

Reparler du droit avec *La fabrique du droit*

Rencontre avec Bruno Latour autour de *Changer de société - Refaire de la sociologie*
Cosmopolis-VUB
 26 janvier 2008

TABLE DES MATIERES

I.

Intro : un récit parallèle

Changer de société et les sociologues

La fabrique du droit et les juristes-chercheurs en théorie du droit

II.

Faire de la recherche en droit à partir de la ‘théorie relationnelle du droit’

La fabrique du droit : un pavé dans la soupe !

Le PAI

<http://www.imbrolio.be>

Comment aborder le droit, selon Bruno Latour et Isabelle Stengers

- Bruno Latour : régimes d’annonce, régimes de vérité, modes d’existence

- Isabelle Stengers : pratiques

➔ il y a un mode propre du droit ; l’irréductibilité du droit, « le droit ne remplace rien d’autre »

Le droit dans *La fabrique du droit*

- micro procédures qui doivent produire du *détachement*, de la *distance* et de l’*hésitation* sur la décision à prendre

- exigences spécifiques du droit

- le droit assigne, retrace, authentifie, attache, lie ...

- une fabrique d’une *fabric*

- sécurité juridique

- ‘revirements de jurisprudence’ et ‘jurisprudence constante’

- « bien parler » du droit

III.

Les juges belges et le ‘sodomasochisme’

- Les faits de l’affaire du ‘juge SM’

- les jugements belges de la Cour d’appel d’Anvers et de la Cour de Cassation : application du code pénal

- élément moral : dol général

- élément matériel : lésions

- pas d’erreur invincible

- pas de cause d’excuse : l’article 8 de la CE ne procure en l’espèce pas de cause d’excuse (ou cause exonératoire de la peine) car la répression est

justifiée par la nécessité de protéger la morale (dignité humaine) et la santé publique (risque de lésion et de blessures)

Notre commentaire de 1997

- vie privée = liberté (au lieu de dignité) ; non au moralisme et paternalisme juridique
- un précédent opposé l'arrêt de la Cour d'Appel de Gand
- un argument hypocrite : « risque de dommage »/dommage potentiel à la santé
- mais, n'y avait il pas un problème de « consentement » de la « victime »
- remarque

L'arrêt K.A. de la Cour de Strasbourg de 17 février 2005

- la condamnation des sadomasochistes belges ne viole pas l'art. 8 CE
- MAIS : raisonnement tout à fait différent
- art 8.1 (ingérence dans la vie privée ?): oui, il y a ingérence dans la vie privée des demandeurs
- art 8.2 (ingérence légitime ?)
 - *ingérence prévue par la loi* ? ingérence prévisible ? oui, en raison du non respect « des règles normalement reconnues pour ce genre de pratiques
 - *finalité légitime* : oui, la protection des « droits et libertés d'autrui », (et non la morale ou la santé publique)
 - *nécessité et proportionnalité de l'ingérence* : oui, raisons particulièrement graves (pratiques extrêmes et incontrôlées)

Notre commentaire de 2005

- reconnaissance de la liberté de la vie privée, refus du paternalisme et du moralisme
- l'importance *et* la fragilité du consentement
- l'importance les 'règles normalement reconnues pour ce genre de pratiques'
- retour critique sur le droit belge

IV.

Pour conclure

- les jugements belges et le jugement de la Cour Strasbourgeoise
- nos commentaires
- juristes *et* chercheurs

CHRONOLOGIE

19 février 1997 : Cour Européenne des Droits de l'homme, *Laskey, Jaggard et Brown c. Grande-Bretagne* [L'affaire de Gand : 23 septembre 1997 : Cour d'Appel de Gand

Note : A. VANDEPLAS, 'Over sadomasochisme', *Rechtskundig weekblad* 1997-98, 856

Note : P. ARNOU, 'Sadomasochisme, wel ontucht, geen slagen?', noot onder Gent, 23 september 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, 263-266]

30 septembre 1997 : Cour d'Appel d'Anvers (privilège de juridiction)

6 janvier 1998 : Cour de Cassation (et : Cour de Cassation 25 juin 1998 : déstuton du juge K.A., perte de pension de retraite)

Editorial: P. DE HERT & S. GUTWIRTH, 'Editoriaal : Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme', *Panopticon*, 1998/4, 279-286

(<http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Dehert/003.pdf>)

Note : A. DE NAUW, 'Les conditions générales de la sanction', obs. Cass. 6 janvier 1998, *Revue de Droit Pénal* 1999, 573-579

17 février 2005 : Cour Européenne des Droits de l'homme, *K.A. et A.D. c. Belgique*

Editorial : S. GUTWIRTH & P. DE HERT, 'Dura sex sed sex. Het arrest K.A. en A.D. tegen België', *Panopticon*, 2005, nr. 3, 1-14 (<http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Gutwirth/009.pdf>)

CODE PÉNAL BELGE :

Article 392 « Sont qualifiés volontaires l'homicide commis et les lésions causées avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition, et lors même que l'auteur se serait trompé dans la personne de celui qui a été victime de l'attentat ».

Article 398 « Quiconque aura volontairement fait des blessures ou porté des coups sera puni d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de vingt-six francs à cent francs, ou d'une de ces peines seulement. En cas de préméditation, le coupable sera condamné à un emprisonnement d'un mois à un an et à une amende de cinquante francs à deux cents francs »

ARTICLE 8 DE LA CEDH – DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

TERMINOLOGIE DU DROIT PÉNAL GÉNÉRAL (CF. ARTICLE A. DE NAUW)

1. les causes de justification effacent l'illégalité de l'acte
2. les causes d'exclusion/exemption de la culpabilité effacent la culpabilité de l'auteur
3. les causes de non-imputabilité effacent l'imputabilité.
4. les causes d'excuses ou causes exonératoires de la peine effacent la mesure/l'imposition de la peine

Intro : un récit parallèle

Aujourd'hui nous avons surtout parlé de l'impact de *Changer de société-Refaire de la sociologie* sur la pratique et la recherche des *sociologues*.

Arrivé à ce point de la journée, il est, je crois, déjà bien acquis, que l'expérimentation collective à partir des propositions du livre de Bruno Latour a provoqué des *déplacements significatifs* par rapport à la position et la façon de travailler de nos amies sociologues. En étant tout à fait et beaucoup trop schématique je dirais qu'on les a vu passer d'une position de 'cigales' critiques et dénonciatrices, à un travail assidu de 'fourmis' portées par le mouvement de ce à quoi elles se sont intéressées. Dans l'expérimentation collective présentée aujourd'hui elles ont pris au sérieux la 'sociologie des associations' Latourienne et ses 'incertitudes', tout en refusant les catégories que Latour a envoyées faire autre chose (comme 'le contexte, l'explication sociale, la Société avec un grand S, le culte de ce qui est stabilisé, et ainsi de suite ...)

J'aimerais, quant à moi, vous faire part d'un récit parallèle et similaire, et notamment le récit de ce qu'à provoqué un autre livre de Bruno, *La fabrique du droit*, sur certains « chercheurs-juristes en théorie du droit » dont moi-même. *La fabrique du droit* est un livre ethnographique sur le Conseil d'Etat français dans lequel Bruno décrit le 'régime de véridiction juridique' à partir d'une observation méticuleuse des conseillers, commissaires et autres qui s'y affairant

J'ajouterais à cela que mon récit, tout comme celui des sociologues, est aussi le fruit d'une expérimentation collective dans le sein d'un projet de recherche (notre fameux PAI) auquel ont participé (entre autres) Bruno, Isabelle et une équipe de chercheurs-juristes de la VUB dont je fais partie.

D'abord je vais raconter cet itinéraire en termes plus généraux, puis je vais tenter de l'illustrer à partir d'une affaire que je suis depuis très longtemps, celle des 'sadosochistes' belges.

II.

Avant l'entrée en scène de la *Fabrique du droit*, on peut dire que je travaillais à partir d'une perspective de théorie du droit. J'enracinais mes travaux de recherche en droit dans une théorie du droit que j'avais hérité et contribué à développer : notamment la 'théorie relationnelle du droit', tirée d'un mélange de théorie politique, d'histoire constitutionnelle, de philosophie du droit et de droit positif

En deux mots, cette théorie voit le droit comme un système de médiation entre humains, entre humains et institutions, entre institutions et pouvoirs etc. : le droit s'y trouve toujours 'entre' les autres concernés, il est médiateur de leur relations

En disant cela comme ça en un trait, je me permets de faire une caricature pour le besoin de la cause, car en fait, mes vues théoriques étaient complexes, dynamiques et ouvertes,

De plus, comparé à beaucoup d'autres sociologues ou philosophes du droit, je me faisais fort de prendre au sérieux le droit positif dans son fonctionnement: mes travaux étaient *toujours aussi* des travaux de droit positif. Je ne pratiquais pas la théorie ou la philosophie du droit aux envolées purement abstraites au sujet du droit. Au contraire, toutes mes recherches étaient ancrées dans des questions juridiques actuelles. Ceci dit, dans mes travaux il s'agissait *toujours aussi* de mettre en balance mes perspectives théoriques sur le droit avec les cas ou les pans de droit positif auquel je m'intéressais. Cela permettait des commentaires critiques et explicatifs du droit tel qu'il se jouait sous mes yeux, ce qui me démarquait de la plupart de mes collègues 'positivistes'.

Dans mes travaux j'en arrivais donc à constater et 'dénoncer' ce que j'appelais 'l'érosion du droit dans le droit positif' ou plus fort encore 'par' le droit positif. Ou, autrement, je célébrais des victoires ou des héroïques résistances du droit, face à des forces venues le 'coloniser' ou anéantir son office de médiation

Quand je parlais des juges et de leurs jugements, je m'intéressais bien sûr à leur raisonnements juridiques *d'un point de vue juridique*, je les suivais 'de l'intérieur', comme un commentateur juriste positiviste, mais j'y apportais toujours *aussi* une 'autre dimension', une perspective de l'extérieur :

- comment avaient-ils agi par rapport à la théorie relationnelle du droit ?
- avaient-ils bien mis en œuvre tout les aspects de la médiation juridique, et les équilibres que celle-ci doit construire et reconstruire
- et si ce n'était pas le cas : qui, quelles valeurs, quels intérêts ... avaient-ils suivis ou servis ?

Bref : je cherchais souvent à expliquer leur décision par autre chose que leur raisonnement juridique, par quelque chose d'un autre registre (des valeurs, des intérêts politiques, et *horresco referens* par le 'contexte')

! Attention ! soyons clairs, je n'insinue pas ici que ce sont là des question qu'il ne faut pas poser. Certainement pas. Mais je crois maintenant qu'il faut les poser autrement, et plus particulièrement en les articulant très sérieusement à 'ce par quoi les juges sont contraints quand il disent le droit' ou à 'ce qui les force à hésiter'. J'y reviendrai..

Vous l'aurez déjà compris : dans son livre, et plus particulièrement dans son dernier chapitre, Bruno tapait à coups de massue sur la manière de travailler de la théorie et de la philosophie du droit, et bien sûr aussi de la 'sociologie du droit' qui vise à 'expliquer le droit par le social ou la société' (et c'est bien du 'social 1' qu'on parle)

Autant dire que la *Fabrique du droit* est tombée comme un pavé dans ma soupe. Et j'ajoute à cela, car c'est fondamental, que tout cela s'est joué au début du projet PAI auquel nous avons commencé à travailler de près avec Isabelle et Bruno, qu'on peut nommer je crois des allergiques à 'la Théorie qui sait mieux que les praticiens ce qu'ils doivent faire'. Dans le sein du PAI, c'est développé un long débat au sujet du droit et de la théorie du droit, dont on peut encore retrouver les traces sur notre site web

www.imbrogl.io.be . Ce long débat m'a beaucoup fait réfléchir à ce que c'est d'être juriste, de 'parler du droit' et de faire de la recherche en droit. C'est ce que je veux essayer de décrire aujourd'hui.

Les questions qui intéressent Bruno et Isabelle sont fort différentes de celles que je me posais. Pour eux il s'agit de prendre au sérieux ce qui distingue le droit de ce qu'ils appellent

- les autres « régimes de véridiction ou d'énonciation » les autres « modes d'existences » (Bruno)
- les autres « pratiques » (Isabelle)

Pour « bien parler » du droit il faut rendre compte de ce mode propre au droit, de ce qui est vrai et faux *en droit*, de ce qu'il y a d'*irréductible* dans le droit où encore, pour parler en Stengersien, il faut rendre compte des *obligations* qui forment le registre de créativité interne et irréductible du droit ; son régime de succès ; ce qui contraint les juristes à agir, à hésiter.

Quand les juristes doivent répondre à des mobilisations extérieures -p.ex. des affaires avec des grosses implications politiques ou économiques - ils ne sont jamais libres de faire ce qu'il leur plaît : ils sont contraints par leur pratique, par leur régime d'énonciation, par le « mode d'existence » propre du droit. Ne pas en tenir compte de ces contraintes, c'est les insulter.

Le droit ne peut jamais être réduit à 'que du politique', 'que de l'économique', que du pouvoir'. On ne peut pas, simplement, 'l'expliquer socialement'.

Cela revient à dire qu'il ne faut pas attendre du droit des conséquences qu'il ne peut pas avoir, ou de lui infliger un programme qu'il ne peut pas réaliser. Comme dit joliment Bruno, attendre du droit qu'il permette à la victime de faire son deuil, c'est commettre une 'erreur de catégorie'. C'est comme essayer de 'faxer une pizza'.

Le droit fait donc, pour paraphraser Bruno et Isabelle, partie de ces 'pratiques' ou 'modes d'existence' irréductibles qui sont pris dans une 'écologie' et avec lesquels ils *faut* composer pour construire un 'monde commun'.

Mais je n'ai toujours pas dit à quoi ressemble ce 'droit' irréductible que Bruno a pu ethnographier au Conseil d'Etat français. Qu'a-t-il vu au CE de sa position de 'mouche au mur' ? (Il s'agit naturellement d'un livre bien trop riche pour le présenter en quelques minutes ; je me limite donc à quelques éléments que je crois importants)

Au Conseil d'Etat français Bruno a vu :

D'abord, une longue accumulation de micro procédures qui doivent produire du *détachement*, de la *distance* et de l'*hésitation* sur la décision à prendre. Dans ces procédures il s'agit toujours de mettre en relation ces deux ensembles de textes : je cite « d'une part les documents *ad hoc* contradictoires - notamment le dossier, qui grossit, grossit et grossit jusqu'à ce qu'il soit mûr pour la décision - et, d'autre part, des textes

imprimés, autorisés, votés, reliés, soigneusement rangés dans les rayonnages des bibliothèques. »¹

Ensuite, il y a vu les 'exigences' auxquelles des Conseillers doivent répondre: il doivent notamment

- décider dans un temps raisonnable,
- qualifier les faits de façon à ce qu'il soit possible de passer à un registre juridique,
- décider à partir d'un dossier et des 'moyens' mis en œuvre, et seulement à partir d'eux
- produire de la 'sécurité juridique',
- produire des précédents
- respecter scrupuleusement des procédures
- prendre en compte la totalité du droit (l'opération de « l'imputation » : relier l'affaire au droit en vigueur).

Pour Bruno, le droit prend en charge, à sa façon propre, la cohésion des liens et des attachements qui nous (les Occidentaux) lient les uns aux autres, aux choses, aux paroles. Il assigne, il retrace, il authentifie. Le droit, ainsi ne peut être que *superficiel* : s'il peut tout lier, c'est justement parce que dans son opération il ne fait qu'effleurer l'essence des situations, des personnes et des actes qu'il relie.

Le droit est une « fabrique » aux deux sens français et anglais du mot : une production/usine d'attachements, un fin tissu qui nous lie (*a fabric*)

En d'autres mots le droit fait de nous les sujets de ses énoncés, dès que nos actions engagent à des conséquences appartenant à son registre. Il fait donc exister des conséquences précises et assignables à ce qui, sans cela, pourrait rester matière à interprétations indéfiniment contestables, indécidables !

Le droit permet d'arrêter la discussion, le conflit (où l'on retrouve la crucialité de la sécurité juridique.)

En liant les uns aux autres, les humains et les choses, le passé au présent, les lois au cas, le droit n'exécute pas de directives, mais il se construit et reconstruit à partir de ces directives législatives, lancé par des cas d'espèces, à partir de procédures méticuleuses.

Il est important d'ajouter à cela que le changement n'y est pas impossible, mais celui-ci doit tenir dans la toile juridique qui nous lie déjà tous, quitte à en changer le dessin. Même les revirements de jurisprudence sont le résultat des mêmes opérations, des mêmes hésitations et des mêmes contraintes, que celles de la « jurisprudence constante ». Les changements dans le droit sont lents et méticuleux, et répondent aux mêmes exigences de continuité et de sécurité juridique (il n'y a pas de révolutions en droit)

Donc : pour Bruno et Isabelle, « bien parler » du droit c'est

- prendre les hésitations et les contraintes des juristes au sérieux,
- c'est éviter scrupuleusement de le réduire à autre chose que lui-même (et donc de ne pas le surcharger)
- c'est éviter d'en attendre d'autres conséquences que celles qu'il peut produire,

¹ B. Latour, *La fabrique du droit*, op. cit., p. 99.

- c'est comprendre ce que *doit* faire un juge, ce qu'il est *obligé* de faire en tant que juge, (sous peine de trahir sa pratique) ; c'est accepter qu'il y a des choses qu'il ne pas faire autrement

III.

Qu'est ce que cela implique pour quelqu'un comme moi, c-à-d pour un juriste-chercheur étudiant le droit ? Comment travailler avec ces propositions ? Comment est-ce que cela a altéré ma façon de travailler mon matériau ?

Je vais essayer de vous l'expliquer en essayant de montrer de quelle façon Bruno et Isabelle ont agencé des 'déplacements' dans ma façon de suivre, d'étudier, de lire et commenter une affaire que je suis depuis bien longtemps (on pourrait parler d'un 'avant' et d'un 'après' *la fabrique du droit* : mais c'est beaucoup trop schématique)

Quelle affaire ? Celle 'du juge sadomasochiste' belge.

Au fait il s'agit d'une recherche sur le droit et la vie privée que Paul De Hert et moi-même sommes en train d'entreprendre depuis de longues années et qui nous a mené à suivre de très près la jurisprudence belge et européenne en matière de ce qu'on appelle le sado-masochisme. Comme vous pouvez voir dans la chronologie, nous avons commenté cette affaire deux fois, à huit années d'intervalle, et depuis j'ai encore beaucoup travaillé dessus car je l'ai employé comme cas de figure dans un cours que j'enseigne

De quoi s'agit-il ?

Toute l'affaire se déclenche 'indirectement' : pendant une enquête judiciaire dans un club SM ; on y trouve des vidéos où l'on voit le juge malinois et ses compagnons à l'oeuvre

Il s'agit d'activités hard/sadiques par trois hommes (dont le juge et le médecin, qui ont lancé la procédure) infligés à une femme-esclave (notamment l'épouse du juge en question) . Voici la description des faits dans l'Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 17 février 2005 *K.A. et A.D. c. Belgique*

13. [...] On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids.

14. Ainsi par exemple, certaines scènes enregistrées en vidéo montrent-elles la victime hurlant de douleur pendant que les prévenus continuaient de la hisser par les seins au moyen d'une poulie, la fouettent puis lui attachent encore des poids aux seins. Lors d'une autre scène, la victime se voit hisser par une corde et les prévenus lui attachent des pinces aux mamelons et aux lèvres vulvaires, pour ensuite lui administrer pendant plusieurs secondes des chocs électriques, suite à quoi la victime perd conscience et s'effondre. Une autre fois, la victime subit des marquages au fer rouge.

15. La cour d'appel nota aussi que plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les

intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. Ainsi par exemple quand la victime, suspendue, se voyait planter des aiguilles dans les seins (au moins sept aiguilles dans chaque sein), les mamelons, le ventre et le vagin, elle se voyait ensuite introduire une bougie dans le vagin, puis fouetter les mamelons. Quant elle hurlait de douleur et criait « pitié ! » en pleurant, les prévenus continuaient de lui planter d'autres aiguilles dans les seins et dans les cuisses, au point qu'un des seins se mit à saigner. Peu après, la victime, qui était alors suspendue par les pieds, se voyait administrer cinquante coups de fouet, pendant qu'on lui faisait couler de la cire brûlante sur la vulve puis qu'on lui introduisait des aiguilles dans les seins et les lèvres vulvaires.

16. Même si ces faits n'ont pas laissé de séquelles durables, à part quelques cicatrices, ils étaient, de l'avis de la cour d'appel, d'une particulière gravité et susceptibles de provoquer des blessures et lésions sérieuses, en raison de la violence utilisée à cette occasion ainsi que de la douleur, de l'angoisse et de l'humiliation infligées à la victime.

17. La cour d'appel releva en outre que pendant leurs ébats, et contrairement à la norme dans ce domaine, les requérants buvaient toujours de grandes quantités d'alcool, ce qui leur faisait rapidement perdre tout contrôle de la situation. »

...

Le paragraphe 15 est important : les prévenus continuent leurs activités après que la « victime » ai prononcé le mot code convenu qui devrait les faire arrêter immédiatement (dans ce cas ci : c'était « pitié », subtilement choisi)

Le paragraphe 16 constate qu'il n'y a pas de séquelles durables, à part quelques cicatrices

Le paragraphe 17 constate une consommation de grandes quantités d'alcool et une 'perte de contrôle de la situation', '*contrairement à la norme dans ce domaine*'

Les jugements belges de la Cour d'appel d'Anvers et de la Cour de cassation

(Pour être tout à fait correct, il faudrait faire la différence entre les deux arrêts, celui de la Cour de Cassation étant plus technique, et faisant preuve de plus de retenue)

Les Cours belges appliquent les dispositions en matière de coups et blessures, lésions (art. 392 et 398 CP) :

Article 392 « Sont qualifiés volontaires l'homicide commis et les **lésions causées avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé**, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition, et lors même que l'auteur se serait trompé dans la personne de celui qui a été victime de l'attentat ».

Article 398 « Quiconque aura volontairement fait des blessures ou porté des coups sera puni d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de vingt-six francs à cent francs, ou d'une de ces peines seulement. En cas de préméditation, le coupable sera condamné à un emprisonnement d'un mois à un an et à une amende de cinquante francs à deux cents francs »

Selon les deux Cours il y a effectivement eu infraction volontaire de lésions à une autre personne: les faits présentent tous les éléments constitutifs du délit visé par l'article 398 CP. Faisons un peu de droit pénal ensemble :

L'élément moral : le délit 'coups et blessures' requiert une *intention générale*, c.-à-d. qu'il suffit de savoir, d'être conscient, que les actions sont interdites et illégales.

La 'bonne intention' (procurer du plaisir) n'enlève pas le caractère illégal de l'action

L'élément matériel : il y a eu des lésions corporelles et le fait qu'elles étaient temporaires ou superficielles n'y change rien

(il y a d'ailleurs un art. 399 CP prévu spécialement à cet effet = notamment blessures durables)

Le consentement de la victime n'y change rien non plus : le droit pénal est d'ordre public.

Pas d'erreur invincible

Selon les juges

- toute personne prévoyante et raisonnable aurait dû se rendre compte de ce que des faits aussi sérieux, commis en pareilles circonstances, même dans le cadre de pratiques sadomasochistes, tombent sous le coup du droit pénal
- d'ailleurs le fait que les prévenus n'avaient pas pu s'adonner à leurs pratiques dans les clubs qu'ils fréquentaient, en raison de leur violence, mais avaient dû spécialement louer et aménager des locaux à cet effet.

Pas de cause d'excuse ou de cause exonératoire de la peine.

En droit pénal quand il y a cause d'excuse, il y a bel et bien délit pénal, mais il y a bonne excuse aussi et le juge ne punit pas : les causes d'excuses empêchent le prononcé de la peine, même lorsque sont déjà réunis les éléments constitutifs de l'infraction. Il peut y avoir cause d'excuse quand les actes incriminés sont permis explicitement ou implicitement par la loi

C'est ce qui donne une *immunité pénale* à des activités acceptées comme la chirurgie, la chirurgie esthétique, les sports violents, les piercings et les tatouages (// réglementation de ces pratiques).

Selon les juges, l'invocation de l'article 8 Convention européenne des droits de l'homme qui protège la vie privée, pourrait en théorie, mais ne procure en l'espèce pas cette immunité pénale. Même si les juges belges acceptent que la sexualité tombe sous la protection de la vie privée (art. 8.1)², ils considèrent que toutes les conditions pour une ingérence légitime en vertu du second paragraphe de l'article 8 CEDH sont remplies: ils décident notamment

² la Cour d'Appel anversoise, néanmoins, hésite à haute voix, tout comme la cour européenne de Strasbourg dans *Laskey Brown & Jaggard* 1997 : est-ce que ce genre d'actes commis en groupe d'actes peuvent être protégés par la vie privée au sens du premier paragraphe ?

- que la loi (art. 398 CP) est assez claire et prévisible
- que l'ingérence est nécessaire et non disproportionnée aux yeux de la protection de la morale :

Les juges disent que respect de la morale et de la dignité de la personne humaine s'imposent ici sur le « droit à disposer de soi » ou de la « sexualité consensuelle ».

Je cite

« Même à une époque caractérisée par l'hyper-individualisme et une tolérance morale accrue, y compris dans le domaine sexuel, les pratiques en question sont graves, choquantes, violentes et cruelles, qu'elles portaient atteinte à la dignité humaine et ne sauraient en aucun cas être acceptées par la société. Le fait que les prévenus continuaient de soutenir qu'il n'y avait ici qu'une forme d'expérience sexuelle dans le cadre du rituel du jeu sadomasochiste entre personnes majeures consentantes et dans un lieu fermé, n'y change rien »

- que l'ingérence est nécessaire au nom de la protection de la santé publique
Pour les Cours belges la gravité des coups administrés et leur *danger potentiel* de blessures et de lésions qui en résultait, justifiaient l'intervention

Il est important de noter que les Cours belges font référence au premier arrêt strasbourgeois en matière de sadomasochisme notamment l'arrêt *Laskey/Jaggard/Brown* c. Grande Bretagne de 1997, dont ils reprennent les arguments presque littéralement.³

Notre commentaire de 1997

Dans notre premier commentaire (cf. chronologie) Paul De Hert et moi avons fait simultanément la critique de l'arrêt de la Cour d'Anvers *et* de l'arrêt strasbourgeois *Laskey Jaggard & Brown* de 1997.

Comment ?

- on a défendu la possibilité d'approcher la vie privée comme une *liberté* (au sens c.-à-d. une zone d'opacité et de non-ingérence) et *non comme un droit conditionné* par des valeurs absolues sous-jacentes telles que la 'dignité' humaine ; ces arguments allaient dans le sens de la « théorie relationnelle du droit ».

³Affaire similaire : *Laskey, Jaggard en Brown* (et 40 autres) participant a des activités SM pendant 10 ans (aménagés de salles de torture spéciales à cet effet).Or, dans une période de 10 ans : jamais de lésions durables ou infections; respect strict des accords et convention en matière du mot codé d'arrêt des activités et traitements → punition par les juges anglais

Dans *Laskey, Jaggard en Brown* (1997) la CtEDH décida même si la sexualité appartient à la vie privée les autorités éthiques peuvent y intervenir quand en matière de pratiques qui causent des lésions, même quand il y a consentement de la 'victime' : la santé publique prévaut sur la vie privée et l'autonomie

Or, La CrtEH entérinne en argumentant que le *risque* créé de *lésions sévères durables* justifie la condamnation pénale, - qu'elle ne trouve pas disproportionnée
- et qu'elle juge justifiée par des impératifs de santé publique

- nous avons défendu une approche non paternaliste et anti-moraliste de la notion de la vie privée dans le droit ; nous avons plaidé pour une interprétation anti-communautariste du droit en cette matière;

On a mobilisé des arguments juridiques aussi.

D'abord par l'évocation d'un autre cas :

Une semaine avant la Cour d'Appel d'Anvers celle de Gand, le 23 septembre 1997, avait rendu un Arrêt tout simplement opposé dans une affaire similaire de sadomasochisme (au faits moins graves) :

La cour gantoise avait décidé que chacun dispose de son corps dans une certaine mesure, et pour preuve il y a les sports violents, la chirurgie esthétique ou non, etc.

→ donc: selon la Cour de Gand le libre consentement doit pouvoir *justifier* certains coups et blessures acceptés/consentis dans le cadre de jeux sadomasochistes

La Cour Gantoise affirmait aussi qu'il peut y avoir erreur invincible sur le caractère illicite du sadomasochisme puisqu'il n'y a jusqu'à présent jamais eu de poursuites (depuis la naissance du Code Pénal Belge en 1867), et puisque ces pratiques aujourd'hui sont banalisées (voyez le nombre de clubs spécialisés qui existent et qui s'affichent)

Ensuite nous avons attaqué l'argument hypocrite à notre sens (de la Cour d'Anvers et de *Laskey*) selon lequel l'Etat peut intervenir parce que les activités sadomasochistes engendrent le *risque d'un dommage* à la santé (publique), c.-à-d. un *dommage potentiel*.

Avec ce genre d'argument on peut naturellement interdire n'importe quoi à commencer par l'alpinisme et les cigarettes et à finir par 'manger trop gras' et le ping-pong, car on pourrait prendre une balle dans l'oeil.

Finalement (après avoir donc réfuté les arguments appelant à la morale et à la santé publique), nous avons *suggéré une autre piste*, notamment en nous demandant si la Cour d'Anvers n'aurait en fin de compte pas pu faire valoir un beaucoup meilleur argument pour motiver l'absence de cause d'excuse, notamment : celui du non-respect du retrait explicite - par un mot code - du consentement de la 'victime' et donc des 'droits et libertés d'autrui' cités à l'article 8 de la CE

Intéressant : notre commentaire de 1997 a fait écho dans quelques quotidiens flamands (notamment : *De Morgen*, *Het Laatste Nieuws*, *Gazet van Antwerpen*) également en ce qui concerne le dernier point : notamment le problème du 'consentement' de la 'victime'

Avant de poursuivre : petite remarque que je crois intéressante :

→ probablement aujourd'hui - c'est un déplacement qui résulte de ma lecture de la *Fabrique du droit* - je n'aurais plus mobilisé l'arrêt de Gand, car d'un point de vue de technique juridique il est mauvais et même inacceptable, il ne convainc pas les juristes spécialisés et techniciens du droit pénal (De Nauw, Arnou et Vandeplass) :

En effet : le consentement de la victime ne peut pas être une cause de justification car le droit pénal est d'ordre public; l'arrêt de la cour de Gand est donc fantaisiste par rapport au droit pénal

Si les pratiques nommées par la Cour de Gand -la boxe, l'application de piercings et de tatouages- ne sont pas poursuivies c'est parce qu'il y a cause d'excuse, parce qu'il existe une réglementation qui les reconnaît, les permet (et non cause de justification)

Le juge ici, n'a pas bien jugé, il n'a pas hésité de façon juridique, tenu par l'ensemble de fils qui forment le droit : il fait un trou dans le tissu juridique. Même si son jugement atteint des objectifs justes d'un point de vue moral ou politique, si c'est un bon libéral à la John Stuart Mill, d'un point de vue juridique il est faux et il met en danger la sécurité juridique (il sera vite oublié, car il est trop loin de la pratique juridique, il aurait été cassé en appel et en cassation)

L'arrêt K.A. de la Cour de Strasbourg de 17 février 2005

Après épuisement des recours nationaux : les 'sadoschistes belges' ont introduit une requête à la Cour de Strasbourg.

Mais l'arrêt K.A. du 17 février 2005 conclut que leur condamnation ne viole pas l'article 8 de la convention.

Donc : la cour strasbourgeoise n'a donc pas donné raison aux demandeurs, mais elle a confirmé la jurisprudence belge.

Mais à part ça, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt presque parfaitement contraire à la jurisprudence belge et à l'arrêt *Laskey, Jaggard & Brown* de 1997.

L'argumentaire de la cour est complètement différent :

Violation de la vie privée protégée par l'article 8.1 de la CEDH ?

Il y a bel et bien eu ingérence dans le droit au respect de la vie privée dans l'affaire présente. Pour la cour le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8, aussi dans cette affaire.

Intéressant : dans la liste de références mobilisés par le Cour dans l'affaire K.A. on ne retrouve pas l'arrêt *Laskey* (ni bien sûr la suggestion opposée que la Cour faisait dans cet arrêt). La Cour passe presque complètement sous silence cet arrêt, elle n'y fait pas référence dans le dispositif de son jugement en ne le cite que deux fois quand elle reprend les arguments des parties.

Restriction légitime de la vie privée au sens de l'article 8.2. de la CE ?

Si un nombre de conditions, énumérées à l'art. 8.2 CE, sont remplies, l'ingérence de l'autorité publique dans la vie privée peut-être légitime : la mise en balance de ce droit fondamental avec d'autres intérêts et droits peut tourner à la faveur de ces derniers. La protection de la vie privée n'est pas absolue.

- ingérence prévue par la loi : ingérence prévisible ?

Oui, selon la Cour l'article 398 CP rend l'ingérence prévisible, même si il n'y avait pas de précédents sadomasochistes à proprement parler, et malgré la 'permissivité de la société', invoquée par les demandeurs.

D'autant plus que K.A. était juge; et que lui et sa bande s'étaient fait refuser accès dans des 'clubs de sadomasochistes' normaux ou l'on refusait leur pratiques extrêmes

A cet égard, a la Cour accorde beaucoup d'importance au fait que les demandeurs n'avaient pas respecté **les règles normalement reconnues pour ce genre de pratiques n'ont pas été respectées par les requérants** : non seulement de grandes quantités d'alcool ont été consommées lors de ces séances, ce qui leur a fait perdre tout contrôle de la situation, mais en outre ils auraient également ignoré que la victime criait « pitié » et « stop », mots par lesquels il aurait été convenu entre les intéressés que ceux-ci devaient mettre fin aux opérations.

Très intéressant : dans ce passage 'les règles normalement reconnues dans le domaine' du sadomasochisme se voient élevées au rang de source de droit !

Intéressant aussi : l'arrêt de la cour de Gand ne fût même pas évoqué.

- finalité légitime de l'ingérence ?

Contrairement au jugements belges et l'arrêt *Laskey*: la Cour strasbourgeoise invoque uniquement « la protection des droits et libertés d'autrui » comme motif légitime d'intervention. Elle ne parle pas de protection de la morale ni de protection de la santé

Important : de cette façon elle déplace la problématique : s'il y a problème, ce n'est pas une question de morale ou de santé, mais une question de violation des droits des autres participants aux ébats et expériences sexuels

Strasbourg passe très ostensiblement sous silence les raisonnements moraux de la jurisprudence belge

➔ le problème pour elle, ce n'est pas 'l'inviolabilité du corps humain' ou 'la dignité humaine', mais c'est le non-respect du retrait du consentement de la 'victime' par le mot code 'pitié'

Et c'est exactement ce que nous avons écrit dans notre commentaire de 1998

- nécessité de l'ingérence et proportionnalité ?

Pour la Cour seules des 'raisons particulièrement graves' peuvent justifier une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité

➔ sur base de sa jurisprudence *Pretty* (affaire d'euthanasie) et les affaires en matière d'homosexualité (*Dudgeon*, *Norris*, etc.)

Voilà comme elle le formule

« Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas.

En effet, il apparaît que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la « victime » n'y consentait plus n'ont pas été respectés. De surcroît, au fil du temps, toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents. Il y a eu une escalade de violence et les requérants ont eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas où elle se serait terminée.' »

En l'espèce, selon la Cour, l'ingérence est légitime en raison du

- le non respect du retrait de consentement de la 'victime' par le mot code
- le non-respect des modalités qui rendent ce respect possible (c.-a-d implicitement, les règles normalement reconnues à cet effet dans des pratiques SM)

Donc :

La Cour de Strasbourg soumet les faits et le droit à une toute autre lecture que les juges belges, sans pour autant décider autrement

Si les juges belges condamnent, c'est parce qu'ils veulent protéger la morale et la dignité humaine contre des pratiques sexuelles qui leur donnent la nausée.

Si les juges strasbourgeois condamnent ces actes, qui en tant que pratique sexuelle se trouvent normalement sous la protection de l'article 8 CEDH, c'est parce qu'il y a eu, et c'est particulièrement grave, violation des droits de la 'victime'.

Notre commentaire de 2005

1. D'abord : nous nous sommes réjouis car nous avons retrouvé nos points de vue dans l'arrêt :

- les droits de l'homme y sont vus comme instrument de garantie de l'opacité des individus face au droit de l'Etat : il faut qu'il y ait des raisons particulièrement graves pour qu'une ingérence de l'état et du droit dans la vie sexuelle soit justifiée, en principe il n'ont rien à y chercher (*principe de liberté*)⁴.
- contents parce que la Cour n'invoque pas la morale, la 'Dignité Humaine' ou d'autres grosses valeurs morales abstraites et universalisantes, mais parce qu'elle suit une approche pragmatique, liée au faits de l'affaire.

⁴ 'Seksualiteit wordt beschermd door wat we elders een opaciteitsinstrument hebben genoemd: juridische middelen die strekken tot de verzekering van de niet-inmenging in het individuele leven of m.a.w. tot de bescherming van hun onzichtbaarheid, anonimiteit en onschendbaarheid (De Hert & Gutwirth 2003 en 2004). Zij creëren een handelingsruimte waarvan het recht de randvoorwaarde vormt, waar het recht marginaal is, een beetje zoals voor vriendschap het geval is: een zone van niet-recht wordt verondersteld (Gutwirth 1998b). Seksualiteit heeft dus niets te maken met de slaapkamer of de echtelijke woonst, maar alles met zelfontplooiing in relaties.'

2. **Ensuite** nous avons essayé d'indiquer l'importance de certains aspects de l'arrêt
- la *mise en valeur du consentement* dans les pratiques sexuelles : 'le sexe est une passion incontrôlable' n'est pas une excuse valable; il y a des codes et règles

Ceci est très important en matière de viol : l'arrêt Strasbourgeois *MC c. Bulgarie* rejette le droit pénal bulgare en statuant que le consentement d'une victime d'un viol, ne peut pas être déduit du manque de résistance
- les 'règles normalement reconnues pour ce genre de pratiques' se voient reconnues comme source de droit au même titre que les règles sportives, les codes de conduites des tatoueurs, etc. ...

La Cour prend au sérieux la façon dont s'organisent et se construisent des pratiques sexuelles, ce qui implique une reconnaissance de la diversité et du chevauchement de sources de droit, ou de droits tout court, très différentes

3. **Finalement** nous avons opéré un retour sur la situation en Belgique en 2 points :

1. Nous avons problématisé la systématique du droit belge car il y a quelque chose qui cloche si des actions protégées par la CEDH (norme supérieure de droits de l'homme) restent des délits en droit belge, alors même que le juge pénal peut les estimer 'excusables' et ne pas imposer de peine.

(Ceci qui implique une dépénalisation a priori des pratiques sexuelles sadomasochistes qui respectent leur propres règles du jeu et scénarios
→ c'est là, bien sûr, une proposition législative/politique, plus que juridique)

2. corrélativement, nous critiquons le maintien et l'application d'incriminations larges (comme 'coups et blessures') par rapport à des pratiques sexuelles très diversifiées .

Si il y a un cadre spécifique pénal pour l'attentat à la pudeur et le viol, ne peut-on alors pas attendre à juste titre une réglementation spécifique du sadomasochisme ?

Voilà pourquoi les demandeurs avaient, selon nous, peut-être un point (reconnu par la Cour de Gand) quand ils argumentaient l'incertitude par rapport au caractère illégal du sadomasochisme.

→ voilà à nouveau une proposition législative/politique: peut-être vaut il mieux incriminer spécifiquement les formes illicites de sadomasochisme ?

J'aimerais conclure ce récit en quelques points qu'Isabelle reprendra, je crois, et j'essayerai d'y incorporer les éléments du début de l'exposé.

1. d'abord au sujet des juges

Le **jugement anversois** est et reste selon moi un mauvais jugement

Mais si en 1997 je le trouvais surtout mauvais parce qu'il exprimait des mœurs fort conservatrices et répressives, aujourd'hui c'est surtout parce que je trouve que les juges n'y ont pas bien dit le droit: il n'ont pas fait l'effort qu'on doit pouvoir attendre d'eux, notamment de *créer* du droit, alors qu'ils étaient appelés à le faire, par rapport à l'ensemble de faits nouveaux exigeant d'être dûment qualifiés

→ en l'espèce, ils se sont retranchés dans les figures simples du droit pénal, sans vouloir se mouiller et se fatiguer par rapport aux questions posées par le consentement de la « victime » participant à des pratiques sexuelles, un consentement qui, juridiquement parlant, n'est en fin de compte pas fort différent de celui du boxeur qui accepte de se faire taper sur la gueule.

Ils ont donc manqué de créer la distance nécessaire à l'hésitation si typiquement juridique, pour s'agripper à deux mains au leviers évidents comme 'le droit pénal est d'ordre public', et le 'il faut préserver la morale et la santé publique' que leur offrait le droit en vigueur.

Je crois qu'on peut dire qu'ils ont failli à leur obligations en se retranchant dans la routine du droit positif, alors que justement l'agffaire faisait appel à leur obligation de créer.

Le **jugement gantois** lui, essaye d'innover en se basant sur une logique socialement acceptée, un bon sens libéral et une philosophie de pluralisme sexuel. Nous l'avions applaudi en 1997, à partir du contenu de sa décision: voilà un juge qui respectait et imposait le respect de la liberté sexuelle.

Aujourd'hui, comme je l'ai déjà dit, je serais plus prudent : son jugement ne tient pas dans la toile du droit, il passe à côté de ce qui le rend juge, il confond des catégories juridiques (notamment cause de justification et la cause d'excuse), ...

Pourquoi ? Tout simplement, parce qu'il fait autre chose que du droit ...

Si les juges ne se tiennent pas au régime d'énonciation du droit, il deviennent dangereux. C'est parce qu'ils sont tenus par le droit qu'ils peuvent inspirer confiance en tant que juges. (Après tout, il pourrait aussi s'agir de réactionnaires invétérés)

La **Cour Strasbourgeoise** fait tout ce qu'on peut attendre d'elle : elle refait le travail des juges belges et réussit à cerner la question cruciale de l'affaire, notamment la question délicate du consentement dans le droit pénal et dans les pratiques sado-masochistes, en conjonction avec l'effet de l'article 8 de la CE.

Bref, sans pour autant donner raison au demandeurs, elle parvient à créer du droit qui répond à une mobilisation par des demandeurs dont elle prend les pratiques sexuelles particulières au sérieux

(Aurait-elle dû aller plus loin et accepter le recours ? Je ne sais pas trop, mais il reste que la femme-épouse-*'victime'* n'a jamais déposé plainte et qu'elle a défendu son mari jusqu'au bout. Elle se sent plus victime du système pénal que des pratiques SM auxquelles elle a participé ...)

Bémol : On pourra dire que cet arrêt ne signifie *rien* en matière de sadomasochisme, car la Cour, dans une composition absolument différente, dans l'arrêt *Laskey*, avait statué tout à fait différemment en 1997, et que la Cour dans *K.A.* a tout simplement nié l'existence d'un précédent et qu'il a mis en péril la sécurité juridique.

Par rapport a nos propres commentaires

(Je vais parler au pluriel sans avoir consulté Paul, mais je crois qu'il serait à peu près d'accord, surtout depuis que je l'ai forcé de lire *La fabrique du droit*)

Juste quelques éléments.

Je crois que Paul et moi avons toujours pris très au sérieux

- la façon dont le droit se fait dans les cours et tribunaux
- la particularité du régime d'énonciation du droit qui « tient » (« oblige ») les juges

Nous avons toujours été des juristes contraints par le droit et son régime propre, de la même façon que les juges.

La preuve, d'ailleurs, c'est que nous croyons que notre commentaire de 1997, a effectivement inspiré - par le biais de la juge belge - l'arrêt de la cour de 2005.

Nous considérons cela comme un succès de notre travail, car cela implique qu'il a participé au devenir et à la transformation du droit.

Aussi cela indique que nous avons bien parlé du droit car nous avons intéressé (ou au moins d'une façon qui aurait pu intéresser) les juges, nous avons pensé *avec* eux

Mais à coté de cela nous avons toujours aussi entretenu cette position critique ou théorique de l'extérieur (je dois avouer, moi plus que Paul) sans trop bien savoir - comment faire et maintenir le partage/la différence entre «bien faire du droit», « bien parler du droit » et « bien comprendre la façon dont le droit s'articule sur d'autres pratiques, comment il co-existe avec d'autres modes d'existences » ; ou encore entre le droit-régime d'énonciation et le droit-institution, mêlés aux autres institutions. (comme Bruno dit,)

Aujourd'hui je crois que nous faisons mieux le partage des choses en répondant à chaque fois à deux questions, qu'il faudra 'diplomatiquement' relier après :

- que peut on attendre de *ce praticien du droit* dans *telle situation de décision* par rapport à *telle question* ?
- par quels arguments pouvons nous le faire hésiter dans l'espoir qu'il décide juridiquement ce que nous aimerions qu'il décide pour d'autres raisons ?

Pour terminer - et ce sera la balle que j'envoie à Isabelle - j'aimerais évoquer la position un peu compliquée des chercheurs en droit à l'université car s'il est certain, que le savoir

que nous produisons doit pouvoir intéresser les praticiens du droit et appartenir à leur registre (qui n'est pas de produire de nouvelles connaissances ou « références » ('REF' comme dit Bruno)), mais de produire des attachements, en tant que chercheurs nous avons également à participer à la production d'un savoir robuste et fiable, répondant aux contraintes ou au régime d'énonciation des sciences.

Dans le monde des juristes il est coutume de dire que la doctrine juridique est une source du droit (et donc qu'elle fonctionne 'à l'intérieur du droit' et qu'elle est 'partie prenante de la production du droit'), alors que la 'science du droit', elle, elle serait extérieure au droit). A la lumière de ce que j'ai dit aujourd'hui je suis enclin à dire que c'est des sottises.

Mais d'un autre côté, j'éprouve quand même des tensions entre les deux registres - le scientifique et le juridique - qui se croisent en moi.

Souvent cela me laisse perplexe, et c'est pourquoi je passe la balle avec plaisir à Isabelle qui est la grande spécialiste des perplexités.