L'existence d'un ordre public corporel

Noé Alix, Célia Agostini, Cyprien Gamet et Gianluca Gaspari

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1629>

DOI : 10.4000/revdh.1629

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Noé Alix, Célia Agostini, Cyprien Gamet et Gianluca Gaspari, « L'existence d'un ordre public corporel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 19 novembre 2015, consulté le 17 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1629> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1629>

Ce document a été généré automatiquement le 17 juillet 2020.

Tous droits réservés

L'existence d'un ordre public corporel

Noé Alix, Célia Agostini, Cyprien Gamet et Gianluca Gaspari

- 1 Tenter de définir l'« ordre public corporel » nous permettra de délimiter notre sujet. L'ordre public renverrait de manière globale au bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. Cette collectivité pourrait être un Etat partie tout comme l'ordre juridique commun aux 47 Etats parties du Conseil de l'Europe. Cela nous renvoie à la définition de la Convention européenne des droits de l'Homme comme « instrument de l'ordre public européen » par l'arrêt *Loizidou c. Turquie*¹ du 23 mars 1995. L'ordre public européen serait alors, pour reprendre une définition de Frédéric Sudre, une « catégorie juridique fonctionnelle, en charge des valeurs démocratiques et des valeurs économiques libérales nécessaires à l'intégration européenne »². Pour la Cour Européenne des droits de l'Homme, l'usage de l'ordre public dépendra alors de l'invocation de trois conditions cumulatives : une base juridique de l'action des autorités publiques, la poursuite d'un but légitime et sa nécessité dans une société dite démocratique. Alors, "comment la reconnaissance d'un ordre public corporel a-t-elle encadré et engendré de nouveaux droits ?" Nous allons voir que l'ordre public corporel est consacré par le rôle d'impulsion donné par les individus dans le développement de la protection des droits de l'Homme dans une première partie (I). Cependant cet ordre public fera peser des obligations aussi bien à la charge des Etats que des individus, c'est ce que nous verrons dans une seconde partie (II).
- 2 Nous allons nous intéresser au concept central de cette liberté individuelle consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour enchaîner ensuite sur l'évolution progressive la protection des libertés fondamentales en adéquation avec les attentes de la société.

I La consécration d'un ordre public corporel

A La consécration du principe d'autonomie, fondement de l'ordre public corporel

- 3 Dans le cas de l'ordre public corporel, le principe d'indisponibilité du corps humain constituerait une restriction à l'exercice de certaines libertés individuelles. Or, il faut parvenir à mettre en balance cette liberté individuelle avec les nécessités de l'ordre propre à chaque Etat. Cette tension constante va permettre de consacrer un ordre public corporel.
- 4 Cette liberté individuelle est représentée par le principe d'autonomie personnelle consacré par l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2004 comme « un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »³ de la Convention. La prise en considération de l'autonomie personnelle vise, en effet, à modifier la protection juridique de la personne humaine par la Convention, qui doit répondre à des enjeux concrets de la protection des droits de l'homme.
- 5 Elle est perçue alors comme le « corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu »⁴. Une tension va se créer entre d'un côté, l'ordre public recherché par l'Etat et sa conciliation avec la Convention, et d'un autre côté, la faculté pour la personne humaine de mener sa vie comme elle l'entend. Dans le cas de la liberté d'association, cela conduit à reconnaître un droit négatif autrement dit un droit à ne pas être contraint de s'affilier à une association. Dans le cas du respect du droit à la vie, cela ne conduira pas la Cour à consacrer clairement⁵ un droit à la mort. L'autonomie personnelle permettra le développement de la protection des droits individuels face aux réalités sociales.
- 6 Elle va donc jouer un rôle proactif dans toute société démocratique. Mais elle est critiquée justement parce qu'elle vient remettre en cause des valeurs propres à chaque société. Dans ce sens, l'autonomie personnelle n'aurait de bornes que le propre consentement de l'individu. Simone de Beauvoir disait dans l'introduction de son livre *Le Deuxième Sexe* : « Tout sujet se pose concrètement à travers des projets comme une transcendance ; il n'accomplit sa liberté que par son perpétuel dépassement vers d'autres libertés »⁶.
- 7 Une limitation s'imposera à cette liberté reconnue à toute personne humaine. Michela Marzano, professeur à l'université Paris Descartes souligne ainsi cette contradiction dans l'introduction de son livre⁷ : « la modernité se flatte de n'avoir gardé, comme critère départageant les actes licites et illicites, que le consentement des individus. ». Cet élément sera sans doute évoqué plus tard dans ce colloque.
- 8 Or, l'autonomie personnelle s'avère primordiale au développement de la protection des droits de l'homme.

B La conception de l'ordre public corporel, une illustration du positivisme sociologique

- 9 Le positivisme sociologique, une notion élaborée par Auguste Comte, est « la thèse de l'assimilation du droit au fait social »⁸. En d'autres termes, le droit transpose une réalité sociale, il la consacre légalement. Il est possible de faire un parallèle avec l'allégorie de

la Caverne de Platon, puisque le législateur transcrit en des termes juridiques les faits de sa société.

- 10 Cette conception correspond assez bien au mode de pensée de la Cour. En effet, même si la convention pose les grands droits fondamentaux et que la Cour assure et veille à leur respect, elle adopte sa jurisprudence en fonctions des besoins de la société et évolue en prenant en compte les changements sociétaux.
- 11 Il est incontestable que la société d'aujourd'hui n'est pas la société d'hier et ne sera pas la société de demain. La diffusion de la culture, les avancées technologiques ainsi que la mondialisation concourent à une évolution des mœurs. Mais ces évolutions ne sont pas identiques dans chaque pays du fait de la culture, des idéologies et des croyances.
- 12 Ce point est particulièrement véridique concernant l'ordre public corporel. Le corps humain a toujours été régi par le droit, que ce soit le droit de l'État à disposer du corps des jeunes hommes pour combattre, que ce soit la détermination de châtiments corporels ou encore l'interdiction de l'homosexualité, En outre, toutes les domaines se rapportant au corps humain.
- 13 La Cour a eu la lourde tâche de concilier le respect de la Convention et des droits avec les évolutions sociétales. En effet, au sein des États membres, le siècle dernier a été le théâtre de grandes avancées comme la dépénalisation de l'homosexualité, l'autorisation de l'interruption volontaire de grossesse (IVG), mais est aussi l'agora de grands débats de sociétés comme l'euthanasie ou la gestation pour autrui.
- 14 Compte tenu de la mixité d'avis entre chaque État et au sein même de ces États, il semble difficile pour la Cour d'édicter une jurisprudence imposant de nouvelles obligations pour chaque Hautes parties contractantes, qui ne correspondrait pas à un consensus européen. L'édiction d'obligations nouvelles pour l'État serait contraire à l'esprit de la Convention. Pour se faire, la cour a recourt à un savant compromis. En effet à la lecture des arrêts *Open Door et Dublin Well Women contre Irlande*⁹ ou *Mennesson*¹⁰ contre France on comprend aisément le raisonnement de la Cour. Celle-ci parvient à une alternative.
- 15 En effet dans ces deux arrêts, la Cour respecte les décisions étatiques de ne pas légaliser une pratique mais elle sanctionne cette dernière du fait de l'étendue de l'interdiction.
- 16 Ainsi même si la Cour ne créer pas d'ingérence dans la législation des États, elle instaure une limitation à la répression ou au zèle de l'État. Ainsi concernant l'interdiction de l'IVG en Irlande la Cour ne semble à priori pas contester ce choix idéologique ; cependant elle affirme que l'État irlandais se doit de dépénaliser la publicité de l'IVG dans les pays l'autorisant.
- 17 De ce fait, grâce au positivisme sociologique, la Cour peut s'adapter au mieux au besoin de la société et des demandes de notre temps. Elle parvient à des compromis, par exemple dans l'affaire *Pretty contre Royaume-Uni*¹¹, elle conteste l'euthanasie active mais elle n'a jamais sanctionné l'arrêt des soins ou la pratique des soins palliatifs. L'affaire Lambert vient renforcer cette position. En effet, le Conseil d'État a autorisé l'arrêt des soins¹² prodigué à un patient en état végétatif, décision confirmé par la Cour Européenne des droits de l'Homme¹³.
- 18 L'ordre public corporel comprend une multitude d'acteurs et d'attitude de l'individu. C'est une notion qui a des limites expansives et qu'il est difficile à encadrer. Il est donc nécessaire pour la Cour de s'adapter de manière large et adaptable aux États. Grâce au

positivisme sociologique, elle fixe un cadre souple avec une ligne de conduite qui est l'adéquation des droits entre eux. De nombreux auteurs ont tenté de hiérarchiser les droits et libertés fondamentaux sans succès. C'est en tirant les conséquences de cet échec que la Cour propose une alternative entre les droits en s'adaptant à un compromis déjà existant, entre les individus d'un État.

II L'existence d'un ordre public corporel à deux visages

A Les États face aux obligations de l'ordre public corporel

- 19 « *Si quelque chose est sacré, le corps humain est sacré.* ». Ces quelques mots de Walt Whitman suffisent à justifier à eux seuls l'importance qui doit être accordée à l'intégrité physique. C'est donc tout naturel que la Convention protège avec une grande attention le corps humain. Cette protection se retrouve de différentes manières ; du droit à la vie de l'article 2 de la Convention, en passant au respect de la vie privée de l'article 8 jusqu'à la prohibition de la torture, des traitements inhumains ou dégradant de l'article 3.
- 20 La Convention pose le cadre à travers ces règles substantielles mais pour instaurer un ordre public corporel et atteindre l'objectif qu'est le respect de la Convention, il faut imposer aux États parties des obligations.
- 21 Ces obligations peuvent être positives, négatives substantielles et procédurales. Elles ne sont pas exclusives de ce qui se rapporte au corps car l'enjeu est de créer un socle, des piliers sur lesquels reposera la protection des droits et libertés fondamentaux.
- 22 Il s'agit des « mécanismes de garanties »¹⁴. Et ce n'est qu'à la compréhension de ces mécanismes que peut s'observer l'effectivité d'un ordre corporel et d'en saisir toute la complexité, tant quant à l'ordre lui-même qu'à chacune de ses composantes, à savoir tout ce qui pourrait constituer une atteinte à l'intégrité physique et à la vie. Voyons d'un peu plus près ces mécanismes de garantie.
- 23 S'agissant des obligations positives et négatives, c'est une construction prétorienne qui est à l'origine de cette double exigence¹⁵. Par obligation positive se retrouve surtout le fait de « *prendre les mesures nécessaires* » à la sauvegarde d'un droit¹⁶, d'« *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu* »¹⁷.
- 24 Il est demandé à l'État qu'il sanctionne toute violation de la Convention, qu'il établisse un régime juridique spécifique à un domaine ou une catégorie de personnes. Comme c'est le cas par exemple dans l'arrêt *Mouisel* contre la France du 14 novembre 2002 (Req. n°67263/01) qui impose à la France de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté.
- 25 L'obligation négative pourrait par raccourci se définir en une abstention. Mais obligations négatives comme positives peuvent être imbriquées en pratique. « *La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre d'une disposition [donnée] ne se prête pas à une définition précise* »¹⁸.
- 26 Pour ce qui est des obligations substantielles, ce sont celles relatives aux mesures de fond nécessaires à la jouissance des droits garantis. Elles découlent de la disposition elle-même. Pour le caractère procédural, il s'agit d'une combinaison avec l'article 1er de la Convention qui « *implique et exige la mise en œuvre d'un système étatique de nature à garantir le système de la Convention sur tout son territoire et à l'égard de chaque individu.* »¹⁹.

- 27 Les États sont ainsi soumis à diverses obligations et au contrôle minutieux de la Cour. Puisque le corps humain est « sacré », les obligations pour le protéger sont innombrables et la jurisprudence abonde et abondera toujours d'une grande variété de questions pour perpétuellement préserver le corps de l'homme. Comme le disait si bien le philosophe Henri-Frédéric Amiel, « le corps est le vaisseau avec lequel nous traversons le chemin de la vie », préservons le.

B Les individus face aux obligations de l'ordre public corporel

- 28 Intéressons-nous maintenant aux obligations que l'ordre public corporel impose aux individus. Ces obligations, auxquelles les individus sont sujets, sont la particularité de l'ordre public corporel. Les individus sont, au même titre que l'État, débiteurs d'obligations et non pas seulement créanciers de droits comme c'est le cas pour les autres libertés consacrées par la Convention. Là est la singularité de l'ordre public corporel consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme, par rapport, par exemple, à l'ordre public « classique », que nous connaissons dans nos ordres juridiques internes, dont l'État est le seul garant.
- 29 On comprend alors que l'ordre public corporel n'est pas seulement un ordre public que l'on peut qualifier de « sociétal », c'est-à-dire nécessaire à l'équilibre de la société, à son bon fonctionnement, au vivre ensemble, dont seul l'État a la charge, mais est bel et bien un ordre public que l'on peut qualifier « d'humanitaire » ; un ordre public garant de l'humanité : l'humanité matérialisée par notre corps, corps qui abrite l'idée que nous avons de l'humanité.
- 30 L'ordre public corporel défend alors l'idée d'humanité digne, en s'appuyant sur les principes juridiques d'intégrité physique et de dignité humaine, dont les origines sont aussi bien philosophiques qu'anthropologiques. Ces deux principes juridiques sont les contre balanciers, les gardes fous, les limites opposées au principe d'autonomie corporelle, qui défend quant à lui l'idée d'humanité libre. L'ordre public corporel concilie donc l'idée d'humanité libre avec l'idée d'humanité digne, ou en termes juridiques, le principe d'autonomie corporelle avec les principes d'intégrité physique et de dignité humaine.
- 31 Alors, vers quelle idée ou principe juridique l'ordre public corporel tend-il ? Et quelles sont alors les obligations des individus ? Ou vu d'un autre angle, quelle marge de manœuvre est-elle laissée aux individus dans la disposition de leur corps ?
- 32 La Cour a consacré le principe d'autonomie personnelle, dont découle le principe de libre disposition du corps comme l'a exposé précédemment mon camarade. L'individu peut faire ce qu'il veut avec son corps, mais il peut surtout consentir à ce qu'il veut en rapport avec son corps. Le consentement de l'individu, observé par la Cour sous le prisme de l'article 8 qui consacre le droit au respect de la vie privée, est l'essence même du principe d'autonomie personnelle, l'expression de sa volonté, le témoin de sa liberté, et la preuve de l'individualité de son corps.
- 33 Si ce principe peut paraître irrésistible, la Cour lui a néanmoins opposé des limites dans des arrêts révélant son attachement à la garantie de l'intégrité physique et de la dignité humaine. C'est notamment le cas dans l'arrêt *K.A et A.D contre Belgique*²⁰ de 2005 à propos de pratiques sadomasochistes particulièrement violentes dont la victime n'y avait pas, pour certaines, consenties. De même dans l'arrêt *VT c. France*²¹ de 2007, à propos de la prostitution, la Cour déclare que c'est « avec la plus grande fermeté que la Cour souligne

qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte » (§25).

- 34 Le consentement, observé sous le prisme des principes d'intégrité physique et de dignité humaine, limite donc le principe d'autonomie corporelle, et constitue la marge de manœuvre laissée aux individus dans la libre disposition de leur corps mais également leur obligation de le préserver ou de ne pas lui porter atteinte.
- 35 Ainsi, coexistent l'humanité libre et l'humanité digne.

NOTES

1. CEDH, GC, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, n° 15318/89, §93.
2. Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, Monde européen et international, 2001, p. 4. « Soit on considère une conception européenne de l'ordre public national soit un ordre public propre à l'Europe institutionnelle. L'adjectif *européen* implique qu'il appartient aussi bien au droit de l'UE qu'au droit de la CEDH de le définir (notion autonome). ».
3. CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 2346/02, §61.
4. CEDH, GC, *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, n°s 52562/99 et 52620/99, §54 : « [...] La notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention. Cette notion doit donc être considérée comme un corollaire essentiel de la liberté de choix de l'individu implicite dans l'article 11, ainsi que comme un élément confirmant l'importance que revêt l'aspect négatif de cette disposition. ».
5. « Dans une décision peu claire, la Cour semble mettre à la charge de l'Etat une obligation positive d'adopter les mesures permettant de faciliter le suicide dans la dignité, dont ne sait si elle est fondée sur l'article 8 ou sur l'article 2 (*Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011) » in SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 11^{ème} édition, 2012, p. 547.
6. Simone de BEAUVOIR. *Le deuxième sexe*, tome I : *Les faits et les mythes*. Collection Folio essais (n° 37), Gallimard, p. 33.
7. Michela MARZANO, *Je consens, donc je suis - Éthique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2006, 261 pages.
8. Alexandre Viala, *Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage Kantien*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2011/2 (Volume 67) « L'influence de la sociologie dans le domaine des sciences humaines a laissé se répandre, dans la science juridique au début du XXe siècle, la thèse de l'assimilation du droit au fait social ».
9. CEDH, Plén., *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*, 29 octobre 1992, n°s 14234/88 et 14235/88.
10. CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11.
11. CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, op. cit.
12. CE, *Mme F...I... et autres*, 24 juin 2014, n°s 375081, 375090 et 375091, §12.
13. CEDH, GC, *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, n° 46043/14, §180.
14. Jean-François Akandji-Kombé, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 7
15. CEDH, Plén., *Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, 23 juillet 1968, n°s 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64
16. CEDH, *Hokkanen c/ Finlande*, 23 septembre 1994, n° 19823/92
17. CEDH, *López-Ostra c/ Espagne*, 9 décembre 1994, n° 16798/90

18. CEDH, *Hokkanen c/ Finlande*, *op. cit.*, § 55
19. CEDH, *CG, Assanidzé c/ Géorgie*, 8 avril 2004, n° 71503/01
20. CEDH, *K.A et A.D contre Belgique*, 17 février 2005, n°s 42758/98 et 45558/99
21. CEDH, *VT c. France*, 11 septembre 2007, n° 37194/02
-

RÉSUMÉS

L'ordre public corporel se manifeste en droit européen par l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'Homme comme instrument de l'ordre public européen. Ainsi, elle doit constamment concilier la liberté individuelle avec l'ordre public de chaque Etat. Un puissant concept tel que l'autonomie personnelle traduit l'adéquation de la Cour européenne des droits de l'homme aux réalités sociales. Il est un élément moteur du développement de la protection des droits de l'Homme. L'ordre public corporel se construit alors en imposant des obligations aussi bien aux Etats qu'aux individus.

The concept of corporal public order emerges from European law by considering the special character of the European Convention on Human Rights as an instrument of European public order. In doing so, it must constantly balance individual freedom and public order specific to each state. A key concept such as the right to personal development ensures that the Convention is developed in tandem with social realities. The ECHR is a driving force of the improvement in the protection of fundamental rights. Corporal public order is built up by imposing obligations to states as well as to individuals.

INDEX

Keywords : corporal public order, ECHR, european public order, right to personal development, dignity, humanity, individual freedom, Human rights

Mots-clés : ordre public corporel, CEDH, ordre public européen, autonomie personnelle, dignité, humanité, liberté individuelle, droits de l'Homme

AUTEURS

NOÉ ALIX

Noé Alix, Célia Agostini, Cyprien Gamet, Gianluca Gaspari sont conseillers juridiques des équipes de l'université d'Artois, de l'université Jean-Moulin Lyon III, de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de l'université Jean-Monet Saint Etienne sur « L'existence d'un ordre public corporel »