015).
42. HAMMARBERG (T.), *Rapport d'activités 2011*, Strasbourg, 17 janvier 2012, points 2 et 4 : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1895319> (Site consulté le 5 septembre 2015).
43. WACHSMANN (P.), MARIENBURG-WACHSMANN (A.), *op. cit.*, p. 1169.
44. LEVINET (M.), « Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in FULCHIRON (H.) (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 70.
45. MARGUÉNAUD (J.-P.), « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, n° 49, 2009, p. 20.
46. CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99 ; *JCP, G.*, 2005, I 159, n° 12, obs. SUDRE (F.) ; *D.*, 2005, 2973, note FABRE-MAGNAN (M.) ; *RTD civ.*, 2005, 341, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.) ; *RTDH*, 2006, 35, note LARRALDE (J.-M.) ; MARGUÉNAUD (J.-P.), « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in DUBOS (O.), MARGUÉNAUD (J.-P.), *Sexe, sexualité et droits européens*, *op. cit.*, pp. 85-92 ; RENCHON (J.-L.), « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? À propos de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 de la Cour EDH », in *Mélanges Francis Delperée*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, pp. 1309-1320.
47. FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, 2973.
48. CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, req. n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93, *Rec.*, 1997-I ; *D.* 1998, p. 97, note LARRALDE (J.-M.) ; *RTD civ.*, 1997, p. 1013, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.) ; *RTDH*, 1997, p. 738, note LEVINET (M.).
49. TULKENS (F.), *op. cit.*, p. 20.
50. CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, req. n° 10454/83, A160, § 39 ; *JDI*, 1990, chron. TAVERNIER (P.) ; *RTDH*, 1990, 361, obs. LAMBERT (P.).
51. CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, req. n° 53176/99, *Rec. 2002-I* ; *JCP G.*, 2002, I, 157, n° 13, chron. SUDRE (F.) ; *RTD civ.*, 2002, 866, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.).
52. Voir encore ici notamment l'arrêt CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse*, req. n° 58757/00, *Rec. 2006-X* ; *RTD civ.*, 2007, 99, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.).
53. CEDH [GC], 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. n° 42326/98 ; *JCP, G.*, 2003, II, 10049, note GOUTTENOIRE (A.), SUDRE (F.) ; *RTD civ.*, 2003, 276, obs. HAUSER (J.) ; *JCP, G.*, 2003, I, 120, étude MALAURIE (P.) ; *RTD civ.*, 2003, 375, chron. MARGUÉNAUD (J.-P.) ; *RTDH*, 2004, 405, obs. BONNET (V.).
54. Voir, contra. : CEDH, 25 septembre 2012, *Godelli c/ Italie*, req. n° 33783/09 ; *D.* 2012, 2309, et 2013, 798, obs. DOUCHY-OUDOT (M.) ; *RTD civ.* 2013, 104, obs. HAUSER (J.) ; *RTDH*, 2014, n° 97, pp. 153-166, note BONNET (V.) : La Cour a conclu que le système italien ne protégeait pas suffisamment le droit de l'enfant à connaître ses origines car aucune mesure ne permettait de lever le secret entourant sa naissance. Elle juge ainsi qu'« à la différence du système français (...), la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière » (§ 57).
55. CEDH [GC], 1er juillet 2014, *S.A.S. c/ France*, req. n° 43835/11 ; *AJDA*, 2014, 1348, actu. DE MONTECLERC (M.-C.) ; *JCP, G.*, 2014, n° 29, 835, note BONNET (B.) ; *JCP, G.*, 2014, n° 28, 826, zoom SURREL (H.).

56. Voir notamment : SUDRE (F.), « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n° 42, pp 1912-1920.

57. SURREL (H.), *op. cit.*, 826.

58. BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 785.

59. CEDH, 8 novembre 2011, *V. C. c/ Slovaquie*, req. n° 18968/07, § 106 ; *JCP G.*, 2011, n° 49, p. 2418, obs. GRABARCZYK (K.) ; *JCP G.*, 2012, n° 4, pp. 163-169, chron. SUDRE (F.). Voir également : CEDH, 12 juin 2012, *N.B. c/ Slovaquie*, req. n° 29518/10 ; CEDH, 13 novembre 2012, *I.G. c/ Slovaquie*, req. n° 15966/04.

60. Arrêt *V. C.*, *préc.*, § 106.

RÉSUMÉS

La maîtrise de son corps et de l'image qu'il renvoie pour « être soi-même » interroge la conciliation entre « l'identité objective » d'une personne - qui est établie par les autorités publiques et subie par chacun de nous - et « l'identité subjective » davantage déterminée par nos choix, notamment corporels. Dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe d'autonomie personnelle permettrait en ce sens de faire valoir certaines revendications personnelles liées au « corps » et à « l'identité ». Ce principe pourrait-il alors protéger un véritable « droit à l'auto-institution » (expression empruntée à WACHSMANN (P.), MARIENBURG-WACHSMANN (P.), « La folie dans la loi. Considérations critiques de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme – En marge des arrêts *Christine Goodwin c/ le Royaume-Uni* et *I. c/ le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », *RTDH*, 2003, n° 56, p. 1178) qui permettrait d'établir, de manière durable, une identité voulue plutôt que subie ? Mais, dans ce sens, le « vouloir » - par le contrôle du corps - pourrait-il alors remplacer l'« être » ?

The control of one's body and the image it portrays of "being oneself" examines the balance between a person's "objective identity" - which is established by public authorities and to which we are all subjected - and the "subjective identity" determined more by our choices, notably in respect of our bodies. In European Court of Human Rights jurisprudence, the principle of personal autonomy may, in this sense, provides for the pursuit of certain personal claims related to "body" and "identity". Could this principle therefore protect a genuine "right to self-definition" which might establish a sustainable desired identity rather than an imposed one? Accordingly, could it be that the "willing" - by the control of the body - replaces the "being"?

INDEX

Keywords : Body, identity, personal autonomy, objective/subjective identity, corporal integrity, consent, neutrality, transsexualism, constraint/free sterilization, Jehovah's witnesses, right to know one's origin, homebirth, homosexuality, sadomasochism, burka

Mots-clés : corps, identité, autonomie personnelle, identité objective / subjective, intégrité corporelle, consentement, neutralité, transsexualisme, stérilisation volontaire / forcée, témoins de Jehovah, droit de connaître ses origines, homosexualité, accouchement à domicile, sadomasochisme, port du voile intégral

AUTEUR

HÉLÈNE HURPY

Hélène Hurpy est Maître de conférences à l'Université de Toulon. Elle est membre du CERC (Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux) et membre associé de l'ILF-GERJC (Institut Louis Favoreu - Groupe d'Etudes et de Recherches Comparées sur la Justice Constitutionnelle).