

Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998

Siège : M. D'Haenens, président; MM. Huybrechts, Goethals, Frère et Londers, conseillers

Rapporteur : M. D'Haenens

Ministère public : M. Bresseleers, avocat général

Avocat : Me R. Verstraeten (barreau de Bruxelles)

DROITS DE LA PERSONNALITÉ — DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE — ART. 8 C.E.D.H. — RELATIONS SEXUELLES — SADOMASOCHISME — DROIT PÉNAL — Délit de coups et blessures volontaires — Consentement de la victime — Cause d'excuse

Les pratiques sadomasochistes ne sont pas qualifiées par la loi pénale comme constituant un comportement punissable autonome, toutefois, par leur nature, elles répondent à la qualification du délit de blessures ou coups volontaires, prévu par les articles 392, 398 et suivants du Code pénal. Le consentement de la victime n'annule ni le caractère illégal des faits ni la culpabilité de l'auteur

Même accompagnée de pratiques sadomasochistes, la vie sexuelle entre majeurs consentants fait partie, en règle, de la vie privée et le droit au respect de celle-ci est garanti par l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Les coups ou blessures volontaires commis dans le contexte d'une vie sexuelle sadomasochiste ne sont pas justifiés par le consentement de la victime, mais peuvent être excusables en vertu de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Lorsqu'elles ne sont pas de nature à porter atteinte à la santé de la personne qui les subit et qu'elles sont commises à l'égard d'une personne qui y consent légalement, les pratiques sadomasochistes doivent être censées faire partie de la vie privée, dont le respect requiert que, bien qu'elles répondent aux éléments constitutifs de coups ou blessures volontaires, elles doivent donner lieu à l'exclusion de toute peine

LA COUR,

Où Monsieur le président D'Haenens en son rapport et sur les conclusions de Monsieur Bresseleers, avocat général;

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 30 septembre 1997 par la cour d'appel d'Anvers;

Sur le premier moyen, libellé comme suit :

[...]

Sur le deuxième moyen, libellé comme suit, violation des articles 392, 398 du Code pénal, 149 de la Constitution et 8 de la Convention de sauvegarde des

droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955,

en ce que l'arrêt attaqué condamne le demandeur du chef des préventions I d, e, f, g et h, par les motifs « que, bien qu'il n'y ait pas de lésions permanentes, à l'exception de quelques cicatrices négligeables, la violence utilisée et la douleur causée, l'angoisse et l'humiliation ne constituent pas des coups légers, mais sont d'une nature particulière et dépassent des limites déterminées, avec un danger potentiel de blessures sérieuses et de mutilations; (...) attendu que ces faits continus comportent tous les éléments constitutifs de l'infraction prévue par l'article 398 du Code pénal : porter des coups et/ou faire des blessures à une autre personne vivante et ce intentionnellement, notamment avec le dessein d'attenter à une personne vivante déterminée; attendu que le dol qualifié à l'article 392 du Code pénal n'est pas un dol spécial, mais seulement un dol général ordinaire, qui s'est réalisé en l'espèce par le fait que les prévenus commettent sciemment l'acte pénalement interdit; attendu que, dès lors, il n'est pas requis que les prévenus aient eu l'intention, en outre, de causer un dommage; que cette intention générale ne disparaît pas, même si les prévenus avaient agi dans une 'bonne' intention, telle que celle de procurer un plaisir sexuel; attendu que la réalisation de l'infraction prévue par l'article 398 du Code pénal ne requiert pas davantage qu'un dommage corporel temporaire ou permanent soit causé, mais que, dans ce cas, les infractions prévues par les articles 399 et suivants soient applicables; attendu qu'en l'espèce, le consentement de la personne battue ne constitue pas un motif excluant la culpabilité, dès lors que la loi pénale est d'ordre public et que le bien juridique protégé par l'article 398 du Code pénal, à savoir l'intégrité corporelle, constitue un droit fondamental qui n'est limité par aucune clause spéciale et qui ne peut être réglé que par le législateur, dans des cas déterminés; (...) attendu que le consentement pourrait être pris en considération de manière incidente lors de l'appréciation de la question de savoir s'il y a lieu de prononcer une peine et, en tout état de cause, lors de la détermination du taux de la peine; (...) attendu qu'il n'est pas exclu que, tout en comportant les éléments constitutifs prévus par les articles 398 et suivants du Code pénal, un comportement ne donne pas lieu à une peine; attendu que l'on peut arriver à cette conclusion par deux voies :

— soit la loi interne autorise ce comportement de manière explicite (ce qui n'est pas le cas en l'espèce) ou implicite, ce qui est le cas, notamment, pour des opérations chirurgicales, certaines activités sportives, le droit des parents de châtier, le tatouage et le *piercing* (L. Dupont et R. Verstraeten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, n° 393);

— soit ces comportements sadomasochistes sont considérés comme une manière privée de vivre la liberté sexuelle entre des partenaires majeurs consentants et ils sont protégés par l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment le droit au respect de la vie privée qui, suivant l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne peut être limité par le législateur national, tel qu'en l'espèce, par l'article 398 du Code pénal, que pour

autant qu'il s'agisse de mesures qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la protection de la santé ou de la moralité publique; attendu que l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne protège la vie sexuelle qu'en tant qu'aspect de la vie privée, de sorte que la protection de la liberté de la vie sexuelle est limitée par un 'devoir d'intimité' et ne s'étend pas à la vie sexuelle publique; qu'à la suite de ceci, l'on pourrait d'abord poser la question de savoir si ce 'devoir d'intimité' a été respecté en l'espèce, à tout le moins, pour cette partie des faits qui ne s'est pas produite au domicile conjugal; attendu que, toutefois, la cour (d'appel) ne prend pas cette question en considération, afin de ne pas éviter la problématique soulevée; attendu que, dans un cas comme celui-ci, l'examen de l'autorisation implicite éventuelle du législateur interne et celui de la limitation de l'ingérence du législateur interne, prévue par l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, peuvent se faire sur la base des mêmes critères; attendu que du point de vue de la moralité publique, le respect de la dignité de la personne humaine reste, en tout état de cause, une limite qui ne peut être dépassée sur la base de l'argument du droit de disposer de soi-même, ('droit à l'autodétermination') ou de la 'sexualité consensuelle' (*Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Maklu, en général, et en particulier : Jan Velaers, 'Het menselijk lichaam en zijn grondrechten', pp 176-179) (E Dirix, 'Grondrechten en overeenkomsten' dans *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Kluwer, Anvers, p. 79.);

I. attendu que, même à l'époque actuelle caractérisée par un individualisme extrême et une tolérance morale accrue, aussi et notamment en ce qui concerne la vie sexuelle, les faits spécifiques énoncés aux préventions I, d, I, e, I, f, I, g et I, h, dans les circonstances et de la manière suivant laquelle ils se sont produits, sont tellement graves, choquants, violents et horribles qu'ils portent atteinte à la dignité humaine et qu'ils sont socialement inacceptables; que n'y change rien, le fait que les prévenus continuent à faire valoir que ces faits ne constitueraient qu'une forme de vie sexuelle, située dans le rituel du jeu sadomasochiste, entre des adultes consentants dans un espace clos; (en ce qui concerne cette tendance, voir : Koen Raes, 'Seksuele bevrijding en ethiek — Over normvervaging, permissiviteit en emancipatorisch engagement', dans *Jaarboek Seksualiteit, Relaties, Geboorteregeling 1997*) (Mark Elchardus, *Een tijd voor waarden en normen*, Fondation Roi Baudouin, Bruxelles, 1991) (Frans De Wachter : 'Mensenrechten : De moraal van de 21ste eeuw' dans *Een nieuw wereldbeeld voor een nieuwe mens?*, Universitaire Pers de Louvain); attendu que la gravité des coups et le danger potentiel de lésions et de mutilations lié au fait énoncé sous I d, I, e, I, f, I, g et I, h, justifient aussi l'intervention du législateur du point de vue de la santé publique (arrêt *Laskey* rendu le 19 février 1997 par la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg); attendu que, pour les mêmes raisons, il ne peut pas davantage être question, en l'espèce, d'une autorisation implicite du législateur;

2. attendu que, vu la nature nettement moins grave des faits, ainsi que la manière et les circonstances dans lesquelles ils se sont produits, les faits énoncés sous I, a, commis exclusivement par le premier prévenu et son épouse au domicile conjugal, se distinguent nettement des autres faits retenus; qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu de prononcer une peine de leur chef; attendu qu'en effet, ces faits, tels qu'il se sont produits concrètement, ne sont pas considérés comme dépassant des limites déterminées, d'autant plus que la science, notamment l'éthologie, rend acceptable la thèse que la compréhension de la nature sexuelle d'une personne, l'acceptation de soi et une compréhension rationnelle du partenaire pourraient avoir, du point de vue de la thérapie comportementale, un effet positif sur l'équilibre psychique de la personne en question et sur la relation et peut empêcher une escalade ou des excès ultérieurs et même conduire à la conclusion que, finalement, un tel comportement déviant n'est pas la meilleure solution; attendu que, dès lors, ces faits peuvent relever à la fois de l'éthologie et du droit pénal; (Dick Visser, 'Sadomasochisme en hulpverlening', *Handboek seksuele hulpverlening*, 12 novembre 1986; D Van Beek, 'De cognitief gedragstherapeutische behandeling van parafilieën', dans *Tijdschrift voor seksuologie*, 1994/18, 33, 45) ».

alors que, première branche, aux termes des articles 392 et 398 du Code pénal, il y a lieu d'entendre par coups et blessures volontaires au sens de la loi pénale, les coups ou blessures causés avec le dessein d'attenter à une personne; que ce dessein d'attenter requiert que l'auteur ait agi dans une intention malveillante; qu'ainsi, certaines atteintes à l'intégrité corporelle d'autrui, telles que le tatouage, le *piercing* ou la circoncision ne sont pas soumis à l'application de la loi pénale, lorsqu'ils ont lieu avec le consentement de la personne qui les subit; que, dès lors, il doit être tenu compte, lors de l'appréciation de la condition relative à l'intention, de l'attitude adoptée par les personnes concernées; que l'arrêt attaqué constate que les faits ont eu lieu avec le consentement, voire à la demande de la personne concernée (arrêt, page 43); qu'en outre, dans le contexte spécifique d'une relation sexuelle sadomasochiste, à laquelle une forme déterminée de « coups » est inhérente, il doit aussi être tenu compte particulièrement de la question de savoir si les actes incriminés ont été commis dans l'intention de promouvoir le bien-être psycho-physique de la personne qui a subi les actes sadomasochistes; qu'en ne tenant pas compte de ces aspects en ce qui concerne les faits déclarés établis à charge du demandeur, l'arrêt attaqué viole la condition relative à l'intention prévue par les articles 392 et 398 du Code pénal;

seconde branche, les notions légales de « coups » et « blessures » doivent être interprétées de manière évolutive, compte tenu de l'évolution des opinions sociales et culturelles; qu'ainsi, des atteintes déterminées à l'intégrité corporelle d'autrui, telles que le tatouage, le *piercing*, la chirurgie esthétique, la stérilisation ou la circoncision ne sont pas soumises à l'application de la loi pénale lorsqu'elles ont lieu avec le consentement de la personne qui les subit; qu'en outre, dans le contexte spécifique d'une relation sexuelle sadomasochiste, à laquelle une forme déterminée de « coups » est inhérente, il doit aussi être tenu compte parti-

culièrement de la question de savoir si les actes incriminés commis entre des majeurs consentants ont causé des blessures ou un dommage et si ceux-ci ont un caractère irréversible; que l'arrêt attaqué décide que, certes, les comportements poursuivis impliquaient un danger potentiel de blessures et de mutilations graves, mais qu'il n'y a pas de lésions permanentes (arrêt, page 30) ou de dommage permanent (arrêt, page 43); qu'en ne tenant pas compte de ces aspects en ce qui concerne les faits déclarés établis à charge du demandeur, dans le contexte spécifique d'une relation sexuelle sadomasochiste, l'arrêt attaqué viole les notions légales de « coups » et « blessures » prévues par les articles 392 et 398 du Code pénal;

troisième branche, l'arrêt attaqué est entaché d'une contradiction dans la motivation relative à l'effet du consentement de la victime lors de la réalisation d'une infraction qualifiée coups et blessures volontaires; que, d'une part, sur le plan théorique, l'arrêt attaqué décide que le consentement de la personne battue ne constitue pas un motif excluant la culpabilité, mais, d'autre part, il fait comprendre que le consentement pourrait être pris en considération lors de l'appréciation de la question de savoir s'il y a lieu de prononcer une peine (arrêt, page 35); qu'ensuite, l'arrêt décide *in concreto* qu'une peine ne doit pas être prononcée du chef des faits « moins graves » qui se sont produits au domicile conjugal, dès lors qu'ils ne dépassent pas des limites déterminées, alors que c'est le cas pour les autres faits; que, dès lors, d'une part, sur le plan théorique, l'arrêt se fonde sur le caractère d'ordre public du droit pénal et considère l'intégrité corporelle comme un droit fondamental qui n'est limité par aucune clause spéciale et qui ne peut être réglé que par le législateur (arrêt, page 35) et, d'autre part, lors de l'appréciation des faits, il a recours à une « gradation », en ce qui concerne le caractère punissable d'actes sadomasochistes et confère ainsi au consentement de la victime l'effet d'exclure toute peine, contrairement au principe formulé sur le plan théorique; que, vu cette contradiction dans la motivation, l'arrêt attaqué n'est pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution);

quatrième branche, aux termes de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale; que, conformément à l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne peut y avoir ingérence d'une autorité dans l'exercice de ces droits que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire, notamment, à la défense de l'ordre et à la prévention des infraction pénales et à la protection de la santé ou de la morale; que les relations sexuelles font partie de la vie privée et, le cas échéant, de la vie familiale; que, s'il appartient au législateur national de prévoir, dans le droit pénal, des règles relatives à des pratiques qui peuvent potentiellement causer un dommage corporel grave, même lorsque ces pratiques se situent dans un contexte sexuel, il est requis, toutefois, qu'il existe une « loi » suffisamment accessible et précise; que, pour atteindre les objectifs visés à l'article 8, § 2, une telle loi, dans la mesure où elle contient des notions vagues, peut

être complétée par une jurisprudence constante; que le justiciable peut ainsi être suffisamment informé sur les normes juridiques applicables à une situation déterminée; que la loi belge se borne à prévoir, de manière générale, des peines pour le fait de faire volontairement des blessures ou de porter volontairement des coups; que l'arrêt attaqué constate que c'est à bon droit que la défense a fait valoir que, jusqu'à présent, il n'existe dans la jurisprudence de notre pays aucun exemple effrayant de punition de tels faits (arrêt, page 44, alinéa 2); qu'ainsi, l'arrêt attaqué ne pouvait légalement décider qu'au moment des faits, le fait de se fonder sur la qualification de « coups ou blessures volontaires », pour sanctionner les actes de sadomasochisme retenus à charge du demandeur répondait aux conditions d'une « loi » au sens de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) :

Quant à la *première branche* :

Attendu que le sadomasochisme constitue une forme de vivre la sexualité caractérisée par le fait qu'avant ou pendant la satisfaction sexuelle, l'un des partenaires fait subir sciemment et volontairement des humiliations et des tortures corporelles à l'autre partenaire, qui y consent, voire le demande;

Attendu que les pratiques sadomasochistes ne sont pas qualifiées par la loi pénale comme constituant un comportement punissable autonome; que, toutefois, par leur nature, elles répondent à la qualification du délit de blessures ou coups volontaires, prévu par les articles 392, 398 et suivants du Code pénal;

Attendu qu'est punissable en vertu de ces articles, quiconque aura volontairement fait des blessures ou porté des coups, avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré;

Attendu que, pour cette infraction, il n'est requis en tant qu'élément moral qu'un dol général, à savoir le fait de commettre sciemment l'acte interdit par la loi, qui, en vertu des articles 392 et 398 du Code pénal, consiste dans l'atteinte à l'intégrité physique de la personne à laquelle les blessures ont été faites ou les coups portés;

Que le dessein d'attenter à la personne d'un individu ne requiert pas — contrairement à ce qu'invoque le moyen, en cette branche — que l'auteur agisse dans une « intention malveillante », mais uniquement qu'il fasse sciemment un acte qui porte atteinte à l'intégrité physique; qu'ainsi, les intentions ou motifs subjectifs qu'il pourrait avoir en le faisant sont dénués de pertinence;

Que, dès lors, pour constater l'existence de l'élément moral des faits mis à charge du demandeur *sub I*, les juges n'étaient pas tenus de tenir « aussi (...) compte particulièrement de la question de savoir si les actes incriminés ont été faits dans l'intention de promouvoir le bien-être psycho-physique de la personne qui a subi les actes sadomasochistes »;

Quant à la *seconde branche* :

Attendu que l'infraction de blessures ou coups volontaires sanctionne l'atteinte portée au droit, protégé par la loi, d'une personne à son intégrité physique;

Attendu que cette infraction fait ainsi partie du groupe des délits matériels, opposé au groupe des délits formels, qui sanctionnent des comportements risquant de porter atteinte à un droit protégé par la loi;

Attendu que, relativement à l'infraction de blessures ou coups volontaires, la notion de dommage signifie l'atteinte portée au droit, protégé par la loi, d'une personne à son intégrité physique, sans avoir égard à d'autres dommages qui peuvent éventuellement résulter de cette atteinte à l'intégrité physique et qui sont qualifiés, dans les articles 399 à 401 du Code pénal, non pas comme un élément constitutif de l'infraction de blessures ou coups volontaires mais comme une circonstance aggravante de celle-ci;

Attendu que, l'élément matériel de l'infraction prévue par les articles 392 et 398 du Code pénal, ne requiert que la constatation que des blessures ont été faites ou des coups portés, laquelle constatation implique qu'il a été porté atteinte à l'intégrité physique d'une personne et que le dommage visé par la loi a ainsi été causé;

Attendu que, par la constatation de fait que le demandeur a sciemment fait des blessures ou porté des coups à son épouse, les juges ont constaté qu'il a été porté atteinte à l'intégrité physique de celle-ci, que, dès lors, le dommage visé par les articles 392 et 398 du Code pénal a été causé et qu'en conséquence, l'élément matériel de l'infraction mise à sa charge est présent;

Que, dès lors que le demandeur n'était ni poursuivi ni condamné du chef d'autres conséquences dommageables des blessures faites ou des coups portés, constituant l'une des circonstances aggravantes prévues par les articles 399 et suivants du Code pénal, les juges n'étaient pas tenus de tenir « aussi (. . .) compte particulièrement de la question de savoir si les actes incriminés commis entre des majeurs consentants ont causé des blessures ou un dommage et si ceux-ci ont un caractère irréversible »;

Qu'en constatant que, dans le contexte de relations sexuelles sadomasochistes, le demandeur a volontairement fait des blessures ou porté des coups à son épouse, ils n'ont pas violé les notions légales de « coups » ou de « blessures »;

Quant à la *troisième branche* :

Attendu que les juges ont considéré que, d'une part, « le consentement de la personne battue ne constitue pas un motif excluant la culpabilité, dès lors que la loi pénale est d'ordre public et que le bien juridique énoncé à l'article 398 du Code pénal, à savoir l'intégrité corporelle, constitue un droit fondamental qui n'est limité par aucune clause spéciale et qui ne peut être réglé que par le législateur, dans des cas déterminés », et que, d'autre part, « le consentement pourrait être pris en considération de manière incidente lors de l'appréciation de la question de savoir s'il y a lieu de prononcer une peine et, en tout état de cause, lors de la détermination du taux de la peine » ;

Qu'ils ont ainsi fait comprendre qu'en ce qui concerne les faits mis à charge *sub I*, le consentement de la victime n'annule ni le caractère illégal de ces faits ni la culpabilité de l'auteur et, dès lors, ne constitue pas une cause de justification, mais peut être, le cas échéant, de nature à diminuer la mesure dans laquelle les faits méritent une peine, voire être de nature à exclure toute peine et, dès lors, être une cause d'excuse;

Attendu qu'après avoir décidé que les faits mis à charge du demandeur *sub I* ne sont pas justifiés par le consentement de la victime, les juges ont décidé que, d'une part, par les motifs énoncés par l'arrêt, il y a lieu d'acquitter le demandeur du chef des préventions I, b et c, sur la base du doute et que, d'autre part, « vu la nature nettement moins grave (...), ainsi que la manière et les circonstances dans lesquelles ils se sont produits, (...) il n'y a pas lieu de prononcer une peine (du) chef des faits commis exclusivement par (le demandeur) et son épouse au domicile conjugal », ce qui implique qu'ils sont excusables;

Que la motivation de l'arrêt, fondée sur la distinction entre justification et excuse, en d'autres termes, sur la distinction entre, d'une part, illégalité et culpabilité et, d'autre part, la question de savoir s'il y a lieu de prononcer une peine, ne contient aucune contradiction;

Quant à la *quatrième branche* :

Attendu que, même accompagnée de pratiques sadomasochistes, la vie sexuelle entre majeurs consentants fait partie, en règle, de la vie privée et le droit au respect de celle-ci est garanti par l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Attendu que, toutefois, en vertu de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'ingérence du législateur dans la vie privée — y compris la vie sexuelle — est autorisée, pour autant que cette ingérence constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la protection de la santé ou de la morale;

Attendu qu'à la lumière de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la sanction prévue par le législateur pour les coups ou blessures volontaires, cette sanction concernant aussi les actes sadomasochistes, ne constitue pas une notion imprécise et correspond à la notion de « loi », telle qu'elle est visée par la disposition conventionnelle précitée;

Attendu que, si, certes, ils ne sont pas justifiés par le consentement de la victime, fussent-ils commis dans le contexte d'une vie sexuelle sadomasochiste, des coups ou blessures volontaires peuvent néanmoins être excusables en vertu de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; que ceci est le cas lorsqu'ils ne sont pas de nature à porter atteinte à la santé de la personne qui les subit et lorsqu'ils sont commis à l'égard d'une personne qui y consent légalement; que, sous ces conditions, les pratiques sadomasochistes doivent être censées faire partie de la vie privée, dont le respect requiert que, bien qu'ils répondent aux éléments constitutifs de coups ou blessures volontaires, ils doivent donner lieu à l'exclusion de toute peine;

Attendu qu'après avoir décrit les pratiques sadomasochistes entre le demandeur et son épouse consentante, les juges ont relevé « qu'il n'est pas exclu que, tout en comportant les éléments constitutifs prévus par les articles 398 et suivants du Code pénal, un comportement ne donne pas lieu à une peine; (...) que l'on peut arriver à cette conclusion par deux voies : soit la loi interne autorise ce comportement de manière explicite (ce qui n'est pas le cas en l'espèce) ou implicite, ce qui est le cas, notamment, pour des opérations chirurgicales, certaines activités sportives, le droit des parents de punir, le tatouage et le *piercing* (...), soit ces comportements sadomasochistes sont considérés comme une manière privée de vivre la liberté sexuelle entre des partenaires majeurs consentants et ils sont protégés par l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment le droit au respect de la vie privée qui, suivant l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne peut être limité par le législateur national, tel, en l'espèce, par l'article 398 du Code pénal, que pour autant qu'il s'agit de mesures qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la protection de la santé et/ou de la morale publiques; (...) que, du point de vue de la morale publique, le respect de la dignité de la personne humaine reste, en tout état de cause, une limite qui ne peut être dépassée sur le fondement du droit de disposer de soi-même, ('droit à l'autodétermination') ou de la 'sexualité consensuelle' (...) que, même à l'époque actuelle caractérisée par un individualisme et une tolérance morale accrue, aussi et notamment en ce qui concerne la vie sexuelle, les faits spécifiques énoncés aux préventions I, d, I, e, I, f, I, g et I, h, dans les circonstances et de la manière suivant laquelle ils se sont produits, sont tellement graves, choquants, violents et horribles qu'ils portent atteinte à la dignité humaine et qu'ils sont socialement inacceptables; que n'y change rien, le fait que les prévenus continuent à faire valoir que ces faits ne constitueraient qu'une forme de vie sexuelle, située dans le rituel du jeu sadomasochiste entre des adultes consentants dans un espace clos; (...) que la gravité des coups et le danger potentiel de lésions et de mutilations lié au fait énoncé sous I d, I, e, I, f, I, g et I, h justifient aussi l'intervention du législateur du point de vue de la santé publique (arrêt *Laskey* rendu le 19 février 1997 par la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg); (...) que, pour les mêmes raisons, il ne peut pas davantage être question, en l'espèce, d'une autorisation implicite du législateur »;

Attendu que, sur la base de leur analyse de la relation réciproque entre, d'une part, les articles 392 et 398 du Code pénal, et, d'autre part, les articles 8, § 1^{er}, et 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les juges ont légalement décidé « qu'au moment où les faits se sont produits, le fait de se fonder sur la qualification de 'coups ou blessures volontaires' pour sanctionner les actes de sadomasochisme retenus à charge du demandeur répondait aux conditions d'une 'loi' au sens de l'article 8, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et ont légalement justifié la déclaration de culpabilité du demandeur;

Que le moyen ne peut être accueilli;

Sur le *troisième moyen*, libellé comme suit :

[...]

PAR CES MOTIFS,

Rejette les pourvois;

Condamne les demandeurs aux frais de leurs pourvois respectifs

Note

Le sadomasochisme face à la liberté sexuelle
et au droit au respect de la vie privée

1. Les faits ayant donné lieu à l'arrêt commenté ne sont pas banals et ont, à l'époque, défrayé la chronique. Un magistrat s'adonnait avec son épouse et d'autres personnes, toutes consentantes, à des pratiques sadomasochistes particulièrement violentes au sein d'un club spécialisé. Ces activités ayant été fortuitement découvertes par un juge d'instruction chargé d'une autre enquête, il est condamné pour coups et blessures volontaires à une peine d'emprisonnement conditionnel et à une amende par la cour d'appel d'Anvers⁽¹⁾.

Le magistrat condamné se pourvoit immédiatement en cassation⁽²⁾. La Cour commence par confirmer la régularité de la procédure, notamment la perquisition effectuée au domicile du prévenu. Nous n'approfondirons pas cette question pour nous concentrer sur le fond du problème, à savoir l'incrimination pénale de relations sadomasochistes librement consenties et l'extension à conférer dans ce cadre au délit de coups et blessures volontaires.

2. Le domaine des relations sexuelles est en effet l'un des plus intimes de la sphère privée et est, à ce titre, protégé par l'article 8 de la C.E.D.H.⁽³⁾. Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle également du droit de disposer de son corps⁽⁴⁾. La sexualité entre adultes consentants est un espace privilégié

(¹) Anvers, 30 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 749. La prévention d'incitation à la débauche (art. 380bis, § 1^{er}, 1^o, C. pén.) fut également retenue, au motif que le prévenu « a lui-même proposé aux exploitants d'une maison de débauche ou de prostitution, à savoir le club de sadomasochisme, que son épouse s'y produise comme esclave et ce contre rémunération ». Nous nous concentrerons toutefois, dans le présent commentaire, sur la prévention de coups et blessures volontaires, d'une part parce que la disposition précitée prévoit expressément que « l'incitant » est punissable même si la victime a consenti, d'autre part en considération de ce que cette seconde prévention n'éveille pas les mêmes questions de compatibilité avec les droits fondamentaux auxquels nous nous attachons.

(²) Ce qui a donné à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer pour la première fois dans une telle hypothèse, ainsi qu'il ressort de son rapport pour l'année 1998 (*Rev. dr. pén.*, 1999, 759).

(³) Voy. en dernier lieu Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, inédit, § 89; Cour eur. D.H., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, *D.*, 1998, 97, note J.-M. LARRALDE, *Rev. trim. dr. h.*, 1997, 733, note M. LEVINET, § 36; Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A, n° 45, § 52. La Cour exige dès lors des raisons « particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8, § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité. Voy. P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, Paris, Economica/P.U.A.M., 3^e éd., 1995, pp. 57-60, n° 20; J. VELAERS, « Het menselijk lichaam en de grondrechten », in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Anvers, Maklu, 1996, (117), p. 159, n° 52; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gand, Mys & Breesch, 1995, p. 70; P. VAN DIJK et G. J. H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haye, Kluwer Law International, 3^e éd., 1998, pp. 496-502; H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, Bruxelles, Bruylant, 4^e éd., 1990, p. 57, n° 43.

(⁴) G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Armand Colin, 4^e éd., 1999, pp. 256-257.

d'autorégulation des comportements, dans lequel l'intervention du droit doit être limitée au profit du libre arbitre de l'individu⁽⁵⁾. Sa liberté de manœuvre dans le champ de sa vie privée doit conduire à ce que lui soit reconnu un *droit à la jouissance sexuelle*, composante de son bien-être physique et psychique⁽⁶⁾.

Il semble donc que le droit devrait se *désintéresser* des pratiques sexuelles *consenties*, même si elles ne sont pas conformes à une certaine « norme »⁽⁷⁾. Cette position participe de l'idée que la majorité ne saurait imposer à l'ensemble de la société ses normes en matière de moralité sexuelle privée⁽⁸⁾.

3. La liberté sexuelle semble toutefois remise en cause lorsque son exercice s'accompagne de l'administration de violences physiques, comme dans le cadre du sadomasochisme.

D'une part, les pratiques sadomasochistes restent considérées comme constitutives de *débauche* (art. 380bis C. pén.)⁽⁹⁾. Le recours à cette notion contingente de conceptions morales évolutives, fait craindre une répression pénale excessive, qui néglige le consentement des protagonistes et leur droit à l'autodétermination.

D'autre part, la violence dont ces pratiques sont empreintes expose ceux qui s'y adonnent à l'incrimination de *coups et blessures volontaires* (art. 398 C. pén.), délit qui se trouve réalisé quel que soit le contexte examiné et malgré le consentement de la victime, ainsi que le confirme la Cour de cassation dans l'arrêt commenté. Cependant, consciente de l'importance du droit au respect de la vie privée (et sans doute aussi du droit de disposition de son corps), la Cour considère que, dans des circonstances semblables à celles de l'espèce, bien que l'infraction soit objectivement réalisée et que son auteur ne puisse invoquer le

⁽⁵⁾ P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme », *Pan*, 1998, 279 et s.; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L. G. D. J., 1990, p. 719, n° 642.

⁽⁶⁾ J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, L. G. D. J., 1993, nos 640-643.

⁽⁷⁾ J.-P. BRANLARD, *op. cit.*, nos 992-993.

⁽⁸⁾ Voy. not. à ce sujet B. LEMENNICIER, « Le corps humain : propriété de l'État ou propriété de soi? », *Droits*, 1991, 117; comp. H. P. VISSER 'T HOOFT, « Un droit de disposer de soi-même? Droit et morale face au défi technologique », *Arch. philos. dr.*, 1987, 348-349. Pour cet auteur, on ne peut dériver « logiquement » un droit de disposer de soi-même du droit à la « discrétion » et au respect de la *privacy*. À notre sens, il n'est pas illégitime de vouloir conférer aux droits de la personnalité relatifs au corps humain un nouveau contenu, en accordant plus de place à l'autonomie de l'individu (Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J. T.*, 1999, 589). Dans le même sens, G. LOISEAU, « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps », *Rev. dr. McGill*, 1992, vol. 37, (965), pp. 988-989.

⁽⁹⁾ Bruxelles, 15 décembre 1994, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 342. Cette décision condamne également celui qui organise, à son domicile privé, des séances répétées de sadomasochisme avec le matériel adéquat pour tenue d'une maison de débauche (art. 380bis, § 1^{er}, 2^o C. pén.). *Contra* : Corr. Nivelles, 4 février 1993, *J. L. M. B.*, 1993, 1067. Voy. J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 174-176, nos 74-75.

consentement de la « victime » pour s'en disculper, il n'y a pas lieu de lui infliger une peine ⁽¹⁰⁾

4. À l'analyse « protectionniste » traditionnelle, qui fait primer le droit au respect de l'intégrité physique et la proscription des coups et blessures même avec l'accord de celui qui les subit, succède ainsi une vision plus « autonomiste », selon laquelle la poursuite de l'épanouissement sexuel relève en principe de la liberté des partenaires, qui peuvent déterminer les pratiques auxquelles ils souhaitent s'adonner dès lors que leur relation repose sur un choix libre et conscient.

Cette évolution du droit pénal, dictée par l'importance croissante des droits de la personnalité, doit être approuvée (I) et illustre un essor de l'autonomie de l'individu dans la conduite de sa vie sexuelle (II).

I — L'ÉVOLUTION DE L'APPRÉHENSION PAR LE DROIT PÉNAL DES RELATIONS SEXUELLES VIOLENTES LIBREMENT CONSENTIES

5. En réponse au deuxième moyen soulevé devant elle, la Cour de cassation rappelle que le délit de coups et blessures est une infraction *objective*, en ce sens que l'on ne doit pas tenir compte des *circonstances* dans lesquelles les coups ont été portés. L'élément moral requis, aux termes de l'article 392 du Code pénal, est le dol général, autrement dit le fait d'attenter sciemment à l'intégrité physique d'autrui. La motivation poursuivie par l'auteur, en l'occurrence la procuration d'un plaisir sexuel, importe peu : par leur *nature*, les pratiques sadomasochistes répondent à la qualification de coups et blessures volontaires, nonobstant le contexte sexuel dans lequel elles prennent place, sans qu'il soit requis que l'auteur agisse dans une « intention malveillante », ce qui équivaldrait à exiger un dol spécial dans son chef ⁽¹¹⁾. La gravité du dommage effectivement subi par la victime est, elle aussi, sans incidence ; le dommage est *en soi* l'atteinte portée à son intégrité physique ⁽¹²⁾. Le fait que les blessures n'ont été que superficielles ne peut dès lors être invoqué.

6. Les considérations qui précèdent peuvent difficilement être contestées. Mais la pierre d'angle de l'analyse des relations sadomasochistes, qui les distingue des autres comportements sexuels pénalement sanctionnés, est le *consentement de la victime* aux coups qui lui sont portés. Cet élément fait craindre une

⁽¹⁰⁾ Sur l'importance de l'arrêt commenté en droit pénal général, voy la note de A. DE NAUW, « Les conditions générales de la sanction », *Rev. dr. pén.*, 1999, 573-579. L'arrêt a été également publié in *Pas.*, 1998, 1, 11 et *R.W.*, 1998, 290.

⁽¹¹⁾ Comp. Gand, 23 septembre 1997, *A.J.T.*, 1997-98, 260, note P. ARNOU, *R.W.*, 1997-1998, 855, note A. VANDEPLAS. Dans une hypothèse similaire, cette décision conclut également que seul le dol général est requis, mais le considère absent, au motif que les prévenus n'ont pas voulu sciemment violer la loi, mais simplement vivre librement leur sexualité. M. Arnou critique, à juste titre nous semble-t-il, cette affirmation (note précitée, p. 264, n^{os} 16-19).

⁽¹²⁾ H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *op. cit.* n^o 36.

distorsion entre l'analyse strictement pénale et la tendance, sur le plan civil, à l'accroissement des prérogatives reconnues à l'individu sur sa personne.

La Cour rappelle, à juste titre, que le caractère d'*ordre public* de la loi pénale et sa vocation à protéger l'*intérêt général* — et non seulement l'intérêt particulier de la victime — impliquent que le consentement de la victime d'une infraction n'aneantit pas le caractère objectivement illicite des faits ni la culpabilité de leur auteur⁽¹³⁾. En d'autres termes, il ne peut constituer dans son chef une *cause de justification*⁽¹⁴⁾. Le consentement de la victime ne fait disparaître l'infraction que dans l'hypothèse où l'absence de consentement est précisément un élément constitutif de celle-ci (le cas typique étant le viol) ou lorsque la victime peut *librement disposer* du bien protégé par l'incrimination pénale⁽¹⁵⁾. Or l'on sait que ceci est contesté s'agissant du corps et de l'intégrité physique, du moins en ce qui concerne l'aspect précis étudié⁽¹⁶⁾.

Aucune des circonstances de l'espèce ne justifiait donc, au regard du droit pénal, une suppression du caractère délictueux des faits ou de la culpabilité de leur auteur.

⁽¹³⁾ G LOISEAU, *op. cit.*, pp 976-978; Fr TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, Kluwer, E. Story-Scientia, 5^e éd., 1999, pp 295-297; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 1991, p. 223. En droit français : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997, pp. 599-601, n^{os} 475-476; Ph. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1991, pp 701-710.

⁽¹⁴⁾ *Contra* : Gand, 23 septembre 1997, précité. Par opposition aux causes d'excuse, qui laissent subsister l'infraction mais affectent la *peine* infligée à son auteur, les causes de justification sont les faits justificatifs qui suppriment le caractère délictueux de l'acte en neutralisant l'élément légal de l'infraction (Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1995, pp. 177-178, n^o 201; Fr TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 279; C. VAN DEN WYNGAERT, *op. cit.*, pp. 191-195; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, pp. 556-565, n^{os} 431-442).

⁽¹⁵⁾ Cela est le cas des biens matériels : il n'y a pas vol si le propriétaire consent à être dépossédé de son bien. Voy. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n^o 476; F. ALT-MAES, « L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens », *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 1.

⁽¹⁶⁾ « Le bien juridique protégé par l'article 398 du Code pénal, à savoir l'intégrité corporelle, constitue un droit fondamental qui n'est limité par aucune clause spéciale et qui ne peut être réglé que par le législateur dans des cas déterminés » (Anvers, 30 septembre 1997, précité). Comp. Gand, 23 septembre 1997, précité : « Le consentement préalable et libre de toute contrainte de la victime peut justifier les coups ou blessures légers administrés à des majeurs dans le cadre d'une expérience sadomasochiste de la sexualité, puisque tout le monde, dans une certaine mesure et dans un but raisonnable, peut disposer de son intégrité physique » (nous soulignons). Voy. Fr TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 296, note 322; C. VAN DEN WYNGAERT, *op. cit.*, p. 225; P. SENAËVE, *Compendium van het personen — en familierecht*, Louvain, Acco, 4^e éd., 1999, p. 195, n^{os} 495bis-495ter; A. VAN OEVELEN et A. DE BOECK, « De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam », in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Anvers, Maklu, 1996, 305; F. VAN NESTÉ, « Het zelfbeschikkingsrecht. Een kritische studie », *R. W.*, 1991-1992, 689.

7. Notre haute juridiction avait les coudées franches pour parvenir à cette conclusion. En effet, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée que représente la répression pénale des pratiques sadomasochistes est légitime au regard de l'article 8, § 2 de la Convention.

Dans son arrêt *Laskey, Jaggard et Brown* du 19 février 1997⁽¹⁷⁾, elle estime que « l'un des rôles incontestablement dévolu à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels; que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien » (§ 43). Elle n'incite donc nullement les États membres à assouplir leur législation pénale en la matière. L'application concrète de celle-ci peut toutefois prendre en compte le consentement des protagonistes, dans une mesure déterminée par l'État, en vertu de sa marge d'appréciation. C'est à lui qu'il appartient de faire coexister les considérations de santé publique et de libre arbitre de l'individu (§ 44). La présence de lésions d'une certaine gravité ainsi que le caractère organisé des faits de l'espèce conduisent la Cour à distinguer cette hypothèse des arrêts plus libéraux rendus relativement à l'incrimination pénale des relations homosexuelles entre adultes consentants⁽¹⁸⁾ (§ 45). Dans cet arrêt, la Cour européenne a donc adopté une position stricte, en faisant primer l'idée traditionnelle d'inviolabilité du corps humain et de protection de la personne *y compris contre elle-même* et en refusant d'empiéter sur l'autonomie des États membres en matière répressive⁽¹⁹⁾.

8. Il n'en reste pas moins qu'à lire l'arrêt commenté, c'est la Convention européenne des droits de l'homme qui a incité notre Cour de cassation à ne pas s'en tenir à un constat d'existence de l'infraction et de la culpabilité. Elle confirme en effet que « même accompagnée de pratiques sadomasochistes, la vie sexuelle entre majeurs consentants fait partie, en règle, de la vie privée, et le droit au respect de celle-ci est garanti par l'article 8, § 1^{er}, de la C E D H ».

(17) Cour eur D H., arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, D, 1998, 97, note J.-M. LARRALDE, *Rev trim dr h*, 1997, 733, note (approbative) M. LEVINET. Voy. aussi P. DE HERT, « Mensenrechten en het liefdevol doodkussen van het liberale denken. Rechtspraak en wetgeving over verkrachting, transseksualisme en sadomasochisme », in *Liefde's onrecht*, K. RAES (dir.), Gand, Mys & Breesch, 1998, 103-105, n° 19; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *J C P*, 1998, I, 107, n°s 32 et 34.

(18) Arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A, n° 45; arrêt *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A, n° 142; arrêt *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A, n° 259. Voy. C. RUSSO, « Article 8, § 1^{er} », in *La Convention européenne des droits de l'homme. commentaire article par article*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), Paris, Economica, 1995, pp. 309-311; pour une comparaison avec la jurisprudence américaine, voy. F. RIGAUX, *op cit*, pp. 179-187.

(19) Peu avant l'arrêt *Laskey*, M. Velaers s'interrogeait sur la légitimité de la répression pénale des pratiques sadomasochistes face au droit à l'autodisposition et à l'exigence de « nécessité dans une société démocratique » posée par l'article 8, § 2, de la C E D H, anticipant ainsi de manière progressiste non pas la position de la Cour de Strasbourg, mais bien celle de notre Cour de cassation dans l'arrêt commenté (J. VELAERS, *op cit*, p. 176, n° 76). Dans le même sens, J.-M. LARRALDE, note précitée, pp. 99-100.

Assurément ce droit n'est-il pas absolu, le paragraphe 2 de la disposition en cause permettant l'ingérence du législateur dans la vie privée, notamment dans le but de protéger la santé ou la morale, pour autant que cette ingérence soit jugée « nécessaire dans une société démocratique »⁽²⁰⁾. Cependant, c'est bien l'article 8 de la Convention qui amène la Cour à décider, dans ce qui nous semble être son attendu fondamental, que les coups et blessures volontaires commis dans le contexte d'une vie sexuelle sadomasochiste, s'ils ne sont *pas justifiés* par le consentement de la victime, peuvent être *excusables* et dès lors donner lieu à l'exclusion de toute peine.

L'assimilation du consentement à une *cause de justification*, dans la lignée de l'arrêt précité de la cour d'appel de Gand, avec pour corollaire une suppression totale de l'infraction et par conséquent de la culpabilité, eût ouvert une brèche dont on mesure mal les implications potentielles. Une telle analyse laisserait en effet entier le délicat problème de la détermination précise des hypothèses dans lesquelles l'infraction subsisterait et de celles dans lesquelles elle serait supprimée. De plus, elle malmènerait la fonction même du droit pénal, qui est d'imposer aux individus des barrières que la société refuse de leur voir franchir⁽²¹⁾. Nul n'admettrait par exemple qu'un individu autorise un autre à l'assassiner en l'assurant de l'impunité. Pourtant, du sadomasochisme aux *snuff movies*, il n'y a qu'une différence de degré et non de nature, pourvu que le consentement existe d'un côté comme de l'autre. Une barrière qui serait fonction de la gravité des coups portés serait impraticable, car empreinte de subjectivité et impossible à systématiser.

9. Il était donc plus sage d'envisager l'existence d'une *cause d'excuse* dans les hypothèses où les faits ne semblent pas mériter de peine. Il faut toutefois noter que toute cause d'excuse doit en principe trouver son origine dans la loi⁽²²⁾; or la loi pénale belge est muette à ce propos. Procédant à une interprétation évolutive de l'article 8 de la C E D H, la Cour de cassation belge semble lui assigner dans l'arrêt commenté une nouvelle fonction : la vie sexuelle faisant partie de la vie privée, le respect de celle-ci, imposé par cette disposition, *requiert*

⁽²⁰⁾ Le libellé du moyen critiquait à cet égard le degré de précision de l'article 398 du Code pénal au regard de l'exigence contenue dans l'article 8, § 2, C E D H. Ainsi restreint, il n'a malheureusement pas permis à la Cour d'analyser l'étendue des notions de « santé » et de « morale » en cette matière. On peut pourtant s'interroger sur leur portée face à l'autonomie de l'individu, s'agissant de pratiques privées dépourvues de tout risque de contagion et de tout prosélytisme. Sur les rapports entre morale et droit, voy. not. F. RIGAUX, « La liberté du sujet quant à son corps face aux valeurs fondamentales du droit et de la morale », in *La vie privée, une liberté parmi les autres?*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 49-85; du même auteur, « Le droit entre un en-deçà et un au-delà », *eadem loc.*, pp. 161-187.

⁽²¹⁾ G. LOISEAU, *op. cit.*, pp. 969-972.

⁽²²⁾ Art. 78 C. pén. Voy. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 459. Dans un arrêt du 16 février 1993 (*Pas.*, I, p. 177), la Cour de cassation précise que « l'article 78 du Code pénal, en vertu duquel nul crime ou délit ne peut être excusé, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi, implique que le juge pénal ne peut retenir d'autres causes d'excuse que celles prévues par la loi ».

que les infractions consenties commises dans ce cadre ne soient pas punissables⁽²³⁾.

Il y aurait donc là un nouveau fondement à l'excusabilité, l'article 8 de la Convention primant l'article 78 du Code pénal⁽²⁴⁾. En exprimant le caractère abusif d'une peine pénale dans l'hypothèse envisagée, la Cour procède à une application « préventive » de la norme supranationale, conforme à sa raison d'être et permettant d'éviter une condamnation possible par les organes de Strasbourg (que pourtant l'arrêt *Laskey* ne laisse pas pressentir).

Sur le plan des principes, ce recentrage de la répression pénale nous semble aller dans la voie d'une reconnaissance d'un droit de l'individu à disposer de son corps, fût-ce en lui causant des lésions⁽²⁵⁾.

II. — L'AUTONOMIE CROISSANTE DE LA PERSONNE PAR RAPPORT À SON CORPS EN MATIÈRE SEXUELLE

10. Bien qu'il leur soit très rarement demandé de se pencher sur la question, en raison notamment de la discrétion dont font preuve les adeptes de ce type de sexualité non conformiste, les juridictions pénales devraient avoir à cœur de suivre la tendance esquissée par la cour suprême. Cela suppose toutefois que soient précisées les conditions dans lesquelles elles devront s'abstenir de prononcer une peine en cas de coups et blessures volontaires portés au cours d'une relation sadomasochiste.

11. La première condition à remplir est que les faits se soient déroulés dans le cadre de la *vie privée*.

Le fondement à l'excusabilité est, nous l'avons dit, la protection de la vie privée imposée par l'article 8 de la C.E.D.H. Ce fondement en constitue en même temps la limite, en ce sens que l'excusabilité est limitée aux faits commis dans le cadre de la vie privée⁽²⁶⁾. Cette notion doit, à notre sens, être entendue de façon large et englober aussi bien les relations d'un couple dans l'intimité de sa chambre à coucher que les pratiques auxquelles s'adonnent des adultes

⁽²³⁾ Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 760.

⁽²⁴⁾ Dans le même sens, A. DE NAUW, note précitée, p. 577.

⁽²⁵⁾ Voy. à ce sujet Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, 589; G. LOISEAU, art. précité; M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Arch. philos. dr.*, 1988, 325-328.

⁽²⁶⁾ La sexualité « publique » n'est pas comprise dans le champ de protection de l'article 8, d'où l'incrimination pénale d'outrage public aux bonnes mœurs (art. 383 à 386ter C. pén.), qui pourrait viser des pratiques sexuelles violentes s'accompagnant de prosélytisme ou d'expositions publiques suggestives, notamment au moyen de photos ou d'images vidéo (voy. Bruxelles, 24 avril 1991, *Journ. proc.*, 1991, n° 195, p. 30, *J.T.*, 1992, p. 15; Anvers, 24 novembre 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 1372). Sur l'existence à ce propos d'un « devoir de discrétion » obligeant à cantonner la sexualité à l'intimité, voy. J. VELAERS, *op. cit.*, p. 173, n° 70; P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme », *Pan.*, 1998, p. 280.

consentants en groupe, fût-ce en dehors de tout domicile privé comme en l'es-pèce⁽²⁷⁾.

À notre sens, vie « privée » n'est pas synonyme de vie « cachée ». La vie privée ne se réduit pas à la vie intime⁽²⁸⁾. L'autonomie qui doit être reconnue à l'individu dans sa sphère privée comprend pour lui la faculté de révéler à certaines personnes, librement choisies, certains aspects de sa personnalité, même en principe intimes, sans qu'ils acquièrent pour autant un caractère public et sortent du champ d'application de l'article 8 de la Convention. Il doit dès lors être permis de vivre sa sexualité à plusieurs, pour autant que ce ne soit pas de façon *publique*, sans lui faire perdre le bénéfice de la protection de cette disposition⁽²⁹⁾.

12. La seconde condition, absolument essentielle, est que la personne à laquelle les coups ont été portés dans un but de satisfaction sexuelle ait *consenti* à être traitée de la sorte, voire ait incité son partenaire à se montrer violent avec elle. Selon la Cour de cassation, les coups et blessures volontaires commis dans le contexte d'une vie sexuelle sadomasochiste doivent, pour être excusables, l'avoir été « à l'égard d'une personne qui y consent légalement ». C'est précisément cette dimension consensuelle qui distingue les faits envisagés d'autres hypothèses de violences sexuelles pénalement sanctionnées.

En effet, lorsque des relations sexuelles sont *imposées au partenaire contre son consentement*, fût-ce dans le cadre conjugal, la répression pénale est évidem-

⁽²⁷⁾ C'était également le cas dans l'arrêt *Laskey* de la Cour européenne des droits de l'homme : les circonstances particulières de la cause ont conduit la Cour à « se demander si les pratiques sexuelles des requérants » relevaient « entièrement de la notion de vie privée » (§ 36). Dans son opinion concordante, le juge Pettiti conclut même à la non-applicabilité de l'article 8, celle-ci n'ayant toutefois pas été contestée par les parties.

⁽²⁸⁾ La Cour de Strasbourg considère elle-même qu'il serait « trop restrictif de limiter la notion de « vie privée » à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » (Cour eur DH, arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, série A, n° 251 B, § 29, *Journ dr int.*, 1993, 755, note E DECAUX et P TAVERNIER, *D*, 1993, somm comm, 386, obs. J-F RENUCCI) Voy. J-F RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 71; O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev trim dr h*, 1999, 832, n° 6; sur le contexte particulier de l'arrêt *Niemietz*, voy P VAN DIJK et G J H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haye, Kluwer Law International, 3^e éd., 1998, pp 524-525.

⁽²⁹⁾ En ce sens, P. DE HERT et S. GUTWIRTH, *op cit*, 282; F. RIGAUD, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1990, pp. 634-635, n° 568. Sur la définition générale de la vie privée, voy F. RIGAUD, *op cit*, pp 716-729; O. DE SCHUTTER, *op cit*, pp 827 et s.

ment justifiée⁽³⁰⁾. Le harcèlement sexuel en milieu professionnel⁽³¹⁾, le viol entre époux⁽³²⁾ ainsi que les violences conjugales⁽³³⁾ sont désormais punissables. Le législateur a également entendu accroître la sévérité du droit envers les atteintes sexuelles commises sur des mineurs⁽³⁴⁾, réputés incapables, en-dessous de l'âge de 16 ans, de consentir valablement à une relation sexuelle. La répression pénale se fonde ici précisément sur l'absence, établie ou présumée, du consentement de la victime⁽³⁵⁾. Face à ce mouvement de pénalisation croissante des pratiques sexuelles illicites, car non consenties, il nous semble que la Cour de cassation a perçu la nécessité de mieux protéger, *a contrario*, la sphère d'intimité et la sexualité consensuelle.

13. Pour pouvoir être pris en considération, le consentement du partenaire doit être donné « légalement », ce qui suppose selon nous, outre la limite d'âge de 16 ans qui vient d'être évoquée, qu'il soit *libre et conscient*, autrement dit

(30) Voy J.-C. GUILLEBAUD, *La tyrannie du plaisir*, Seuil, 1998; A. GARAPON et D. SALAS, *La République pénalisée*, Hachette, 1996. Adde le dossier « Sexe et criminalité » de la revue *Criminologie*, Montréal, Presses univ., 1994, vol. XXVII, n° 2.

(31) Art. 442bis C. pén., loi du 30 octobre 1998. Voy. Ch. MEUNIER, « L'incrimination du harcèlement », in *Le point sur le droit pénal*, Liège, Formation permanente C.U.P., février 2000, 147; du même auteur, « La répression du harcèlement », *Rev. dr. pén.*, 1999, 739; L. STEVENS, « Stalking strafbaar », *R.W.*, 1998-1999, 1377; L. VERSLUYS, « Le harcèlement nouveau (le « stalking ») est interdit », *Journ. proc.*, 1999, n° 363, p. 20.

(32) Art. 375 et s. C. pén., loi du 4 juillet 1989. Voy. P. DE HERT, « Mensenrechten en het liefdevol doodkussen van het liberale denken. Rechtspraak en wetgeving over verkrachting, transseksualisme en sadomasochisme », in *Liefde's onrecht*, K. RAES (dir.), Gand, Mys & Breesch, 1998, 80-90; F. HUTSEBAUT, « De nieuwe wetgeving op de verkrachting », *Pan.*, 1990, 32; P. NUSS, « La 'condamnation' par la Cour européenne des droits de l'homme du viol entre époux. Observations sur l'arrêt *S.W. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995 (série A, n° 335 B) », *Gaz. Pal.*, 11-12 juillet 1997, p. 6. Sur l'évolution du droit français à cet égard, voy. J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, L.G.D.J., 1993, n°s 944-951.

(33) Art. 410, al. 3 C. pén., loi du 24 novembre 1997. Voy. A. JACOBS, « Les violences au sein du couple (article 410, alinéa 3, du Code pénal) », in *Le point sur le droit pénal*, précité, p. 173; O. KLEES, « La vie du droit : droit pénal et violences dans le couple », *J.T.*, 1998, 304; L. STEVENS, « De wet van 24 november 1997 strekkende om het geweld tussen partners tegen te gaan », *E.J.*, 1998, 18; C. VERSCHUEREN, « De wet van 24 november 1997 ertoe strekkende het geweld tussen partners tegen te gaan : een schoolvoorbeeld van hedendaagse wetgeving? », *R.W.*, 1998-1999, 1059.

(34) Art. 372 à 378bis C. pén. (attentat à la pudeur et viol); art. 379 à 382bis du même Code, modifiés par la loi du 13 avril 1995 (corruption de la jeunesse et prostitution). Voy. J.-Y. HAYEZ, « Les enfants et adolescents abusés sexuellement », *cette revue*, 1993, 355; L. STEVENS et D. DEWANDELEER, « De zedenwetten van 27 maart en 13 april 1995. Wijzigingen van Boek II van het Strafwetboek », *I.D.J.*, 1997, n° 9, p. 48, *A.J.T.*, 1997-98, dossier n° 1, p. 36; O. VANDEMEULEBROEKE et F. GAZAN, « Traite des êtres humains, exploitation et abus sexuels. Les nouvelles lois des 27 mars et 13 avril 1995 », *Rev. dr. pén.*, 1995, p. 973; L. VERSLUYS, « Viol et attentat à la pudeur et limite d'âge : 14 ans », *Journ. proc.*, 1997, n° 320, 20.

(35) Sur l'évolution du droit pénal français à cet égard, voy. not. F.-L. COSTE, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.*, 1997, 179; E. PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Arléa, 1996; B. PY, *Le sexe et le droit*, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je? », 1999.

exempt de tout vice. Cette circonstance doit être examinée de façon très scrupuleuse, en vue d'éviter qu'une personne fragilisée par sa jeunesse ou son état psychique ne soit soumise à une influence excessive, voire à des menaces ou à un chantage de la part d'un adepte convaincu

En outre, l'existence du consentement devra toujours être attentivement vérifiée dans les faits. Or la preuve de celui-ci pourrait s'avérer problématique au regard du caractère *privé*, donc par hypothèse secret, que doivent revêtir les pratiques sadomasochistes pour être excusables. L'absence ou l'imperfection du consentement ainsi que le dépassement du consentement donné peuvent résulter du dépôt d'une plainte de la part de la victime, pour autant qu'elle surmonte la crainte du scandale qu'une procédure judiciaire éveillerait ou des témoignages recueillis à l'audience, dans l'hypothèse de pratiques de groupe. À défaut, si le prévenu invoque le consentement de son/sa partenaire à titre de cause d'excuse en établissant l'existence d'éléments susceptibles de lui donner crédit, il appartiendra au ministère public de démontrer la fausseté de ses allégations⁽³⁶⁾.

14. Enfin, la troisième condition posée par la Cour de cassation est que les coups et blessures administrés ne soient « pas de nature à *porter atteinte à la santé* de la personne qui les subit ». Elle n'exige pas que sa santé ait été *in casu* sauvegardée⁽³⁷⁾, mais que, *en théorie*, les coups portés n'aient pas été de nature à y porter atteinte. L'appréciation de cette exigence peut s'avérer malaisée, car elle dépend de l'opinion personnelle du juge quant à l'étendue de la notion de santé et l'importance de l'atteinte qui lui est causée. Selon la Cour elle-même, elle vise à distinguer le sadomasochisme « léger », qui ne porte pas atteinte à la santé, et le sadomasochisme « grave », qui équivaut à la torture⁽³⁸⁾. Pour être excusable, on exige du sadomasochiste qu'il se montre mesuré, prudent, raisonnable. Il n'y a pas lieu de tolérer certains excès en constatant *a posteriori* qu'ils n'ont pas en l'occurrence été dangereux.

15. Cette distinction selon le degré des pratiques sadomasochistes s'explique, à notre sens, par la considération que, quelle que soit la portée que l'on confère au « droit de disposer de soi-même » et au principe fondamental de la liberté individuelle, ils seront toujours susceptibles d'être bornés par le nécessaire respect dû à la *dignité humaine*⁽³⁹⁾, notion qui perdrait tout sens s'il était permis

⁽³⁶⁾ A. DE NAUW, note précitée, p. 579.

⁽³⁷⁾ L'argument d'absence de péril effectif pour la santé, plaidé par les protagonistes dans cette affaire ainsi que dans l'arrêt *Laskey* de la Cour eur. D.H., n'a été retenu dans aucun des deux cas.

⁽³⁸⁾ Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1998, *Rev. dr. pén.*, 1999, 760.

⁽³⁹⁾ Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *op. cit.*, pp. 594-595, n^{os} 22-24; G. LOISEAU, *op. cit.*, p. 988.

aux particuliers d'en fixer les contours à leur guise⁽⁴⁰⁾. Ceci ressort notamment de l'arrêt du Conseil d'État français du 27 octobre 1995 relatif au « lancer de nain »⁽⁴¹⁾.

À notre sens, la notion de dignité, d'ailleurs évoquée par la cour d'appel dans l'arrêt *a quo*, est seule apte, de par sa transcendance et son caractère absolu, à justifier une limitation de la liberté de principe qui doit être reconnue aux individus quant à leur corps. La coexistence de cette liberté et de cette limite infranchissable nous semble figurer en filigrane de l'arrêt commenté. La Cour de cassation confie en effet aux juges du fond le soin d'imposer aux individus le respect de leur propre dignité, tout en leur permettant de s'affranchir d'une intangibilité de principe du corps humain lorsque ce respect n'est pas mis en péril⁽⁴²⁾.

16. Lorsque les conditions qui viennent d'être exposées sont remplies, les pratiques sadomasochistes doivent donner lieu à l'exclusion de toute peine. Le respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la C.E.D.H., est à ce prix. En affirmant cela, la Cour de cassation procède à une importante évolution : elle privilégie le respect de la sexualité consensuelle en tant que manifestation de l'autonomie de l'individu dans sa sphère privée et, par là, accrédite l'existence d'une certaine liberté de « disposer » de soi-même, ou plutôt d'autodéterminer sa conduite, qui tranche avec le dogme d'inviolabilité absolue du corps humain traditionnellement défendu. En limitant, sans l'exclure, l'intervention du droit pénal dans la sphère privée, elle traduit la nécessité d'empêcher celui-ci de paralyser, sous couvert de contrôle social empreint de jugements moraux, l'exercice des prérogatives reconnues à l'individu au plan civil.

Nous sommes en effet enclin à considérer, rejoignant à cet égard les considérations de M. Rigaux, que la manifestation concrète par le sujet de sa liberté d'orientation sexuelle dans un lien instauré avec autrui, quelle qu'en soit la

(40) Ch HENNAU et J VERHAEGEN, *op cit*, pp 187-188, n° 218; G LOISEAU, *op cit*, p. 974; M LEVINET, note sous Cour eur D H, arrêt *Laskey, Jaggard et Brown*, 19 février 1997, *Rev trim dr h.*, 1997, 743, n° 7; J VELAERS, *op cit*, pp 178-179, n° 77; P DE HERT, *op cit*, 105-106, n° 20. Sur l'impossibilité de renoncer à l'interdiction d'être soumis à un traitement dégradant, voy J.-F. FLAUS, « L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme », note sous Trib. adm Versailles, 25 février 1992, *Rev fr dr adm.*, 1992, 1029-1030.

(41) C.E. fr., 27 octobre 1995, *D.*, 1996, 177, note G LEBRETON, *J C P.*, 1996, II, 22630, note F HAMON, *Rev fr dr publ.*, 1996, 536, notes (contrastées) M GROS et J.-C. FROMENT. *Adde* le commentaire de B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, 1997, 185, nos 16-19.

(42) Sur la portée du principe de dignité et sa nécessaire conciliation avec le dogme de la liberté individuelle, voy. not. B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *Rev. fr. dr. publ.*, 1999, 212-214 et 224-233; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit? quel titulaire? », *D.*, 1996, chr., 284-286; du même auteur, « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *Rev. fr. dr. publ.*, 1999, 98-104; H. MOUTOUH, « La dignité de l'homme en droit », *Rev. fr. dr. publ.*, 1999, 185-191.

forme, couplée à la volonté manifestée par l'autorité de réprimer cette manifestation de liberté, transforment celle-ci en véritable droit subjectif⁽⁴³⁾.

Gilles GENICOT

Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Liège

⁽⁴³⁾ F. RIGAUX, « La doctrine des droits de la personnalité », in *La vie privée. une liberté parmi les autres?*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 136-137