



HAL
open science

LA NOTION PHILOSOPHIQUE DE DIGNITE A L'EPREUVE DE SA CONSECRATION JURIDIQUE

Félicité Mbala Mbala

► **To cite this version:**

Félicité Mbala Mbala. LA NOTION PHILOSOPHIQUE DE DIGNITE A L'EPREUVE DE SA CONSECRATION JURIDIQUE. Sciences de l'Homme et Société. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2007. Français. NNT: . tel-00370926

HAL Id: tel-00370926

<https://theses.hal.science/tel-00370926>

Submitted on 25 Mar 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de Lille 2, droit et santé
Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion (ED n° 74).
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

Thèse présentée et soutenue publiquement
pour obtenir le grade de docteur en sciences juridiques,
le 15 décembre 2007

Par Félicité Mbala Mbala

**LA NOTION PHILOSOPHIQUE DE DIGNITE A
L'EPREUVE DE SA CONSECRATION JURIDIQUE**

Directeur de thèse

Françoise Dekeuwer-Defossez, professeure à l'université de Lille 2

Jury

David BAKOUCHE, professeur à l'université de Paris XI
Charles COUTEL, professeur à l'université d'Artois
David HIEZ, professeur à l'université de Luxembourg

Merci à Mme Dekeuwer-Defossez pour avoir accepté de diriger mes travaux. Je tiens à lui exprimer ici toute ma gratitude pour sa grande disponibilité et ses précieux conseils tout au long de ces années.

Merci à Marcelle, Nathalie et Bertrand pour leur soutien indéfectible.
Merci à tous ces lecteurs et correcteurs de l'ombre, qu'ils trouvent ici l'expression de toute
ma gratitude
A toute ma famille, à mes parents, Odile et Dieudonné sans qui rien ne serait.
A toi Aristide

ABREVIATIONS

des principales références utilisées

AJDA Actualité juridique de droit administratif

APD Archives de philosophie du droit

D. Dalloz

Dr.pén. Droit pénal

GP Gazette du palais

JCP. G. Juris-classeur périodique, La semaine juridique édition générale

JO Journal officiel, lois et décrets

JOCE Journal officiel des communautés européennes

J-cl Jurisclasseur

L.P.A Les petites affiches

R.D.P. Revue de droit public

RFDA Revue française de droit administratif

RFDC Revue française de droit constitutionnel

R.R.J Revue de la recherche juridique. Droit prospectif

RSC Revue de la science criminelle

RTD civ Revue trimestrielle de droit civil

R.T.D.H. Revue trimestrielle des droits de l'homme

SOMMAIRE

ABREVIATIONS

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE :	La réception de la dignité au sein de l'ordre juridique	29
TITRE PREMIER :	L'apport matériel de la philosophie et de la religion	31
Chapitre 1 :	La richesse des sources philosophiques et religieuses	33
Chapitre 2 :	L'Influence majeure de la notion kantienne de dignité	79
TITRE SECOND :	L'influence des origines philosophiques et religieuses sur la juridicisation de la notion de dignité	115
Chapitre 1 :	La recherche infructueuse d'une définition normative de la notion de dignité	117
Chapitre 2 :	La recherche infructueuse d'un principe juridique autonome de dignité	157
DEUXIEME PARTIE :	Les deux conceptions de la dignité résultant de l'ordre juridique	207
TITRE PREMIER :	Consensus autour de la dignité de promotion	209
Chapitre 1 :	La dignité comme fondement de la protection de la personne vulnérable	211
Chapitre 2 :	La dignité comme moteur de la promotion des droits fondamentaux	255
TITRE SECOND :	Négociations autour de la dignité de protection	293
Chapitre 1 :	L'affaiblissement formel du principe de dignité	295
Chapitre 2 :	L'affaiblissement matériel du principe de dignité	353
CONCLUSION		405
BIBLIOGRAPHIE		415
INDEX ANALYTIQUE		447
TABLE DES MATIERES		453

INTRODUCTION

1. « Ce que conteste le S.S et qui paraît être à Antelme un scandale métaphysique, c'est que, quoique participant à la même espèce que le déporté, le S.S nie en celui-ci comme en lui-même cette appartenance commune à l'espèce. « Alle Scheisse ! » (« Vous êtes tous de la merde »), ce n'est pas le cri de rage de quelqu'un qui se tient pour un échantillon supérieur d'humanité, c'est le cri de quelqu'un qui veut s'extraire de cette « merde », l'humanité dans son ensemble. Par l'eugénisme, la stérilisation, le génocide, le racisme biologique, il entend se substituer à la nature de la même façon que par l'établissement d'un Reich millénaire, il nourrit la folle conviction d'arrêter l'Histoire.

2. Administrateur de la plus formidable puissance qui existe au monde : le droit de balayer celui-ci de la vermine qui l'encombre, le S.S se heurte à un obstacle : la revendication tacite mais inébranlable chez le déporté d'appartenir à l'espèce honnie. Antelme la vit comme une révélation. Elle n'est ni morale, ni philosophique, ni même métaphysique, elle est d'ordre biologique : en se conservant en vie, le déporté nie la toute-puissance du S.S., tandis que brille à ses yeux comme un absolu de la conscience d'une solidarité avec la collectivité humaine et l'Histoire. La condition animale à laquelle on veut la réduire n'est qu'apparence et c'est là, au sommet de la puissance, qu'il remâche sa défaite : la mutation biologique refuse d'opérer.¹

3. Ce texte retrace l'expérience de « milliers » de victimes de la terreur mise en place par le régime nazi. Il s'agit d'un face à face entre la victime et son bourreau, tous deux membres de la famille humaine. Tous deux réalisent qu'ils n'ont aucune emprise sur cette humanité, qu'elle se dérobe à ce qu'ils veulent en faire. Le bourreau tente sans y parvenir de nier la ressemblance avec celui sur qui il exerce son pouvoir démoniaque. La victime est bouleversée par ce « quelque chose » d'indescriptible qui en elle refuse d'abdiquer. Il n'y a pourtant pas chez la victime de révolte franche ou active. Cependant, ce cri d'humanité, qui se réveille en elle, constitue un bouclier face aux assauts répétés de l'agresseur. La révolte est menée au plus profond d'elle, silencieuse, mais raisonnant au-delà, difficilement contenable. Ce ne sont pas des droits qui sont revendiqués, mais une invincibilité.

C'est dans ce contexte que l'homme fait seul l'expérience de sa dignité, au plus fort de sa vulnérabilité. Ce combat va être relayé au plus haut niveau par le droit. Parce que si ce

¹ M. NADEAU, *Grâces leurs soient rendues. Mémoires littéraires*. Albin Michel, 1990, p.77-78.

quelque chose en l'homme a résisté, il faut cependant prémunir l'homme contre ces situations qui mettent à l'épreuve sa dignité. La dignité renvoie donc avant tout à quelque chose dont chacun prend conscience dans la solitude de sa condition. La dignité est alors d'abord une intuition, elle est éprouvée avant même de pouvoir être désignée, avant même de pouvoir être conceptualisée. Cette intuition est décrite par M. Perrouin, comme une « sorte de prosternation irréfléchie de l'homme devant son humanité »².

4. C'est dans ce sens que l'on va réfléchir sur la dignité tout au long de notre étude. En gardant toujours à l'esprit que la dignité existe indépendamment du droit et rien ne peut la détruire. Il s'agit d'une valeur qui marque l'appartenance irréductible de l'homme à l'humanité, entendue ici au sens de communauté humaine. Ceci nous conduit donc à préciser un peu plus l'objet de notre étude. Nous distinguerons la dignité d'autres notions avec lesquelles elle apparaît souvent confondue en droit (I).

§ 1 : LA DISTINCTION DE LA NOTION DE DIGNITE PAR RAPPORT A D'AUTRES NOTIONS JURIDIQUES

5. Il conviendra avant toute chose de sacrifier à la tradition juridique qui veut que lorsque l'on s'intéresse à la notion de dignité, on la distingue à titre liminaire de la notion de *dignitas* (A). La dignité devra ensuite être distinguée des droits de l'homme (B), de l'humanité (C) et de la notion de moralité (D).

A) LA DIGNITE DISTINCTE DE LA *DIGNITAS*

6. La *dignitas* renvoie à une approche « fonctionnelle » de la notion. Il n'y a plus véritablement dans l'esprit de confusion entre dignité et *dignitas*. Dans les textes juridiques le même terme de dignité est employé indifféremment pour désigner ces deux réalités distinctes. L'histoire de la dignité est aussi celle d'un terme : « *dignitas* » qui servait à l'origine à rendre compte d'une organisation hiérarchique d'un ordre social ou de la société dans son ensemble. La « *dignitas* » était une charge, une fonction ou un titre qui conférait à son titulaire un rang éminent. Mais encore, cette notion renvoyait à une considération sociale, à la manière dont une personne devait se comporter et dont elle était considérée par les autres membres de la société. Elle était ainsi confondue avec la notion d'honneur : « l'honneur de l'homme ne

² L. PERROUIN, *La dignité humaine et le droit*. Thèse dactylographiée. Toulouse I, 2000, 589p.,p.19.

dépend pas de sa propre conviction intérieure, mais du jugement de ses semblables ou, pour mieux dire, son honneur, et se reflète dans l'attitude que les autres adoptent envers lui. (...) Chacun ressent ainsi l'exigence d'avoir à mériter par lui-même cette réputation et ce par ses exploits personnels »³. C'est cette exigence comportementale qui a été retranscrite dans l'expression populaire : « se comporter avec dignité, faire preuve de dignité ». La dignité étant dans ce cas une attitude empreinte de noblesse et de gravité, censée caractériser l'attitude de respect de celui qui se comporte ainsi. C'est une exigence de l'homme envers lui-même, mais devant les autres également.

7. On retrouve cette approche fonctionnelle dans l'élaboration des règles de déontologie. Les ordres professionnels se sont constitués autour de cette idée directrice, que le fait d'exercer certaines professions (magistrats, avocats, médecins...) impliquait un certain comportement, une certaine attitude et rendait certains agissements intolérables. Il y a à l'origine avec les règles déontologiques et la constitution des ordres professionnels, la volonté de mettre en avant la noblesse de la profession qui appelle la noblesse du comportement. Parlant des médecins, M. Beignier dira : « le prestige de la conscience les entourait d'une certaine aura qu'ils ne craignaient nullement de parler de sacerdoce dans le premier code de déontologie »⁴. Petit à petit, ce n'est plus la noblesse de la profession mais son utilité sociale ou encore la mission de service public qu'elle remplit qui vont guider l'exigence de dignité dans le comportement. La dignité ainsi entendue ne pose pas véritablement de problème. Ce qui est sujet à discussion c'est la nature juridique des règles ainsi posées, mais là n'est pas notre propos. Cette « dignité/*dignitas* » n'intéresse pas notre analyse, seule l'évolution du terme *dignitas* nous retiendra, le temps d'explicitier le passage d'une conception hiérarchique à une conception égalitaire de la société.

B) LA DIGNITE DISTINCTE DES DROITS DE L'HOMME

8. Affirmer que la dignité existe indépendamment du droit c'est souligner que, bien que le droit en vigueur à un moment donné dénie à l'homme son appartenance à l'humanité, il n'en demeure pas moins membre de cette humanité dans les faits. Nous prendrons deux exemples pour mieux comprendre et illustrer nos propos. Il s'agit de deux exemples significatifs de pouvoirs politiques et juridiques régulièrement établis, qui ont mis en place des systèmes

³ Jan de Vries, *L'univers mental des germains*, cité par B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*. LGDJ, 1995, 660p. p.23

⁴ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*. LGDJ, 1995, 660p.p.393.

visant à exclure une partie des hommes de l'humanité. Il s'agit de l'esclavage (1°) et plus récemment du nazisme (2°).

1° L'esclavage

9. La loi du 21 mai 2001⁵ reconnaît la traite négrière et l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. Mais pendant longtemps, l'esclavage, est l'histoire d'une pratique institutionnalisée, encadrée par un certain nombre de règles qui vont être codifiées. Le premier Code noir est édicté en mars 1685. Il sera suivi d'un certain nombre de lois, décrets et arrêtés régissant la pratique. L'esclavage est alors considéré comme « le droit de propriété qu'un homme peut avoir sur un autre ». Cette « chose » n'est plus une personne juridique⁶. L'esclave se voit par conséquent traité comme s'il n'était pas un homme. Mais ces règles juridiques n'ont pas fait disparaître l'humanité de l'homme, en attestent les nombreuses révoltes fomentées par les esclaves eux-mêmes, qui avaient ainsi conscience d'être plus que ce à quoi les réduisaient les lois. C'est d'ailleurs, le fil conducteur des lois et des conventions abolitionnistes : l'esclavage est un crime contre l'humanité, une atteinte à la dignité.

2° Le régime nazi

10. Hitler accède au pouvoir en 1933. Il est nommé chancelier par le président Hindenburg. Il va s'appuyer sur les institutions pour mettre en place un régime dictatorial. Il s'agit d'un régime « légalement institué » qui adopte des lois moralement « choquantes », mais qui n'en constituent pas moins « le droit » auquel il faut se soumettre, les règles qu'il faut respecter. « La légalisation de la politique raciale constitue le chapitre le plus abominable de la fonction assumée par la justice depuis le troisième Reich. »⁷. Ce sera bien par le biais de la règle de droit que sera organisée l'extermination des juifs. Faut-il en déduire que ces lois abominables ont retiré toute dignité à l'homme ? La réponse est assurément négative, puisque c'est là, au pire moment peut-être, que l'homme a pris conscience de cette « irréductible dignité ».

11. C'est ainsi que l'on comprend bien la distinction entre dignité et droit en général et la dignité et les droits de l'homme en particulier. La dignité ne prend pas naissance par le médium d'une règle de droit. La dignité n'est donc pas conférée. La dignité n'est pas un droit.

⁵ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001. *J.O.* du 23 mai 2001, p.8175.

⁶ C. TAUBIRA-DELANNON et A. CASTALDO, *Codes noirs. De l'esclavage aux abolitions.* Dalloz, Paris, 2006, 150p.

⁷ T. FERAL, *Justice et nazisme*, L'Harmattan, Paris, 1997, 108p.p.82

Cette distinction entre droits de l'homme et dignité est déjà relevée par Mme Arendt lorsqu'elle affirme que : « l'homme peut perdre tous ses fameux « Droits de l'homme » sans abandonner pour autant sa qualité essentielle d'homme, sa dignité humaine »⁸. La dignité existe alors même en l'absence de tout droit, même contre le droit.

C) LA DIGNITE DISTINCTE DE L'HUMANITE

12. Vouloir distinguer la dignité de l'humanité peut quelque part laisser perplexe. Parce que toutes les deux portent haut l'image de l'homme, elles peuvent être confondues. En effet, la dignité renvoie au fait que quelque chose est dû à l'homme du seul fait de son humanité. La dignité se définirait donc nécessairement par l'humanité. On le voit déjà, la notion d'humanité participe de la définition de celle de dignité, dans la mesure où la dignité est reconnue sans autre condition que l'appartenance à l'humanité. C'est dans ce sens que l'on entendra cette affirmation de Kant : « La moralité ainsi que l'humanité en tant qu'elle est capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité »⁹. Il existe entre les deux notions des « liens intrinsèques »¹⁰.

13. La notion d'humanité, à l'image de celle de dignité est un polysème. M. Abikhzer¹¹ recense ainsi au moins quatre sens pour la notion. Le premier sens est aujourd'hui tombé en désuétude, il renvoie à l'humanisme comme mouvement culturel qui permet à l'homme d'acquérir une éducation grâce à laquelle il va se démarquer de l'animal. L'humanité renvoie également à l'attitude bienveillante que l'on a envers autrui, on parle ainsi de « faire preuve d'humanité ». L'humanité renvoie encore à une qualité essentielle de l'homme à « la nature humaine en tant que qualité propre à l'être humain ». Enfin, l'humanité désigne le « genre humain », cette appartenance commune de tous les hommes à une même famille.

14. Les notions de dignité et d'humanité unies à l'origine par leur origine philosophique, font leur entrée au même moment sur la scène juridique. Elles sont toutes deux propulsées sur le devant de la scène à la suite des événements tragiques du milieu du vingtième siècle. C'est la notion d'humanité qui est la première à être « saisie » par le droit. C'est par le biais de l'infraction pénale de « crime contre l'humanité » que l'humanité fait son « entrée sur la scène

⁸ H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme : L'impérialisme*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1968,348p, p. 288.

⁹E. KANT, *Fondements de la Métaphysique des mœurs*. Traduction et notes de V. DELBOS. Delagrave, 210p.,p. 160.

¹⁰ V. GIMENO CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*. LGDJ, 2004,380p.p.64.

¹¹ F. ABIKHZER, *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005, 622p.p.19-20

juridique sous les auspices de victime »¹². Le crime contre l'humanité est introduit par le Statut du tribunal de Nuremberg en 1945. Cette incrimination sera retranscrite dans le droit français par la loi du 26 décembre 1964¹³. Cette loi pose l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et renvoie expressément pour la définition du crime contre l'humanité à « la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945 ». Le crime contre l'humanité est défini par M. Truche comme : « La négation de l'humanité contre les membres d'un groupe d'hommes en application d'une doctrine. Ce n'est pas un crime d'homme à homme mais la mise en exécution d'un plan concerté pour écarter des hommes de la communauté des hommes »¹⁴. L'auteur met ensuite l'accent sur le caractère singulier de cette incrimination. Le caractère particulier du crime est le fait qu'il soit commis « systématiquement en application d'une idéologie refusant par la contrainte à un groupe d'hommes le droit de vivre sa différence, qu'elle soit originelle ou acquise. Atteignant par-là même la dignité de chacun de ses membres et ce qui est de l'essence du genre humain. Traitée sans humanité, comme dans tout crime, la victime se voit en plus contestée dans sa nature humaine et rejetée de la communauté des hommes¹⁵ ». La notion de dignité constitue alors un élément essentiel de la caractérisation du crime contre l'humanité. Pour certains auteurs, la notion de dignité constitue un « fondement philosophique et moral indiscutable de l'incrimination pour crime contre l'humanité »¹⁶. La dignité constitue par conséquent un critère déclenchant mais n'est pas le seul, puisqu'il faut également que la pratique soit « systématique ».

15. La confusion se poursuit également lorsque l'on s'intéresse à l'évolution de la notion de crime contre l'humanité. On peut distinguer avec M. Edelman¹⁷ deux formes de barbarie qui correspondent aux deux « visages » du concept juridique d'humanité. Dans un premier temps, le concept juridique d'humanité renvoie à la protection contre la barbarie étatique. Il s'agit directement de la référence à la barbarie perpétrée par le régime nazi. Une conception moderne de l'humanité consiste à la protéger contre la barbarie de la technoscience, entendue

¹² B. EDELMAN, Le concept juridique d'humanité. In, B. EDELMAN, *La personne en danger*. PUF, 1999, p.527-550.

¹³ Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964. *J.O* du 29 décembre 1964, p. 11788.

¹⁴ P. TRUCHE, La notion de crime contre l'humanité. *Esprit* Mai 1992, n° 181.

¹⁵ P. TRUCHE, La notion de crime contre l'humanité. *Esprit* Mai 1992, n° 181

¹⁶ V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*. LGDJ, 2004, 380p.p.64.

¹⁷ B. EDELMAN, Le concept juridique d'humanité. In, B. EDELMAN, *La personne en danger*. PUF, 1999, p.527-550.

« comme la conjonction de la science et du marché ». Il s'agit de protéger le patrimoine commun de l'humanité. Cette protection de l'humanité intervient alors en dehors de tout contexte de crime ou de guerre, et rejoint alors l'insertion de la dignité comme principe cardinal du droit de la bioéthique. La dignité, en effet, est également érigée comme rempart face aux développements de la technoscience. Cependant, la notion de patrimoine commun de l'humanité est relativement large. On parle de patrimoine commun de l'humanité pour désigner tout d'abord l'espèce humaine dont il faut préserver l'intégrité face au développement des biotechnologies. On parle également de patrimoine commun de l'humanité pour caractériser le fait que l'humanité soit le titulaire d'une masse de biens qui lui est affectée en vue de leur mise en valeur. L'humanité toute entière est alors tenue pour responsable de la gestion de ces biens. Il s'agit d'une responsabilité à l'égard des générations futures. C'est notamment pour cela que Hans Jonas prône la nécessité d'une « éthique du futur ». Il s'agit de dégager des règles aujourd'hui en pensant à demain¹⁸. Cette deuxième conception du patrimoine commun de l'humanité, parce qu'elle ne s'applique pas à ce que l'homme « est » intrinsèquement, ne concerne pas sa dignité.

16. Les notions de dignité et d'humanité ne doivent pas être confondues et leur affirmation distincte dans les textes de lois n'est pas « pure coquetterie ». Le concept juridique d'humanité a par conséquent une existence juridique autonome, ce dont rend compte notamment la division du Code pénal, qui contient une partie relative aux crimes contre l'humanité et également une partie relative aux atteintes à la dignité. Dignité et humanité ne relèvent pas complètement du même ordre et la notion de dignité comprend celle d'humanité, alors que la notion d'humanité ne rend pas compte de toute la dignité. Ceci s'explique notamment par le critère finaliste déterminant dans la caractérisation du crime contre l'humanité. Il faut que l'acte incriminé soit tourné contre un groupe et il faut également caractériser la volonté de l'auteur de détruire une catégorie de personne. Le crime contre l'Humanité « procède donc d'une atteinte volontaire faisant l'objet d'un plan commandé quelle que soit la personne, physique ou morale, qui en possède l'initiative »¹⁹. Le critère du « plan » concerté n'est pas exigé pour caractériser une atteinte à la dignité, de même que la volonté de l'auteur ou ses intentions n'entrent pas en ligne de compte. Il y a atteinte à la dignité, en dehors de tout plan concerté, dès lors qu'il y a dégradation, asservissement ou réification de la personne.

¹⁸ H. JONAS, *Pour une éthique du futur*, Rivage poche, Paris, 1993,116p.

¹⁹ V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*. LGDJ, 2004,380p.p.64.

17. Ces deux notions sont incontestablement liées, mais ne doivent pour autant pas être confondues. En effet, les finalités de ces deux notions ne sont pas les mêmes. Le concept juridique d'humanité servirait à faire barrage à « toutes les formes de la barbarie moderne »²⁰, alors que la notion de dignité s'inscrit dans une perspective plus large de protection de la personne humaine²¹. Alors que la notion d'humanité se concentre sur le « genre humain », la notion de dignité prend en compte l'être individuel. Tout crime contre l'humanité est une atteinte à la dignité, tandis que toute atteinte à la dignité ne constitue pas nécessairement un crime contre l'humanité. Le crime contre l'humanité constitue l'atteinte la plus intolérable à la dignité.

D) LA DIGNITE DISTINCTE DE LA MORALITE

18. Le droit et la morale sont deux ordres normatifs distincts, qui s'attachent tous deux à édicter des règles de conduite, chacune à son niveau. « L'homme est enserré dans une pluralité de systèmes de normes. La morale est l'un de ces systèmes, le droit en est un autre, et chacun d'eux se reflète subjectivement dans les consciences individuelles par des devoirs, des obligations »²². La querelle entre les jusnaturalistes et les positivistes renaît à l'occasion de cette consécration de la dignité par le droit. Cette consécration qui signe le retour « éclatant au droit naturel »²³, constitue de l'avis de certains l'introduction dans le droit d'une règle morale. Si cette assertion ne constitue pas pour nous un obstacle à la juridicisation de la notion de dignité, nous verrons surtout que la ligne de démarcation entre la morale et le droit est déjà très brouillée, soit que le droit soit mis au service de l'ordre moral, soit que les sentiments moraux soient assez puissants et assez unanimement ressentis pour imposer que les règles juridiques se soumettent à leurs exigences.

19. Pour comprendre la confusion entre droit et moralité, il faut partir de cette idée d'une conduite sociale exigée de la personne, qui, à Rome, conférerait ou retirait la *dignitas*. Cependant, il ne s'agira pas d'une conduite sociale qui ouvre à certains privilèges, ou à une

²⁰ B. EDELMAN, Le concept juridique d'humanité. In, B. EDELMAN, *La personne en danger*. PUF, 1999, p.527-550.

²¹ V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, *op.cit.*, p.64.

²² J. CARBONNIER, *Flexible droit*. LGDJ, 10^{ème} édition, 2001, p.9

²³ C. NEIRINCK, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.39-50

certaine considération sociale, mais là, bien au contraire, il s'agit de jugements portés à l'encontre de certains actes, de certaines pratiques. C'est la confusion qui s'annonce entre dignité et bonnes mœurs. Cette confusion s'explique selon nous par le caractère polysémique de la notion de dignité et l'acception qui pose la dignité comme « une attitude empreinte de réserve et de décence ». Le mot est lâché, la dignité serait décence. Il n'en n'est rien, ce n'est pas dans ce sens que nous nous attelons à l'étude de la notion de dignité. La dignité ainsi entendue impose une certaine attitude de la personne. C'est en ce sens qu'elle rejoint la notion de bonnes mœurs pour décrire ensemble une attitude respectueuse de soi et des autres.

20. La notion de bonnes mœurs est issue étymologiquement au latin « *boni mores* » et renvoie aux « bonnes habitudes de vie ». Ce n'est pourtant pas ainsi que la notion sera reçue par le droit, elle sera entendue comme « un consensus social (dont le fondement rationnel est incertain) se cristallisant autour d'interdits communément admis, et ce plus particulièrement dans le domaine des mœurs sexuelles »²⁴. L'article 6 du Code civil qui pose que l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent « l'ordre public et les bonnes mœurs » fournit à cette notion la forme impérative d'une règle juridique. Les bonnes mœurs traduisent une certaine moralité au travers de la règle de droit.

21. La notion de bonnes mœurs était ainsi utilisée massivement pour censurer des films, des livres, des « spectacles » susceptibles de choquer. Au travers de cette notion, il va s'agir de déterminer une norme de référence qui va servir d'étalon pour permettre ou interdire certains comportements, certaines pratiques, certains actes. La notion de bonnes mœurs est ainsi confondue avec celle de moralité publique, ce que confirme la jurisprudence en retenant que « l'outrage aux bonnes mœurs (...) ne peut être définie par rapport à une morale religieuse ou philosophique, et la distinction entre ce qui est permis et ce qui est défendu doit être faite uniquement en fonction de l'état et de l'évolution des mœurs à une époque et dans un lieu déterminés »²⁵.

22. Pour le Professeur Fenouillet, les bonnes mœurs tendraient à être remplacées par un ordre public philanthropique vivifié par la dignité²⁶. Cette idée est relayée par la doctrine lors de la consécration par le Conseil d'Etat du principe de dignité comme composante de l'ordre public²⁷. Pour Mme Lavaud-Legendre²⁸ la notion de bonnes mœurs a disparu du droit,

²⁴ B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?* PUF, 2005, 249p.p.8

²⁵ Ch. Corr. de Besançon, 29 janvier 1976, cité par B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?* PUF, 2005, 249p.p.26.

²⁶ D. FENOUILLET, Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique, in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes en l'honneur de P. CATALA*. Litec, Paris, 2001. p. 486-528.

²⁷ CE. Ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur orge. *AJDA*, Décembre 1995, p.942 conclusions FRYDMAN, G. LEBRETON. Ordre public, ordre moral et lancer de nain, *D.* 1996, jurisprudence, p.177

remplacée de manière plus ou moins partielle par la notion de dignité. Mme Lavaud-Legendre émet l'hypothèse d'un délitement progressif de la notion de bonnes mœurs, délitement qu'elle explique par une montée en puissance de la protection de l'individualisme en droit. Le credo de cette nouvelle manière de vivre ensemble serait : « fais ce que tu veux tant que tu ne portes pas atteinte à la liberté d'autrui ». La libéralisation des mœurs aurait alors progressivement rendu obsolète la notion de bonnes mœurs, qui est reléguée à une protection catégorielle : la protection des mineurs. Le champ matériel jadis occupé par la notion de bonnes mœurs est alors progressivement « annexé » par la dignité. C'est ce que Mme Lavaud-Legendre affirme en comparant les règles prohibant des pratiques sur le fondement des bonnes mœurs et les règles édictant des interdictions justifiées par l'atteinte à la dignité de l'acte visé. Pour l'auteur : « il faut alors admettre qu'aux termes des textes évoqués, les règles de la moralité publique contemporaine coïncident avec le respect de la personne ». L'auteur n'hésite d'ailleurs pas à affirmer : « (...) sans pouvoir définir plus précisément ce que désigne alors la dignité, on peut tout au plus en conclure qu'elle correspond simplement à l'ancienne notion de bonne mœurs. Le remplacement des bonnes mœurs (...) aurait alors pour conséquence un bouleversement symbolique important entre la protection d'une valeur par essence collective et un terme renvoyant à un universel ».

23. C'est l'approche spatio-temporelle de la notion de bonnes mœurs qui constitue le critère déterminant dans la distinction avec la notion de dignité. En effet, la caractéristique la plus connue des mœurs est leur caractère évolutif. Ce qui est admis aujourd'hui ne l'était pas nécessairement hier, et ce qui est « permis aujourd'hui » ne le sera peut-être plus demain. La notion de dignité est une notion qui s'affranchit des limites de l'espace et du temps. Elle pose de manière universelle la primauté de l'homme. La dignité ne dépend alors pas de circonstances particulières, il y a atteinte à la dignité indépendamment de circonstances « locales particulières ». Il y a atteinte à la dignité à chaque fois que la personne est traitée seulement comme un moyen. Par ailleurs, la dimension « moralisatrice » contenue dans la notion de *bonnes mœurs*, le jugement de valeur ainsi explicité n'apparaissent à aucun moment dans la conception de la dignité. Il n'y a pas avec la notion de dignité de désir de dire ce qui est bon ou mauvais, il faut simplement prendre acte d'une atteinte à la dignité ou non. Pour M. Le Tourneau, le moralisme fige la personne dans un état, ce qui « est en contradiction totale avec sa dignité d'homme complexe et perfectible. Il est possible de constater qu'un chien est un voleur, mais dire cela d'une personne est réducteur (et souvent faux, le sujet

²⁸ B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?* PUF, 2005, 249p.

ayant dominé ses pulsions mauvaises) »²⁹. La dignité est une question de philosophie morale, mais elle ne s'apparente pas à la morale au sens où on l'entend traditionnellement, c'est à dire la détermination du bien ou du mal. La dignité ne se négocie pas. Elle est indépendante de tout jugement.

24. Poser que la dignité existe indépendamment du droit, est une chose. Poser que la dignité n'a pas besoin du droit en est une autre. Car ce que révèlent ces atteintes à l'humanité de l'homme, c'est la fragilité de l'homme, une fragilité qui appelle une protection. C'est là que le droit est sollicité. La dignité ne se laisse pas réduire à sa dimension *méta-juridique*, elle a besoin du droit. C'est cette force du principe de dignité, cette résistance offerte contre les tentatives de déshumanisation qui justifie que le droit se saisisse de la dignité. Là sont les deux aspects de la dignité autour desquels notre analyse sera construite. La reconnaissance de droits pour habiller l'être, et l'obligation faite de respecter l'humain dans l'homme.

§ 2 : LA RENCONTRE ENTRE LE DROIT ET LA DIGNITE

25. Le droit est extérieur à l'expérience que fait l'homme de son humanité. Il ne peut que prendre acte et se « saisir » de cet irréductible humain pour assurer une protection de l'homme. On se rend compte que pour comprendre comment protéger l'homme, il faut connaître l'homme. L'homme est insaisissable, on ne peut « durcir en mots l'essence vivante de la personne ». Mais il est indispensable de s'approcher au plus près de l'homme pour pouvoir le protéger³⁰. La rencontre officielle de la dignité et du droit a lieu pour la première fois après la seconde guerre mondiale. La crise qui est celle des droits de l'homme rend nécessaire la réaffirmation de la place de chaque homme dans la société (A). Les progrès de la biomédecine et la crise du sens de l'humain qui en découlent offrent une nouvelle occasion à la dignité d'investir le champ juridique (B). Dans tous les cas, c'est une véritable révolution copernicienne qui a lieu. Le droit tourne désormais autour de la personne humaine. La dignité va devenir un « phénomène juridique », fondement d'un ordre juridique que l'on voudrait empreint d'humanisme.

²⁹ P. Le TOURNEAU, « Bien faire l'homme » : de la morale avant toute chose. In J. KRYNEN (dir.) *Le droit saisi par la morale*. Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 2005. 352p. p.21-51.

³⁰ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1983p.238.

A) LA DIGNITE COMME SOLUTION A LA CRISE DES DROITS DE L'HOMME

26. Le système mis en place par les droits de l'homme est mis en faillite. Il a montré ses limites (1°). La seconde guerre mondiale fournit certes le déclic pour la nécessité d'une affirmation de la dignité. Mais la dignité ne naît pas à cette occasion, elle est « révélée », extirpée des profondeurs de la conscience. Elle va être « empruntée » par le juriste, à la philosophie morale et à la religion où elle plonge ses racines. Les références à la notion de dignité se multiplient à l'occasion des déclarations portant la réaffirmation des droits de l'homme (2°).

1° La crise des droits de l'homme

27. Plutôt que d'une crise, il s'agit véritablement d'un échec des droits de l'homme. Cet échec est dénoncé par Mme Arendt et le tableau qu'elle dresse est relativement sévère. Elle démontre que l'homme qui n'a plus aucun droit n'est plus un citoyen et n'est donc plus protégé. Il est sans défense et il faut alors le prémunir contre cette situation « d'homme nu ». L'auteur dénonce le fait que la dignité ne reste qu'une idée et n'est pas effective. Selon l'auteur, la dignité pour être effective doit s'accompagner de la participation de tous à la vie politique. Chez l'auteur, la citoyenneté est la condition *sine qua non* de l'effectivité de la dignité et des droits de l'homme. L'auteur développe sa pensée dans un contexte bien particulier. Elle part du constat de l'échec des droits de l'homme pour protéger l'homme contre les atrocités dont il a été la victime pendant la seconde guerre mondiale. C'est ainsi qu'elle dresse ce constat : « Auparavant, ce qu'aujourd'hui on appelle « Droits de l'homme » aurait passé pour une caractéristique générale de la condition humaine qu'aucun tyran n'aurait pu nier. Sa perte entraîne celle du droit de parole (...) ainsi celle de tous rapports humains (...), la perte autrement dit de certaines caractéristiques fondamentales de la vie humaine. (...) » La critique se durcit. Selon l'auteur, ces événements tragiques ont montré les limites de cette idée selon laquelle l'homme même quand il a perdu son statut de citoyen, reste toujours un homme. L'homme ainsi dans toute sa nudité n'est justement plus qu'un homme. Cette nudité l'expose à tous les dangers : « si un être humain perd son statut politique, il devrait en fonction des conséquences inhérentes aux droits propres et inaliénables de l'homme tomber dans la situation précise que les déclarations de ces droits généraux ont prévu. En réalité, c'est le contraire qui se produit. Il semble qu'un homme qui n'est rien d'autre qu'un homme a

précisément perdu les qualités qui permettent aux autres de le traiter comme leur semblable »³¹. De cette analyse pertinente que nous livre Mme Arendt, nous tirons une confirmation de cette idée d'une permanence en l'homme quelle que soit la manière dont il est traité. En effet, il faut bien saisir la nuance dans l'analyse de Mme Arendt. Ce qui est dénoncé, c'est le fait que l'homme qui n'est plus un citoyen ne se retrouve plus au même niveau que ses semblables, parce qu'il ne peut plus faire entendre sa voix. La critique est celle d'une affirmation purement « abstraite des droits de l'homme », c'est-à-dire une affirmation qui resterait purement formelle. Il faut en même temps que l'on reconnaisse des droits à l'homme, s'assurer de lui fournir les conditions de sa citoyenneté. Il faut lui donner les moyens d'accéder aux droits de l'homme et partant les moyens de sa dignité.

28. Pour M. Tzitzis cet échec est avant tout idéologique et explique le changement amorcé avec la Déclaration universelle des droits de 1948. C'est ce qu'affirme M. Tzitzis qui souligne le changement idéologique opéré entre les droits affirmés en 1789 et ceux affirmés en 1948. La première Déclaration « se situe au plan de l'idéal de l'humanité », c'est-à-dire qu'elle « conçoit l'individu dans son « absoluité » d'*existant* privilégié du monde et dans le monde »³². L'auteur qualifie l'éthique qui gouverne cette déclaration d'« ego-centrique » et les droits qui en découlent sont des « idéaux » qui concernent un homme qui n'est qu'un « archétype »³³. Entre temps, il y a eu deux guerres, et surtout, « un régime inhumain a tenté de détruire ce qu'il y a d'humain dans l'homme »³⁴. C'est ce qui explique que la Déclaration de 1948 « vise moins à reconnaître les Droits de l'homme qu'à récupérer un individu blessé ». « Dès lors, l'éthique de la Déclaration de 1948, est une éthique de l'*autre homme*, c'est-à-dire de la personne sinistrée »³⁵.

29. Pour M. Edelman, cet échec s'explique par le fait que l'atteinte à laquelle ont dû faire face les « Droits de l'homme » était inédite, les Droits de l'homme se sont donc retrouvés « totalement paralysés »³⁶. Il semble au lendemain de la seconde guerre mondiale que l'on soit dans une période où l'on se rend compte que les principes proclamés en 1789, les croyances les plus profondes dans la place particulière de l'homme, n'ont pas réussi à constituer des remparts contre les traitements inhumains et dégradants. La dignité ainsi

³¹ H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme : L'impérialisme*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1968, 348p, p.288.

³² S. TZITZIS, L'éthique des droits de l'homme et les diversités culturelles, in J. FERRAND, H. PETIT (Eds.) *Fondations et naissances des droits de l'homme. L'odyssée des droits de l'homme T.I.* L'Harmattan, Paris, 2003, 447p. p.185-192.

³³ S. TZITZIS, L'éthique des droits de l'homme et les diversités culturelles, *op.cit.*, p.185-192.

³⁴ M-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, 181p 3

³⁵ S. TZITZIS, L'éthique des droits de l'homme et les diversités culturelles., *op.cit.*, p.185-192.

³⁶ B. EDELMAN, Le concept juridique d'humanité, in B. EDELMAN, *op.cit.*, p.527-550.

« sollicitée » est un aveu de la reconnaissance de l'échec des droits de l'homme, l'échec du système mis en place pour assurer à l'homme des droits du seul fait qu'il soit homme. La dignité porte en elle tous les espoirs de changement. Elle seule semble à même de réussir là où les droits de l'homme semblent avoir échoué. La notion de dignité apparaît alors comme la notion qui semble le mieux à même de réaffirmer cette commune humanité bafouée. En effet, ce ne sont pas seulement des droits qui ont été refusés mais la qualité d'homme qui a été déniée. C'est le sujet lui-même que l'on a tenté de faire disparaître. Le temps des droits de l'homme sera suivi de « l'ère de la dignité de la personne humaine »³⁷.

2° l'apparition de la dignité dans les textes juridiques

30. Il ne s'agit pas de s'arrêter sur toutes les mentions du principe de dignité dans le droit international. Nous ne prétendons pas à l'exhaustivité, de plus, une telle liste n'aurait pas un intérêt certain du strict point de vue qualitatif. Dans le cadre du sujet qui nous occupe, à savoir « la consécration de la notion philosophique de dignité par le droit », il s'agit de s'arrêter sur le moment où la dignité est « saisie » par le droit, où elle est prise en compte pour la première fois par un texte de droit, qu'il s'agisse du droit international ou du droit interne. Il s'agit de s'arrêter sur cette rencontre « inédite » d'un point de vue formel entre le droit et la dignité. Les références au principe se sont depuis multipliées, mais, nul ne contestera l'intérêt d'une analyse qui se place à l'instant « T », ce moment où tout commence. Il faudra assurément revenir sur les références ultérieures, afin de rechercher si les premières impressions sont confirmées ou infirmées. Les premières consécrations ont cette particularité de « saisir » peut-être davantage la « vérité » de la pensée que les « confirmations ultérieures ». C'est donc de « l'apparition » de la dignité dans les textes dont nous tenterons de rendre compte à ce stade de notre analyse. La dignité apparaît dans les textes de droit international (a) et dans les textes de droit interne (b).

a) La consécration par le droit international

31. La dignité est saisie par le droit international tout d'abord par la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, qui affirme dans son préambule, la foi « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites ». L'acte constitutif de

³⁷ C. ATIAS, *Philosophie du droit*. PUF, 2004, 362p.p. 246.

l'UNESCO du 16 novembre 1945 ira dans le même sens en affirmant dans son préambule : « la grande et terrible guerre qui vient de finir a été rendue possible par le reniement de l'idéal démocratique de dignité, d'égalité et de respect de la personne humaine ». Cette foi sera réaffirmée à l'occasion de l'adoption par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Dès le préambule, il est énoncé que : « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux constitue le fondement de la liberté, de la justice, de la paix dans le monde ». Cette affirmation est renforcée par l'article premier de la Déclaration aux termes duquel : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en droits et en dignité ». Les pactes internationaux du 16 décembre 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, affirment que les droits ainsi reconnus « découlent de la dignité inhérente à la nature humaine ».

32. Au niveau européen, est adoptée le 4 novembre 1950, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui sera ratifiée par la France en 1974. Cependant, on relève à la suite de Mme Maurer en même temps que « l'absence embarrassante »³⁸ du principe de respect de la dignité humaine dans le texte de la Convention, la « conformité dudit principe à l'esprit de la convention »³⁹. Ce sont les organes de Strasbourg qui vont donner progressivement vie au principe, aidés notamment par l'article 3 qui, prohibant les traitements inhumains ou dégradants ainsi que les actes de torture, va se révéler un véritable outil de promotion et de protection de la dignité.

33. La Convention américaine relative aux droits de l'homme adoptée à San José le 22 novembre 1969, pose dans son préambule : « les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine ». La dignité est mentionnée expressément dans les articles 5 et 6 de la déclaration.

34. La Charte africaine⁴⁰ des droits de l'homme et des peuples adoptée à Nairobi dans le cadre de la conférence de l'Organisation de l'Union Africaine du 27 juin 1981, affirme dans son article 5 : « le droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine par les

³⁸ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999, 555p. p.16

³⁹ B. MAURER *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme, op.cit.*, p.16.

⁴⁰ Pour une analyse de la Charte africaine des Droits de l'homme et des peuples. Voir G. BARICAKO, La charte africaine des Droits de l'homme et des peuples. In J. FERRAND, et H. PETIT (Eds.) *Fondations et naissances des droits de l'homme. L'odyssée des droits de l'homme T.I.* L'Harmattan, Paris, 2003, 447p. p.339-361.

individus ». L'article 19 de la Charte proclame « l'égalité de dignité et les mêmes droits pour les peuples ».

b) la consécration par les ordres juridiques internes

35. Le principe de dignité est intégré dans la plupart des constitutions des pays européens⁴¹. L'examen des différentes constitutions donne à voir les multiples facettes du principe de dignité en droit. La dignité apparaît comme le fondement de l'ordre politique ou juridique en général. La dignité est également saisie dans sa dimension « sociale », dimension qui prolonge en l'actualisant la dignité en tant qu'elle renvoie à la spécificité de l'homme.

36. - *La dignité comme fondement d'un nouvel ordre politique et juridique.*

C'est de manière très « symbolique » que l'Allemagne inscrit la première le principe de dignité dans sa Loi fondamentale du 23 mai 1949⁴². L'introduction du principe a donné lieu à de vives discussions. Le texte dans sa version initiale affirmait : « la dignité humaine est fondée sur des droits immanents dont chacun est titulaire par essence. Le peuple allemand la reconnaît également en tant que fondement de toute communauté humaine. » Des critiques se sont élevées, pour protester contre la filiation trop nette avec le droit naturel ainsi affichée par le texte. Le texte final ne contiendrait dans l'esprit de ses rédacteurs aucune référence à un concept philosophique ou éthique de dignité humaine spécifique, il laisserait ouverte la question des origines du principe. C'est ainsi que l'article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande dispose : « la dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ». L'article 2 en déduit : « en conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ».

⁴¹ Pour une analyse de cette consécration constitutionnelle, voir notamment : B. MATHIEU La dignité de la personne humaine : Du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel. In A. SERIAUX (dir.) *Le droit, la médecine et l'être humain : Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XX^{ème} siècle*. PUAM, 1996, p.212-236. Voir également *Le principe de respect de la dignité de la personne humaine*. Actes du séminaire UNIDERM, Montpellier 1998.

⁴² On peut faire remarquer ici que l'on pouvait déjà noter une référence en droit allemand du principe de dignité. La constitution de Weimar, du 11 août 1911, rappelle ainsi que: l'organisation de la vie économique doit correspondre aux principes de la justice se propose de garantir à tous une vie digne de l'homme. Dans ces limites la liberté économique de l'individu sera assurée. » Il s'agissait alors plutôt de la dignité dans son versant social. Il s'agit de rappeler à l'Etat son obligation de fournir à tous les moyens d'actualisation de sa dignité. Pour une analyse plus approfondie du principe de dignité en droit allemand voir. L. JEANNIN, *Le principe de dignité en droit allemand, in Voyage au bout de la dignité : recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*. Rapport dactylographié, Paris, 2004, p.203-232. Cette étude a été synthétisée ultérieurement L. JEANNIN. *Le principe de dignité en droit allemand*. In S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE et D. ROMAN *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. PUF, 2005, p.158-175. Voir également C. WALLA *La dignité humaine en droit constitutionnel allemand*. In *Le principe de respect de la dignité de la personne humaine*. Actes du séminaire UNIDERM, Montpellier 1998.

L'article 3 rappelle : « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». La Constitution allemande est sans doute celle dont la consécration est la plus proche de l'idéologie du droit international. Ceci s'explique probablement par la date à laquelle la consécration intervient. Il s'agit de se placer immédiatement dans une perspective de réaffirmer la primauté de la personne, et de lui reconnaître des droits pour garantir cette valeur particulière.

La Constitution portugaise du 2 avril 1976 dispose dans son article 1^{er} : « La république est fondée sur la dignité humaine et la volonté populaire »⁴³. La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 prévoit dans son article 10 al. 1 : « La dignité de la personne, les droits qui lui sont inhérents, sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale »⁴⁴.

37. - La dignité comme fondement d'un nouvel ordre social

La Constitution italienne du 27 décembre 1947 se démarque en posant dans son article 3 que « tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi ». Le constituant se place d'emblée dans une perspective de reconnaissance de « droits à un homme concret ». La personne ainsi visée est l'homme en tant que membre de la communauté sociale. Cette consécration, bien loin de constituer l'exception qui ébranle notre hypothèse de la dignité comme principe distinct des droits de l'homme et fondement de l'ordre juridique, la conforte. Car la dignité sociale n'est qu'une émanation de la dignité en tant qu'elle renvoie à l'humanité de l'homme. La dignité sociale est une actualisation de la dignité humaine. Il s'agit alors d'une consécration elliptique de la dignité en tant que valeur universellement partagée par tous les citoyens. L'égalité de tous devant la loi se justifie par leur égale dignité. Cette hypothèse est confirmée notamment par le fait que la Constitution portugaise pose à la fois la dignité comme fondement de l'ordre politique, et reprenne dans son article 13-1 la même formule que l'article 3 de la Constitution italienne. C'est dans le même esprit que lors de la révision constitutionnelle belge du 17 février 1994, le principe de dignité est inséré à l'article 23 qui prévoit : « chacun a le droit de mener une existence conforme à la dignité humaine »⁴⁵. On notera le silence du constituant français, qui dans la Constitution du 27 octobre 1946 accorde une place primordiale à l'individu et à l'être humain, sans toutefois renvoyer

⁴³ Lors de la révision constitutionnelle de 1989, l'article 1^{er} a fait l'objet d'une nouvelle rédaction. Il dispose désormais : « Le Portugal est une république souveraine basée sur la dignité de la personne humaine et sur la volonté populaire et engagée dans la construction d'une société libre, juste et solidaire. »

⁴⁴ Pour une analyse du concept de dignité en droit espagnol, voir. V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*. LGDJ, 2004, 380p.

⁴⁵ Il s'agit de la révision de la constitution qui datait du 7 février 1831.

explicitement au principe de dignité. Lors de l'élaboration du texte constitutionnel⁴⁶, il avait pourtant été prévu d'insérer un article prévoyant : « tout être humain possède, à l'égard de la société, les droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique et moral ». Cet article ne sera pas repris dans le texte final. Il faudra attendre 1994 pour que le Conseil constitutionnel fasse « émerger » le principe de dignité du préambule de la Constitution de 1946.

B) LA DIGNITE COMME SOLUTION A LA CRISE DU SUJET

38. Le progrès scientifique est l'occasion de faire remonter à la surface certaines questions laissées en suspens, volontairement ou non, par le droit, au premier rang desquelles figure la « définition de la personne humaine ». L'élaboration d'un droit de la bioéthique est l'occasion pour le juriste d'affronter de nouveau une « crise du sujet de droit » (1°). « C'est le développement des sciences bio-médicales et les dangers qu'elles faisaient courir à l'homme qui ont redonné un sens au principe de dignité »⁴⁷ (2°).

1° La crise du sujet de droit

39. Cette crise du sujet de droit est une crise de la représentation de l'homme en droit. L'homme est pris à parti et le droit est tenu de prendre le parti de l'homme. Cependant, les choses ne sont pas si simples. L'idée même de la protection de l'homme par le droit n'est pas tellement remise en cause, du moins pas directement. Mais l'efficacité de cette protection va être subordonnée à la représentation de l'homme que va retenir le droit. La crise du sujet de droit est une réalité dont rend parfaitement compte la richesse du débat doctrinal sur la question de « la définition de la personne en tant qu'elle serait sujet de droit »⁴⁸. Cette crise est celle théorique des représentations intellectualisées et fort anciennes de la personne, mais elle

⁴⁶ Voir sur ce point, X. BIOY, *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*. Dalloz, paris, 2003, 913p.p.57-70.

⁴⁷ B. MATHIEU. La dignité de la personne humaine : Du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel. In, A. SERIAUX (dir.) *Le droit, la médecine et l'être humain : Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XX^{ème} siècle*. PUAM, 1996, p.212-236.

⁴⁸ Voir notamment X. BIOY, *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*. Dalloz, paris, 2003, 913p, A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. PUAM, 2003, 472p, B. EDELMAN *La personne en danger*. PUF, 1999, 550p. L. BRUNET, C. LEVY *Personne et dignité de la personne : perspectives juridiques*, in G. BIODJEKIAN, D. WEBER (dir.), *Responsabilité du vivant : Quelle place pour la personne ?* L'harmattan, 2001, p.129-172.

est également celle plus pratique des règles de droit qui peinent à restituer l'essence de l'homme.

40. Pour un certain nombre d'auteurs, cette crise s'explique par le fait que le droit se soit depuis longtemps intéressé à la personne en tant qu'elle est apte à être le lieu d'imputation des droits et des devoirs. Le droit pendant longtemps se serait surtout préoccupé de la personne en tant que titulaire de droits et obligations, et aurait oublié la personne derrière la relation juridique. M. Bioy, dénonçant une « mise à mal de la représentation juridique de l'humain »⁴⁹, affirme ainsi que « la construction traditionnelle de la personnalité juridique comme support de droits accuse son insuffisance ». M. Bioy tient en effet pour « acquis au plan doctrinal » que : « l'idée de sujet implique celle d'un rapport, d'une relation. Le sujet de droit se présente comme l'acteur, l'élément actif ou passif d'un rapport de droit ». Cette crise est selon M. Trigeaud⁵⁰ due au fait que jusqu'à présent, l'intérêt du juriste se soit porté sur la relation entre les hommes et non pas sur le sujet lui-même. Le sujet constitue pourtant le point de départ de tout. Il est commencement et rien ne peut-être sans lui. L'impasse qui a donc été faite sur le sujet *per se* se fait ressentir aujourd'hui. Pendant longtemps, on s'est demandé quels droits pour l'homme, alors qu'il aurait peut-être fallu se poser la question de « quel homme pour quels droits ? » Le sujet aurait dû être premier dans l'interrogation, puisqu'il est fondateur. Il faut alors revenir en arrière aujourd'hui. « C'est la notion même de personne qui, parce qu'elle est à nouveau floue, devrait être reconsidérée »⁵¹. Le pouvoir de l'homme sur l'homme que mettent en évidence la pratique et la technique biomédicale nous oblige à réfléchir sur le sens de l'humain et à révéler notre sens de l'humain. C'est de l'homme dont il s'agit, plus précisément de l'humain dans l'homme, de cette valeur particulière qui met l'homme dans une situation particulière dans le monde. Le droit « a pu se passer d'une définition de l'humain »⁵² jusqu'à présent, mais le progrès scientifique, parce qu'il veut prendre l'humain comme objet, rend pressante une définition de l'humain. Il s'agit de l'humain, « être de chair et de sang », dont il faut désormais assurer la protection.

⁴⁹ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*. Dalloz, Paris, 2003, 913p.p.4.

⁵⁰ J.-M. TRIGEAUD, La personne humaine, sujet de droit. *La personne humaine sujet de droit*. IV^{ème} Journées René Savatier. PUF, 1994, 232p.

⁵¹ C. LABRUSSE-RIOU, Responsabilité, Droit des personnes et sciences de la vie. *Droits et cultures*. 1996, p.69

⁵² C. ATIAS. *Philosophie du droit*. PUF, 2004, 362p.p.242.

2° La consécration de la dignité dans le droit de la bioéthique

41. C'est par conséquent à l'occasion du développement d'un biodroit que la notion de dignité va de nouveau être sollicitée massivement par le droit. Pour M. Mathieu « le temps de la bioéthique est celui des droits fondamentaux. Si cette rencontre entre le temps de la science et le temps du droit est essentiellement conjoncturelle, elle ne relève cependant pas totalement du hasard. En effet, ce sont les crimes commis dans une société totalitaire qui ont après-guerre conduit au développement d'un droit international des droits fondamentaux. (...) Ce sont ces mêmes crimes commis dans un cadre médical qui ont engendré les premiers textes relatifs à la bioéthique »⁵³. C'est à cette occasion que le droit français, marquant sa singularité, va à son tour inscrire le principe de dignité au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Le Conseil constitutionnel déclare que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle⁵⁴. Les lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994⁵⁵ sont l'occasion de l'introduction dans le Code civil de l'article 16 qui dispose : « la loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de la personne ». Le mouvement s'internationalise, puisque un certain nombre de conventions internationales relatives aux questions bioéthiques vont placer le respect de la dignité comme le principe à la lumière duquel devront être examinées les questions bioéthiques. La Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain du 4 novembre 1997, dite Convention d'Oviedo, rappelle dans son préambule que les Etats sont : « résolus à prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne ». La Déclaration universelle relative au génome humain, adoptée lors de la conférence de l'Unesco du 11 novembre 1997, rappelle que les recherches sur le génome humain doivent être menées dans un cadre respectueux de la dignité humaine. La Déclaration universelle sur la bioéthique, adoptée en octobre 2005 lors de la conférence de l'UNESCO, invite les Etats à respecter la dignité dans l'encadrement des avancées scientifiques et techniques.

⁵³ B. MATHIEU La bioéthique ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme ? in S. MALJEAN DUBOIS (dir.) *La société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. PEDONE, Paris, 2005, p.87-94. Pour l'auteur « Le principe de dignité représente le principe cardinal en matière de dignité. Né à la vie juridique alors que l'être humain était susceptible de devenir un matériau de recherche, ce principe est une référence commune à tous les textes qui traitent des questions de bioéthiques ».

⁵⁴ CC. Décision 94-343-344 DC du 27 juillet 1994. *JO du 29 juillet*, p. 11024.

⁵⁵ Loi n° 94-653/ 654 du 29 juillet 1994. *JO du 29 juillet 1994*, p. 11032.

42. A ce stade de nos développements, ce qui nous frappe d'emblée, c'est déjà le fait que ce n'est pas la dignité qui s'impose au droit, mais le droit qui se « saisit » de la dignité. Cette intégration n'est pas désintéressée, d'autant plus que « pour être un principe juridique, le principe de dignité doit servir à quelque chose. Le juriste n'a pas pour rôle de réfléchir au sens des choses, il les utilise. Intéressé et pragmatique, il n'a rien à faire d'instruments inutiles »⁵⁶. Le principe de dignité ne s'inscrit par conséquent pas *a priori* comme une fin du droit, mais davantage comme un moyen pour les fins du droit. Ceci supposerait que le principe ait une influence sur le droit, ce qu'il conviendra de déterminer tout au long de cette analyse. Il faudra rechercher l'étendue de cette influence, ce qui ne sera possible que si l'on parvient à saisir la consistance du principe de dignité. Il faut donc rechercher hors du droit les raisons de l'attrait exercé par ce principe, afin d'en comprendre l'utilisation dans le droit. La question qui se pose est alors de savoir si le passage de la notion de dignité du fait au droit, a permis à la notion de recevoir une plus grande efficacité ? En effet, le recours au droit est sous-tendu par une recherche d'efficacité, afin que la notion ainsi « saisie » produise des effets normatifs. Il s'agit également de savoir si la notion de dignité en intégrant le droit n'a rien perdu de son aura.

§ 3 : LA DEMARCHE RETENUE

43. Il y a dans l'intitulé : « La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique », un parti pris, celui de poser la dignité comme une notion philosophique qui intéresserait le juriste. Il y a également la promesse d'une confrontation entre deux champs disciplinaires dont les modes et les finalités ne sont pas les mêmes. Il faudra nécessairement remonter aux origines de la notion afin d'en expliciter le contenu et d'en délimiter les contours. Ce détour par l'histoire des idées sera l'occasion de tenter de comprendre ce qui constitue l'essence de la dignité, son originalité et la rend si incontournable dans la définition et la protection de l'homme. La visée est pratique. Il s'agit de rechercher ce qui justifie l'utilité de la notion pour le juriste. Cette recherche sera l'occasion de s'interroger sur les fins du droit.

44. Il faut avant tout se replacer dans la perspective d'une confrontation entre « l'univers philosophique » et « l'univers juridique ». La perspective d'une recrudescence de la querelle entre jusnaturalistes et positivistes ne doit pas nous dissuader d'emprunter cette voie ; non

⁵⁶ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, op.cit.,p.21

seulement parce que cette querelle semble aujourd'hui tombée quelque peu en désuétude et surtout parce que la compréhension de la notion de dignité est à ce prix (A). Cet obstacle surmonté, il conviendra d'explicitier le choix de la démarche philosophique (B) tout en gardant bien en vue qu'il s'agit d'une analyse juridique (C).

A) UN CONTEXTE FAVORABLE A UNE APPROCHE JUSNATURALISTE

45. Partir de la notion de dignité comme un principe juridique pouvait encore permettre d'espérer échapper à la critique de l'invasion du droit par la morale. Poser comme point de départ d'une analyse juridique, le caractère moral de la notion à « intégrer » dans le droit, c'est prendre le risque d'une suspicion de moralisation du droit par la dignité. Cette critique est celle des partisans d'une distinction nette entre les valeurs et le droit. La diversité des théories positivistes n'a d'égale que la diversité des définitions du positivisme. Cependant, le point commun de ces théories est l'aversion marquée pour un droit qui ne serait pas posé ou créé, mais se déduirait de l'observation de principes préexistants dans la nature. Il s'agit de récuser la possibilité de déduire le devoir être de l'être. Cette critique de la dualité entre l'être et le devoir-être qui a trouvé avec Kelsen un de ses plus ardents représentants, semble aujourd'hui dépassée⁵⁷. Le contexte est éminemment favorable à une approche du droit qui sorte du cadre extrêmement limitatif posé par les théories positivistes. Pour M. Dubouchet, le domaine du droit est celui « de la rencontre des normes, des signes et des valeurs, celui de la jonction du symbolique et de l'axiologique, du linguistique et du normatif⁵⁸ ». M. Dijon, quant à lui met l'accent sur l'avantage pour le droit, celui d'une meilleure lisibilité. « Pour éviter les dissociations réductrices, préjudiciables à tous égards tant pour le droit que pour les autres disciplines séparées de lui, ne vaut-il pas mieux descendre en deçà d'une positivité débordante pour chercher la source d'où le droit découlerait de soi ?⁵⁹ » Il souligne le caractère naturel de la démarche, puisqu'une telle démarche revient finalement simplement « à prendre en compte les liens que la nature tisse déjà entre les êtres humains⁶⁰ ».

46. Pour peu que l'on demeure réticent au mélange sans complexe des valeurs et du droit, on ne peut sans contradiction admettre qu'une analyse sur la dignité puisse s'inscrire dans un cadre qui exclut *a priori* tout présupposé métajuridique. Il n'est pas possible de rendre compte de la dignité au travers d'une lecture exclusivement positiviste du droit. Peut-être parce que

⁵⁷ Voir notamment. A. VIALA, La pensée juridique peut-elle se passer de la dualité être/devoir-être ? In, D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé*. Montchrestien, 2007, 189p. p.71-95.

⁵⁸ P. DUBOUCHET. *Pour une théorie générale du droit*. L'Hermès, 2^{ème} édition, 1998, p.35

⁵⁹ X. DIJON, *Droit naturel. Tome I, Les questions du droit*. PUF, 618p.,1998.p.22

⁶⁰ X. DIJON, *Droit naturel. Tome I, Les questions du droit, op.cit*,p.22

plus que n'importe quel autre principe, la dignité ne se comprend que dans ce mouvement dialectique de la pensée qui pour saisir une cause phénoménale remonte nécessairement à l'idée transcendante qui la fonde. Aucune analyse de la notion en droit ne peut faire l'économie d'une interrogation des origines philosophiques et religieuses. Ceci est d'autant plus vrai que c'est le juriste lui-même qui à chaque fois qu'il mène une analyse de cette notion renvoie à cette « embarrassante filiation ». C'est le droit lui-même qui nous a lancé sur la « piste philosophique ». A partir du moment où les textes nationaux et internationaux nous parlent d'une « reconnaissance », d'une « sauvegarde », ils sous-entendent l'existence d'une notion hors du droit, ils reconnaissent l'emprunt à un autre champ que le champ juridique. Il a donc fallu rechercher de quelle « dignité » nous parlait le droit.

B) UNE ANALYSE PHILOSOPHIQUE

47. On ne peut nier les origines philosophiques de la notion, au risque de la priver d'un éclairage fondamental. Devant l'affirmation redondante du caractère flou de la notion de dignité, une interrogation de la philosophie pouvait permettre d'expliquer cette caractéristique de la notion et peut-être de fournir un contenu à cette notion prétendue indéterminée. Devant la confusion semée par une notion insaisissable et convaincus de l'utilité de la notion dans le droit (mais à la seule condition, à défaut de pouvoir en découvrir le sens, de pouvoir au moins s'entendre sur des critères pouvant assurer une certaine stabilité normative au principe), il était indispensable d'interroger la philosophie.

48. Il est par conséquent indispensable, de remonter le fil historique et philosophique à la recherche des origines de la dignité. C'est à une véritable « archéologie » de la notion que nous devons nous livrer. « C'est-à-dire, retracer son histoire, rappeler ses fondements et son évolution, sans négliger d'indiquer les dérapages auxquels elle est exposée »⁶¹. L'ambition historique doit être mesurée dans notre étude. Il s'agit plus modestement d'une mise en perspective qui vise à caractériser la spécificité de la notion en tant que principe conférant à l'homme sa plus belle image.

49. Le point de vue philosophique sera, celui modeste, du juriste qui s'intéresse à la philosophie. L'éclairage philosophique se veut alors plus pratique que méditatif. Il ne s'agit pas véritablement d'une démarche philosophique tendant à éclairer le mystère de la dignité humaine. Il s'agit d'une lecture philosophique destinée à éclairer la réception par le droit

⁶¹T. De KONINCK et G. LAROCHELLE, Avant-propos. in T. De KONINCK et G. LAROCHELLE (dir.), *La Dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine*. PUF, 2005, 176p.

d'une notion philosophique. La philosophie n'est pas ici une fin en soi, mais un moyen pour la fin que constitue la compréhension de la notion de dignité. « La philosophie n'offre pas de solution, au sens où la science offre une solution ; elle est un guide, c'est-à-dire qu'elle désigne un chemin où pourrait cheminer la pratique »⁶².

50. Cette approche se veut axiologiquement neutre, ou du moins aussi neutre qu'une science du droit puisse l'être⁶³. Cela signifie qu'il ne s'agit pas d'ériger la philosophie en idéal qui viendrait juger arbitrairement un droit positif toujours « pris en faute ». Une telle attitude qui reviendrait à « réhabiliter d'antiques réflexes qui consacraient la nature et le cosmos comme étalon, à l'aune duquel devait être évalué le droit positif »⁶⁴ est d'emblée écartée. Le but est d'éclairer la réception de la notion par le droit. L'objectif est plutôt celui d'une élucidation d'un objet qui se donne pour flou. La perspective est donc celle de Wittgenstein lorsqu'il définit la philosophie comme une activité et non comme une doctrine. Il souligne pour cela qu'« une œuvre philosophique consiste essentiellement en élucidation. Le résultat de la philosophie n'est pas un nombre de « propositions philosophiques », mais le fait que des propositions s'éclaircissent. La philosophie a pour but de rendre claires et de délimiter rigoureusement les propositions qui, autrement, pour ainsi dire, sont troubles et floues »⁶⁵. Cet éclaircissement philosophique a pour but de nous éclairer sur la consécration juridique de la notion autant que sur la notion elle-même.

C) UNE ETUDE JURIDIQUE

51. Il y a dans le titre de notre analyse : « la notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique », la certitude d'une rencontre entre deux univers. L'incertitude plane simplement sur les modalités et le résultat de cette rencontre. C'est là tout l'intérêt de notre étude, elle est celle du « mouvement constitutif »⁶⁶ du droit par rapport à la dignité. Le droit français constituera bien sûr la base de notre recherche, ceci ne signifie pas que l'on se replie exclusivement sur une étude de droit interne. Le caractère universel de la dignité implique une ouverture de notre réflexion au-delà des frontières du droit interne français. En outre, la mondialisation ayant conduit à l'internationalisation de certaines des disciplines juridiques

⁶² B. EDELMAN, Critique de l'humanisme juridique, in B. EDELMAN *La personne en danger*, op.cit., p.7-24.

⁶³ Voir notamment la critique de D. LOCHAK qui fustige le positivisme juridique, qui sous vichy, sous couvert de neutralité dogmatique n'a pas condamné les lois anti-juives. D. LOCHAK, La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? In P. AMSELEK (dir.) *Théorie du droit et science*. PUF, 1994, p.293.

⁶⁴ A. VIALA, La pensée juridique peut-elle se passer de la dualité être/devoir-être ? In, D. ROUSSEAU (dir.) *Le droit dérobé*. Montchrestien, 2007, 189p. p.71-95.

⁶⁵ WITTGENSTEIN. *Tractatus-Logico Philosophicus*. Traduction P. KLOSSOWSKI, Gallimard, 1986.

⁶⁶ E. MILLARD. *Famille et droit public*, 502p. LGDJ, 1995, p.12.

telles que les droits de l'homme et le droit de la bioéthique, une analyse du droit international s'avère inéluctable. Il ne s'agit pas d'une étude comparatiste⁶⁷ mais d'une étude de droit interne soumise à l'influence nécessaire, inéluctable et constructive du droit européen et du droit international.

52. Le champ d'étude privilégié sera par conséquent l'ordre juridique français, le droit français dans son ensemble. Il faut avant d'aller plus loin, devancer les critiques qui pourraient être formulées quant à la consécration tardive par le droit français du principe de dignité, et s'agissant de la « spécificité » de la consécration par le juge constitutionnel. En effet, le juge constitutionnel français fait entrer le principe dans le contexte particulier de l'élaboration d'un droit pour encadrer les progrès de la science biomédicale. Cette consécration « circonstanciée » constitue-t-elle pour autant un frein dans notre analyse, dans la mesure où notre réflexion serait ainsi circonscrite au droit de la bioéthique ? La réponse est négative, eu égard à la spécificité de la consécration du principe par le droit français. En effet, la consécration constitutionnelle intervient dans le cadre des lois bioéthiques, mais le principe est « extirpé » du préambule de 1946. Cela renvoie alors au contexte particulier de l'après-guerre. L'« oubli » français est alors plus formel que substantiel, ce qui sera confirmé par les utilisations ultérieures du principe en droit français. Il semblerait que la consécration du principe par le Conseil constitutionnel ait libéré les potentialités normatives du principe dans le droit interne français. Aucune branche du droit ne semble épargnée par le « phénomène »⁶⁸. La démarche est résolument transversale et notre réflexion couvrira l'ensemble des disciplines juridiques, du droit civil au droit administratif, en passant par le droit pénal et le droit constitutionnel. Une étude sur la dignité a cette particularité d'abolir les frontières entre le droit privé et le droit public, le temps d'une réflexion doctrinale. Ceci s'explique parce qu'il y a de la dignité dans toutes les règles de droit qui ont pour fin la personne.

⁶⁷ La méthode comparatiste consiste à examiner l'utilisation d'un principe par deux ordres juridiques préalablement déterminés, selon des critères préalablement définis. Une telle méthode est utile parce qu'en « confrontant un modèle à un autre sensiblement différent, il est beaucoup plus aisé de faire apparaître des contradictions, des nuances, mais aussi des concordances, en d'autres termes, la pluralité des interprétations ». Pour une démarche comparatiste s'agissant de la notion de dignité, voir V. GIMENO-CABRERA *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, *op.cit.*

⁶⁸ Il suffit pour s'en convaincre de s'en référer aux ouvrages qui réunissent plusieurs spécialistes de différentes disciplines, qui traitent du principe de dignité dans leur branche respective. Voir par exemple : M-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, 181p. P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 423p.

§ 4 : LA PROBLEMATIQUE RETENUE

53. La question qui se pose est alors de savoir ce que « devient » la notion de dignité « saisie » par le droit. La dignité se présente face au droit comme une excellence dans la constitution de laquelle il n'est pour rien. Le droit parvient-il à rendre compte de cette excellence ? Quel avenir juridique pour la notion philosophique de dignité ? La réponse à cette question est cruciale car c'est de l'avenir de l'homme dont il s'agit. En effet, à chaque fois que l'homme surgit, la question de la dignité est sous-jacente, puisque « le seul mot d'homme emporte une idée de dignité »⁶⁹. Deux alternatives s'offrent à nous : soit la dignité a perdu de son aura en se « juridicisant », et l'homme y a perdu également en matière de protection ; soit l'homme a gagné quelque chose par la juridicisation de la notion.

54. Pour répondre à cette question, il faut savoir ce que la dignité est, ce à quoi elle renvoie. La tâche s'annonce délicate, car il s'agit de s'attacher au passage du philosophique au juridique et il n'y a rien dans ce domaine qui puisse nous fournir un exemple de « juridicisation d'un idéal ». En effet, le caractère insaisissable et fuyant de l'idéal peut-il être saisi par une règle de droit positif, qui par essence se veut finie, limitée ? Il faudra nécessairement remonter aux origines de la notion afin d'en expliciter le contenu, et d'en délimiter les contours. Ce détour dans l'histoire des idées sera l'occasion de tenter de comprendre ce qui constitue l'essence de la dignité, son originalité et la rend si incontournable dans la définition et la protection de l'homme. La visée est pratique, il s'agit de rechercher si cette originalité est retranscrite en droit et de quelle manière ? La question est celle des enjeux de la rencontre entre le droit et la dignité. Les enjeux pour le droit, mais également et surtout les enjeux pour la dignité. Le titre de notre analyse suppose qu'il y a un risque pour la dignité de « perdre quelque chose » en intégrant l'ordre juridique. Pour le savoir, il est indispensable de s'arrêter sur les caractéristiques de la notion en tant que notion philosophique. Ce détour philosophique sera l'occasion de donner une certaine consistance à la notion et nous permettra de mieux nous rendre compte d'un éventuel bouleversement causé par l'intervention du droit. Cette étape est d'autant plus fondamentale que la notion a donné lieu à des débats philosophiques passionnés. Il faudra donc rechercher si une certaine unité se dégage en dépit de cette pluralité de conceptions. C'est donc logiquement que nous nous intéresserons d'abord à la manière dont la notion philosophique de dignité a été reçue dans l'ordre

⁶⁹ PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*. §1, chapitre II, Livre III, T.1

juridique. Il s'agit plus exactement de s'arrêter sur ce moment précis où l'idée a rencontré le droit (**PREMIERE PARTIE**).

55. La notion de dignité en tant que principe juridique va nécessairement produire des effets. C'est la raison essentielle de son intégration dans l'ordre juridique. Ce principe a-t-il permis une réelle protection de la personne ? C'est à cette question que nous tenterons d'apporter une réponse dans la seconde partie de notre analyse. Il faudra pour cela s'intéresser aux effets normatifs du principe. Les utilisations normatives, *a priori* disparates du principe apparaissent unifiées si, transcendant les cas particuliers, on s'intéresse à la finalité du recours à la notion de dignité. Il est alors possible de systématiser les approches et de dégager deux attitudes générales à l'égard du principe de dignité. Dans un premier temps, celui-ci est sollicité massivement pour permettre l'intégration de la personne vulnérable au sein de la société. Dans ce contexte, l'utilisation du principe de dignité se veut la plus large possible et la notion de vulnérabilité s'entend de la manière la plus englobante possible. Dans un second temps, le principe de dignité vient encadrer la pratique biomédicale, et dans cette configuration le recours au principe est moins enthousiaste. Le principe paraît davantage « subi » que réellement sollicité. Il conviendra alors d'analyser ces deux conceptions de la dignité autour desquelles s'organise l'ordre juridique (**DEUXIEME PARTIE**).

PREMIERE PARTIE :

**LA RECEPTION DE LA NOTION PHILOSOPHIQUE DE
DIGNITE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE**

56. Déjà Antigone, l'héroïne de Sophocle, lorsqu'elle s'élève pour réclamer une sépulture pour la dépouille de son frère Polynice, dont le corps a été jeté en pâture aux oiseaux, en représailles de la trahison dont il s'est rendu coupable contre les siens, mène un combat pour la dignité. C'est parce qu'elle pressent « que l'humanité passe infiniment l'homme, même dans l'énigme de la trahison, de la violence et de la mort, et qu'elle doit respecter « les lois non écrites, inébranlables des Dieux »⁷⁰. Plusieurs siècles séparent cette scène de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, qui constitue l'acte de naissance juridique de la notion de dignité. Cependant le message est le même, celui d'une excellence de l'homme qui justifie qu'il soit respecté sans autre condition que celle de son humanité. C'est pour cela que le droit se tourne vers cette notion philosophique lorsqu'il souhaite assurer de manière efficace la protection de l'homme, parce que seule la dignité semble à même de livrer en toutes circonstances, le vrai visage de l'homme.

57. L'apport matériel de la philosophie et de la religion est incontournable dans la construction du concept juridique de dignité. Parce que ce sont la philosophie et la religion qui fournissent à la notion son contenu matériel, non seulement parce que le questionnement philosophique sur la notion de dignité est très ancien, aussi ancien que le questionnement sur l'homme, mais aussi et surtout parce que c'est le droit lui-même qui multiplie les références philosophiques lorsqu'il parle de la dignité. A l'origine, la notion de dignité est d'abord reçue par le droit, et celui-ci essaie de s'organiser autour d'elle. Le droit ne crée pas une notion de dignité *ex nihilo*, il va puiser aux sources religieuses et philosophiques et s'imprègne de leurs conceptions de la dignité (**TITRE PREMIER**).

58. L'influence des origines philosophiques se fait sentir au moment de la juridicisation de la dignité, lorsqu'il faut passer d'une dignité seulement imaginée à une dignité éprouvée (**TITRE SECOND**).

⁷⁰ J-F. MATTEI, L'énigme de la dignité ou le principe d'Antigone in P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 423p.p. 3-11.

TITRE PREMIER

L'APPORT MATERIEL DE LA PHILOSOPHIE ET DE LA RELIGION

59. Ce qui frappe d'emblée s'agissant de la notion de dignité, c'est l'ancienneté du questionnement philosophique et religieux. La richesse des sources, l'ardeur des débats autour de ce qui justifie la dignité rendent une interrogation des sources philosophiques et religieuses incontournables. Quels enseignements peut-on en tirer? Existe-t-il des différences substantielles entre les diverses approches de la notion de dignité relevées? On peut également se demander si cette diversité se répercute également au niveau du contenu juridique de la notion? En effet, ces variations philosophiques, ont-elles des incidences sur la conception juridique de la dignité? Chaque approche philosophique se retrouve-t-elle représentée en droit? La notion de dignité en droit a-t-elle les allures d'une notion kaléidoscopique, reflétant un peu de chacune des conceptions, au mépris de la cohérence des doctrines et des systèmes de pensée philosophiques?

60. Une dernière question se pose. Le droit s'est-il simplement imprégné de ces approches non juridiques? Ou alors la notion de dignité que le droit utilise n'est-elle que la transposition en l'état d'une ou de plusieurs de ces différentes approches?

61. A l'instar de ce qui se passe s'agissant des droits de l'homme, à savoir, les difficultés rencontrées en pratique par cette notion, la notion de dignité rencontre des difficultés pratiques, que l'on ne pourra surmonter que par « l'élucidation théorique de leurs raisons »⁷¹. Il convient alors de s'arrêter sur les différentes approches philosophiques et religieuses (**CHAPITRE 1**), avant de s'interroger sur le succès de la notion kantienne de dignité (**CHAPITRE 2**).

⁷¹ B. BERNARD. *Philosophie des droits de l'homme : De Kant à Marx*. PUF, 1990, 132p. spéc, p.7et s.

CHAPITRE 1

LA RICHESSE DES SOURCES PHILOSOPHIQUES ET RELIGIEUSES

62. La notion de dignité ne peut être comprise que dans le cadre philosophico-religieux au sein duquel elle prend forme. La part du religieux est aussi importante que la part du philosophique dans la construction de la notion. La religion a surtout, même si on se place dans une perspective laïque ou « a-religieuse », donné à la notion son caractère sacré. Parce que c'est en affirmant d'une seule voix la dignité de l'homme dans sa ressemblance au Créateur, que l'on fait de lui un être sacré. Dans la théologie biblique, c'est par la Révélation que Yahvé « Saint d'Israël, fait de son peuple, l'élection et l'alliance, un domaine qui lui appartient, et qui est donc, par rapport au profane, au « monde » (au sens péjoratif du mot) une réalité ethniquement et culturellement séparée (c'est le sens étymologique du mot hébreu pour sacré et saint) »⁷². Sacré est donc ce qui est séparé, c'est ce sens qui est retenu aujourd'hui pour parler de la dignité. Par la dignité, on affirme que l'homme est un être sacré, séparé des autres.

63. On peut difficilement « détacher » la dignité, la séparer du contexte religieux, dans lequel elle prend naissance et qui la marque de manière indélébile. En effet, la philosophie elle-même n'est pas à l'abri de l'attraction du religieux, lorsqu'elle parle de dignité et ce qui était vrai hier,⁷³ l'est encore aujourd'hui⁷⁴. Cette excellence est affirmée dans un premier temps par rapport aux autres êtres vivants, dans le cadre élargi du monde. L'enjeu fondamental est la place de l'homme dans le monde. Quelle que soit l'approche retenue, que l'homme soit placé au sommet de la création ou au centre du monde, il occupe une place privilégiée (**Section 1**).

64. Si l'idée même d'une excellence de l'homme est définitivement acquise, c'est la manière de la poser qui va changer. La dignité comme la marque de la supériorité de l'homme par rapport aux autres êtres vivants et cette obsession de la grandeur de l'homme vont se trouver ébranlées fortement par la tragédie nazie qui se déroule à l'intérieur de la communauté humaine. Cette tragédie va permettre de tendre l'oreille aux philosophies qui avaient déjà attiré l'attention sur la nécessité de tenir compte de la faiblesse de l'homme et pas seulement de sa grandeur. C'est la quête d'une dignité pour temps de crise qui est alors lancée et c'est

⁷² K. RAHNER, H. VORGRIMLER *Petit dictionnaire de théologie catholique*. Editions du Seuil, 1997, 505p.

⁷³ Voir nos développements Première partie, Titre premier, Chapitre I, section 1, I, A

⁷⁴ Nous verrons comment la notion évolue après le dramatique épisode nazi, et comment le religieux, sous l'aspect de la nécessité de la réaffirmation du caractère sacré de la vie, et sous la plume de certains philosophes dont la pensée a été formée au contact de la religion, comme ce sera le cas pour E. Levinas, joue un rôle encore aujourd'hui dans la construction du concept de dignité.

une nouvelle approche de la dignité qui triomphe. L'excellence de l'homme n'est plus à affirmer par rapport aux autres êtres vivants, mais au sein même de la communauté humaine. Il faut alors convaincre chaque homme de sa propre excellence, mais aussi et surtout de l'excellence de l'autre homme. Il faut même faire plus que convaincre de cette excellence, il faut convaincre des devoirs et obligations que fait naître cette excellence. C'est l'affirmation de la dignité sur le mode horizontal, c'est-à-dire à une échelle plus réduite qui est celle de la famille humaine. C'est dans cette perspective que l'on parle de rupture épistémologique, dans la mesure où tant le cadre de la dignité que son titulaire sont modifiés (**Section 2**).

SECTION 1

LA DIGNITE COMME LA MARQUE DE LA SUPERIORITE HUMAINE

65. Philosophies et religions vont se retrouver dans leur volonté commune de convaincre de l'excellence de l'homme. Elles n'auront de cesse de convaincre de l'évidence de cette éminence, de cette supériorité humaine. La grande inconnue demeure alors la possibilité de fonder la dignité, c'est-à-dire « établir rationnellement la vérité d'un fait ou d'une hypothèse en établissant à partir, d'une argumentation rigoureuse l'ensemble des propriétés universelles qui la définissent en tant que telle »⁷⁵. Philosophies et religions se livrent à une surenchère de fondements (§2) qui apparaît cependant accessoire eu égard à cette croyance commune dans la supériorité de l'homme (§1).

§ 1 : UNE AFFIRMATION UNITAIRE

66. Cette idée est développée dans un contexte historique particulier dans lequel il est difficile de démêler le philosophique du religieux (A). C'est notamment autour de l'idée de la hiérarchie des êtres que se retrouvent philosophes et penseurs religieux pour rendre compte de l'excellence de l'homme (B).

A) UN CONTEXTE HISTORIQUE PARTICULIER

67. La notion de dignité est avant tout une notion morale, elle est nourrie à l'aune des développements philosophiques et théologiques, bien souvent réduite à une opposition entre religion et philosophie, on dit la philosophie confuse lorsqu'il s'agit de rendre compte de la dignité, et on dit la théologie bien plus organisée, n'ayant qu'une manière de rendre compte de cette dignité. Cette manière d'opposer la philosophie et la religion est fort ancienne, déjà Saint Augustin faisait état de cette opposition entre foi et raison, entre théories religieuses et philosophies s'agissant de la traditionnelle quête du bonheur : « les philosophes eux qui semblent n'assigner à leurs études d'autres buts que la découverte du genre de vie propre à donner le bonheur ; pourquoi, maîtres et disciples, et disciples entre eux, sont-ils en désaccord, sinon parce qu'ils ont procédé à cette recherche comme des hommes avec des sentiments et des raisonnements humains ? Sans doute, cela a été parmi eux émulation de

⁷⁵ J-F. MATTEI L'énigme de la dignité ou le principe d'Antigone in P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.175-204p.3-11.

vaine gloire, désir jaloux de paraître supérieur à d'autres en sagesse, en pénétration, non l'esclave d'autrui, mais l'auteur de ses propres doctrines et de son opinion ; j'accorderais toutefois qu'il y en eut plusieurs ou même un grand nombre d'entre eux que le seul amour de la vérité a détaché de leurs maîtres ou de leurs condisciples, leur mettant les armes à la main pour ce qu'ils croyaient, à tort ou à raison être la vérité ; mais en définitive où et par où peut se diriger la misère humaine pour atteindre le bonheur, si elle n'a pour guide l'autorité divine ? Quand à nos auteurs, qui forment à juste titre le canon immuable et déterminé des saintes lettres, tant s'en faut qu'il y ait entre eux le moindre dissentiment »⁷⁶.

68. Ce qui est mis en avant ce n'est pas tant le fait qu'il y ait plus de vérité dans les écrits religieux, mais plus de discipline et surtout moins de discordance. Cette discipline, derrière la seule autorité divine, cette retranscription fidèle des dires des Prophètes, voilà les raisons de la cohérence des écrits religieux, ce qui apparaît comme un gage de leur vraisemblance et pas nécessairement de la véracité des propos. Les divisions des philosophes apparaissent plus diffuses, chacun essayant de dire sa vérité des choses, le souci de la Vérité étant secondaire. C'est dans ce sens que M. Gilson affirme : « ce qui n'est, dans la Cité terrestre qu'opinion libre, devient, dans la Cité de Dieu, rupture du lien doctrinal qui fait son unité et par conséquent du lien social qui assure son existence. Le magistère divin qu'exerce l'Eglise a pour fin de maintenir l'unité de la sagesse révélée, qui est la loi constitutive de la Cité de Dieu »⁷⁷.

69. Ainsi, la notion de dignité s'inscrit dans une longue tradition idéologique où religion et philosophie pendant longtemps s'entremêlent, s'inspirant l'une et l'autre, et parfois même dans une confusion des concepts, rendant intellectuellement risquée, toute tentative de distinguer ce qui relève du religieux et ce qui relève du philosophique. Il s'agit d'une période qui commence à l'époque patristique et connaît son apogée avec l'humanisme, en passant par le Moyen Age. M. Gilson dira pour rendre compte des liens entre la philosophie et la religion à cette époque : « il faut bien avouer que toute histoire de la philosophie au moyen âge présuppose la décision d'abstraire cette philosophie du milieu théologique où elle a pris naissance, et dont on ne peut la séparer sans faire violence à la réalité historique. »⁷⁸ M. Bréhier affirme également : « l'histoire de la philosophie ne peut pas être, si elle veut être

⁷⁶ SAINT AUGUSTIN, *La cité de Dieu*. Tome 3, Traduction et notes J-C. ESLIN, Editions du Seuil, Paris, 1994, 357p.p.62.

⁷⁷ E. GILSON, *La philosophie au Moyen Âge : des origines patristiques à la fin du XIV^e siècle*. Payot, Paris, 1986, 784p. spéc.p.169

⁷⁸ E. GILSON, *La philosophie au Moyen Âge : des origines patristiques à la fin du XIV^e siècle*. Payot, Paris, 1986, 784p. spéc.p.8

fidèle, l'histoire abstraite des idées et des systèmes séparés des intentions de leurs auteurs et de l'atmosphère morale et sociale ils sont nés »⁷⁹.

70. Saint Thomas d'Aquin⁸⁰, pour lequel d'aucuns s'accordent pour reconnaître qu'il est le seul chrétien à avoir réussi à constituer une philosophie⁸¹, est également un « témoin de la dignité de l'homme »⁸². Cependant, les développements qu'il consacre à la notion de Dignité, sans nécessairement mentionner expressément la notion mêlent à la fois ses convictions religieuses et des principes philosophiques. Thomas D'Aquin surprendra lorsqu'il posera qu'il appartient à la Raison humaine et non à la volonté divine de poser les préceptes de la conduite de l'homme. « Le fait d'envisager une chose en la comparant à ses conséquences n'appartient qu'à la raison. De là vient que la conduite dictée par l'homme par la raison lui est naturelle au titre d'être raisonnable⁸³.

71. A une autre époque elle aussi décisive dans l'évolution de la notion de dignité, celle de la renaissance humanisme, un autre auteur Pic de la Mirandole⁸⁴, dont la conception de la dignité est posée en exemple en tant que conception philosophique, n'en n'est pas moins fortement religieusement connotée, dans la mesure où il s'appuie sur la notion patristique de hiérarchie des êtres, pour développer sa philosophie de la dignité. Au fond, le débat autant que l'on considère qu'il y en ait un a toujours eu lieu sur la manière de fonder ce sur quoi tout le monde s'entend sur le fond. Sous la tension apparente, sur l'opposition apparente entre philosophie et théologie, on retrouve un amour commun pour l'homme et c'est ce que réussit le mieux la dignité. C'est ainsi que philosophies et religions, se retrouvent dans leur volonté commune de marquer la spécificité de l'homme par rapport aux êtres vivants, cette volonté commune va même jusqu'à trouver dans la notion de hiérarchie des êtres sa marque la plus visible.

⁷⁹ E. BREHIER, *Histoire de la philosophie*. PUF, 2004, 179p.p.7.

⁸⁰ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*. II-II, Q. 57.

⁸¹ Voir en ce sens E. GILSON *L'esprit de la philosophie médiévale*. Librairie philosophique J. Vrin

⁸² Nous reprenons ici l'expression de R. SIMON Le concept de dignité de l'homme en éthique. *In De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA*, Université de fribourg, 1987, spéc.p. 265-278.

⁸³ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*. II-II, Q.57, a. 3, rép.

⁸⁴ J. PIC De La MIRANDOLE, *De la dignité de l'homme*. Traduction de Y. HERSANT, Editions du Seuil, 1993, 101p.

B) UNE ADHESION COMMUNE A L'IDEE D'UNE HIERARCHIE DES ETRES

72. Cette vision d'un monde hiérarchisé est une idée déjà présente chez Platon, c'est cependant le Pseudo-Denys qui lui donnera ses lettres de noblesse (1°). Cette idée d'une hiérarchie entre les êtres vivants explique l'emprunt à la notion de *dignitas* pour rendre compte de la place de l'homme dans la hiérarchie (2°).

1° La définition de la hiérarchie des êtres

73. Ce qui est sous-jacent dans cette notion de hiérarchie, c'est surtout l'inégalité naturelle entre les êtres, cependant cette inégalité n'est « point désordre et confusion, elle s'ordonne en hiérarchie »⁸⁵. L'étymologie de la notion de hiérarchie trahit ses origines religieuses. La notion de hiérarchie, dans son sens premier, tiré de *Hiéra- Arché* signifie, origine sacrée, principe divin⁸⁶. C'est donc un ordonnancement du monde par la volonté divine.

74. Cette vision d'un monde hiérarchisé est développée par Denys l'Aéropagite (Pseudo-Denys). Ses idées connaîtront un franc succès. Il représente l'une des sources les plus importantes de la pensée médiévale notamment pour son apport considérable à la compréhension de la notion de hiérarchie⁸⁷. Les notions d'ordre et de hiérarchie tiennent une place importante dans l'œuvre de ce disciple de saint Paul, dont on situe l'existence entre la fin du IV^{ème} et le début du V^{ème} siècle ap-JC. Il a lu Platon et s'est très largement inspiré de sa vision de l'univers divin et de l'univers humain comme des univers rigoureusement hiérarchisés. Denys définit la hiérarchie comme : « un ordre sacré, une science, une activité s'assimilant, autant que possible à la déiformité et, selon les illuminations dont Dieu lui a fait don, s'élevant à la mesure de ses forces vers l'imitation de Dieu »⁸⁸. Toute sa pensée est articulée autour de cette idée selon laquelle il y a une unité relationnelle entre tous les êtres. La notion de hiérarchie ne doit pas s'entendre comme quelque chose qui divise. Bien au contraire, elle est unificatrice « chacun prenant part selon sa valeur et la lumière qui est en

⁸⁵ J-P. RITTER, *Ministèrialité et chevalerie : Dignité humaine et liberté dans le droit médiéval*, Imprimerie Henri Jaunin S.A. Lausanne, 1955, 282p.spéc.p.184.

⁸⁶ J. THOMAS, *Le Concile Vatican II*. Les éditions du Cerf, 1989, 126p.spéc.p.68.

⁸⁷ Pour une étude plus étayée de la pensée et de l'œuvre de Denys l'Aéropagite. Voir E. GILSON, *La philosophie au Moyen Âge : des origines patristiques à la fin du XIV^{ème} siècle*. Payot, Paris, 1986, 784p.

⁸⁸ DENYS L'AEROPAGITE, *La hiérarchie céleste*. Traduction et notes de M. GANDILLAC. Les éditions du cerf, 1958, 225p.p.87

elle »⁸⁹. Malgré tout, il y a une différence d'essence entre les êtres qui prennent part à la hiérarchie. Chaque niveau se définissant par rapport à celui qui le précède, il y a une gradation qui résulte du caractère proportionnel de la distribution des essences. Denys reprend la distinction Platonicienne des deux mondes, d'un monde sensible et d'un monde intelligible et organise dans chacun de ces mondes une hiérarchie. Cependant, l'homme participe de chacun de ces mondes en tant qu'être du milieu et il y a toujours la possibilité de rejoindre le monde intelligible. « Le sensible n'est donc pas coupé de l'intelligible, puisqu'il est formé à son image, et le retour vers l'intelligible est possible »⁹⁰.

75. Si nul ne songe à contester que chacun de ces êtres participe de l'essence de Dieu, une distinction s'établit cependant très rapidement entre ces êtres, d'une part, il y a des êtres qui « n'ont pas d'autre essence que celle que leur assigne leur essence »⁹¹, et d'autre part, certains de ces êtres sont au contraire capables de se déterminer dans une certaine mesure la place qu'ils occuperont dans la hiérarchie des êtres, (...) l'homme est au nombre de ces êtres »⁹². Et c'est ainsi qu'il se trouve à une place privilégiée dans la hiérarchie. La place privilégiée de l'homme dans cette hiérarchie résulte de l'amour de Dieu pour lui, ce qui a notamment pour conséquence la création de l'homme à l'image de Dieu, ce qui place l'homme dans des conditions optimales d'illumination et de purification et *de facto* de réalisation de son dessein divin.

76. Dans l'échelle hiérarchique, il y a la possibilité pour chacun de monter ou de descendre, l'ontologie scalaire n'est donc pas fixe. Cependant l'ascension n'entraîne pas pour un inférieur la possibilité de surpasser un supérieur, puisque la procession ne modifie pas les essences. « Pour chacun des êtres dont le lot est d'appartenir à la hiérarchie, la perfection consiste à s'élever, *selon que ses propres forces lui permettent, jusqu'à l'imitation de Dieu*⁹³ et, ce qui est assurément plus divin que tout à devenir, selon l'expression des Dits, *coopérateurs de Dieu* »⁹⁴. L'ascension permet alors surtout de se rapprocher de la perfection divine, « il s'agit pour chacun des êtres de réaliser au mieux les possibilités de son être immuable (...) de remplir plus parfaitement l'office dont il a été chargé inamoviblement »⁹⁵.

77. La conception dionysienne de la hiérarchie va exercer une influence certaine sur la pensée

⁸⁹ DENYS L'AEROPAGITE, *La hiérarchie céleste*. Traduction et notes de M. GANDILLAC. Les éditions du cerf, 1958, 225p.p.87.

⁹⁰ C. HECK. *La hiérarchie céleste dans l'art du Moyen Âge*. Flammarion, 1999, 365p.spéc.p. 36.

⁹¹ E. GILSON, *La philosophie au Moyen Âge : des origines patristiques à la fin du XIV^e siècle*, Payot, Paris, 1986, 784p. spéc.p.86.

⁹² E. GILSON, *La philosophie au Moyen Âge : des origines patristiques à la fin du XIV^e siècle*, op.cit.,p. -

⁹³ Nous soulignons.

⁹⁴ DENYS L'AEROPAGITE, *La hiérarchie céleste*,op.cit.,p.90

⁹⁵ J-P. RITTER,op.cit., p.185.

philosophique et théologique du Moyen Âge, reprise par Jean Scot Erigène, relayée par Saint Thomas D'Aquin. Chez ces auteurs, la certitude est acquise que c'est de sa place sur l'échelle des êtres que l'homme trouve sa dignité, peut être parce que plus que n'importe quelle période, la période médiévale consacre *l'homo hierarchicus*⁹⁶. La corrélation de la *dignitas hominis* et de la place de l'homme dans l'ordre de la création constituera un thème majeur de la culture humaniste. C'est en effet sur fond de hiérarchie du monde et de la place de l'homme dans cet ordonnancement que se développent les philosophies de la dignité⁹⁷. La *dignitas hominis* s'entend alors diversement de la place de l'homme au sommet de la hiérarchie des êtres, de sa *medietas*, ou encore de sa liberté qui lui permet de fixer librement sa place dans la hiérarchie.

2° Le recours à la *dignitas* pour rendre compte de la supériorité humaine

78. Si l'on s'intéresse à l'étymologie grecque⁹⁸ de la notion de dignité, on retrouve l'adjectif « *axios* » qui renvoie à « ce qui entraîne par son poids, ce qui a du poids ». Mais, on retrouve également le substantif « *axia* » qui renvoie à la valeur d'une chose, à son prix, qui contient l'idée de récompense, de châtement ou de mérite⁹⁹ ; ce terme désigne ensuite une situation proportionnée au mérite, qui confère un rang élevé, des honneurs, une dignité. Si l'on s'intéresse à l'étymologie latine¹⁰⁰, on retrouve le terme « *decet* » qui signifie « il convient, il est acceptable ». A ce mot se rattachent deux substantifs, « *decus* » et « *decoris* », et un adjectif, « *dignus* ». Les termes « *decus* » et « *decoris* », renvoient à l'origine à la bienséance, la convenance, et désignent en morale l'honneur et la gloire, « la beauté physique s'accompagnant de la dignité morale »¹⁰¹. L'adjectif « *dignus* » renvoie à « ce qui convient », ce « qui mérite », ce qui est digne.

79. L'acception première de la notion de *dignitas* explique que pendant longtemps, elle soit employée pour désigner une organisation hiérarchique d'un ordre de la société, qu'il s'agisse de l'organisation de la ministérialité ou de l'église. « La dignité ne s'entendait traditionnellement que selon une distribution hiérarchique tant du monde que de la

⁹⁶ P. MAGNARD *Ordre et Dignité*, in P. MAGNARD (éd.), *La dignité de l'homme*, 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.3-12

⁹⁷ Ce sera le cas des philosophies de Pic de la Mirandole, d'Erasmus

⁹⁸ F. MARTIN, *Les mots grecs groupés par famille étymologique*. Hachette classiques, 1990, 207p.

⁹⁹ A. BAILLY, *Dictionnaire Grec/Français*, Hachette, 2000.

¹⁰⁰ F. MARTIN, *Les mots latins groupés par famille étymologique*. Hachette classiques, 1990, 339p

¹⁰¹ A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, 4^{ème} édition, 2001, V° *Decet*.

société »¹⁰². A Rome, la *dignitas* devient « la qualification d'un titre de noblesse ou d'une fonction éminente qui conduit un homme à faire preuve en public de majesté et de gravité. Les membres de cette classe supérieure doivent se comporter avec dignité (...) »¹⁰³ La *dignitas* apparaît comme un instrument de mesure pour la position sociale. Il faut accorder une place à chacun, reconnaître à chacun sa place. La *dignitas* vient toujours pour établir ou reconnaître une situation en comparaison à une autre. Il y a toujours derrière cette notion de *dignitas*, l'idée que la *dignitas* est toujours le qualificatif de ce qui est préférable. La notion à une connotation définitivement positive. Elle est même recherchée, puisqu'elle a trait à ce qui est vertueux, à ce qui à une position éminente, à ce qui est toujours enviable. Elle est le corollaire d'une organisation en degrés au sein d'un ordre donné. Et elle accompagne toujours celui qui se trouve au sommet de la hiérarchie. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira, envisage la *dignitas* comme un idéal qui désigne : « la parfaite rectitude morale, le dévouement à la cause publique, l'élévation des sentiments, resplendissant dans la grandeur, dans l'élégance et l'à-propos des gestes et des paroles. Elle est l'idéal éthique qui convient à l'homme public, investi des plus hautes fonctions. Elle synthétise et traduit dans l'esprit romain cet ensemble de vertus, de grandeur (la « magnanimité », la « munificence » ...) qu'Aristote a déployé avec complaisance et que Cicéron saura accréditer dans les lettres latines »¹⁰⁴. Le ton est donné, la dignité sera la valeur de ce qui surpasse, de ce qui n'est comparable à rien. Elle traduit l'éminence et l'excellence. Cependant, pendant très longtemps, elle n'intervient que dans un contexte socio-politique, pour rendre compte de l'organisation dans un ordre social donné, qu'il s'agisse de la *dignitas consularis, senatoria, imperialis, pontificalis*¹⁰⁵.

80. « Empruntée à la culture romaine, la notion de *dignitas* sera privilégiée pour exprimer la compréhension chrétienne de la grandeur de l'homme en tant qu'image divine. (...) « La *dignitas humana* sera ainsi appelée à désigner l'être humain en tant que créature qui est l'objet d'un dessein spécial (...) »¹⁰⁶. Le consensus autour de la notion de *dignitas* pour rendre compte de cette position éminente de l'homme dans la nature, n'est alors pas une surprise. En effet, ce à quoi renvoie la notion de *dignitas* c'est à une idée de récompense, une volonté de marquer une spécificité, d'avoir mérité quelque chose, une place, des honneurs. C'est pourquoi l'homme se voit reconnaître une dignité lorsque la hiérarchie est transposée à

¹⁰² P. MAGNARD Ordre et Dignité, in P. MAGNARD (éd.) *La dignité de l'homme*, p.3-12.

¹⁰³ J-F. MATTEI L'énigme de la dignité ou le principe d'Antigone in P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, p. 3-11

¹⁰⁴ C-J. PINTO De OLIVEIRA, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme*, Editions Universitaires de Fribourg, 1992, spéc.p. 9

¹⁰⁵ C-J. PINTO De OLIVEIRA, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme, op.cit.*,spéc.p. 9

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 8

l'échelle de l'humanité. Religions et philosophies se retrouvent dans leur volonté commune de rendre compte de la place éminente qu'occupe l'homme au sein de la nature. La hiérarchie va alors intervenir entre les hommes et les autres êtres vivants. Il y a cependant un parti pris anthropocentrique puisque philosophies et religions partent toutes deux de l'idée d'une place prééminente de l'homme dans la nature, la *dignitas hominis* rend compte de cette éminence, qui ne fait aucun doute, dans un cas comme dans l'autre. Cette perspective hiérarchique nouvelle s'impose à partir du moment où on s'interroge sur la place de l'homme dans le monde et c'est une question philosophique majeure. Philosophies et religions voient dans la différence essentielle entre les êtres vivants, une différence qui est porteuse d'un certain sens. Il y a dans les différentes natures qui composent le monde, une classification non accidentelle. Il y a des raisons pour que l'homme se trouve au sommet de la hiérarchie.

81. C'est à ce moment de la discussion sur la dignité que ressurgissent les différences entre philosophie et religion, encore que le critère de distinction ne se situe pas autour d'une ligne philosophie/ religion. En effet, la divergence se fait sur le fondement, sur ce qui justifie cette spécificité de l'homme, sur ce qui en constitue l'origine.

82. Alors que les Pères de l'Eglise ont inauguré la tradition chrétienne, de « l'homme digne parce que créé à l'image de Dieu », une partie de la doctrine philosophique va se positionner contre ce fondement, cette justification divine de la dignité. C'est ainsi que deux « camps » se trouvent constitués, non pas le camp philosophique et le camp religieux, mais le camp de ceux qui, religieux, philosophes, ou hommes de lettres, voient dans Dieu, le fondement de la dignité humaine, et le camp de ceux qui, tout en étant philosophes, religieux ou hommes de lettres, voient dans l'homme, dans sa raison, sa liberté, ses capacités (...), le fondement de sa dignité.

§ 2 : DES FONDEMENTS DIVERSIFIES

83. La diversité des fondements philosophiques (B) contraste avec le fondement unique derrière lequel les doctrines religieuses se trouvent unies (A).

A) LE FONDEMENT RELIGIEUX

84. La création de l'homme à l'image de Dieu et l'Incarnation, sont alors les deux moments forts de la constitution de la dignité de l'homme. Les fondements de la dignité se trouvent dans une perspective religieuse et chrétienne, dans la Création (1^o) et l'Incarnation

rédemptrice du verbe (2°)¹⁰⁷. L'homme est créé par Dieu à son image, et il envoie son fils sur la terre pour confirmer cette dignité.

1°La création de l'homme à l'image de Dieu

85. « La création est le fondement de tous les desseins salvifiques de Dieu, le commencement de l'histoire du salut »¹⁰⁸. Dans l'ordre de la création, le premier jour, Dieu créa la terre et la lumière, le second jour il créa le firmament et sépara les eaux, le troisième jour, il créa la terre ferme, les océans, la végétation, le quatrième jour, il créa le soleil, la lune et les astres, le cinquième jour, il créa les animaux marins, les volatiles, le sixième jour, il créa les animaux sauvages, le bétail, les rampants, et l'homme et la femme. S'il est vrai que l'on considère que l'ordre de la création est important, puisque de cet ordre découle la hiérarchie entre les êtres, on ne peut cependant pas déduire de l'ordre de la création seul, la dignité de l'homme, sa grandeur ou son éminence. Il en va autrement de la manière dont l'homme fût créé, le seul être à l'image du créateur. « Dieu créa l'homme à son image »¹⁰⁹.

86. C'est le thème de l'« *imitatio dei* » qui va être repris par les théologiens, pour affirmer la valeur particulière de l'homme dans la création. « L'affirmation que l'homme est fait à l'image de Dieu, qu'il est appelé à se parfaire selon la ressemblance divine est une donnée première pour toute anthropologie chrétienne »¹¹⁰. Il s'agit d'un thème ancien qui subsiste aujourd'hui participant ainsi de cette permanence du fondement théologique, que l'on oppose à la diversité philosophique. Cette corrélation entre l'image de Dieu et la dignité humaine, serait l'œuvre de Clément de Rome qui dans son *Épître aux Corinthiens* aurait posé cette doctrine comme allant de soi¹¹¹, inaugurant ainsi, un rapprochement qui s'enracine à l'époque de la patristique et traverse les âges jusqu'à aujourd'hui. Ainsi Clément de Rome note : « De ses mains sacrées et immaculées, Dieu a façonné l'être excellent et souverain, l'homme comme une empreinte de sa propre image »¹¹². Malgré une éclipse à la Renaissance, où tout un mouvement se constitue pour disjoindre l'image de Dieu de la dignité, le Concile Vatican II rétablit cette conjonction entre l'image de Dieu et la dignité humaine : « C'est en vertu de

¹⁰⁷ J-B. SANO, *La dignité de la personne humaine comme paramètre incontournable pour la mission évangélisatrice de l'Eglise en Afrique*, Rome, Pontificia Universitas Urbaniana, 1997, 366p.

¹⁰⁸ Directorium Catechicum Generale cité par *Catéchisme de l'Eglise catholique*. Poche, 1999. (280).

¹⁰⁹ Genèse 1-27.

¹¹⁰ C-J. PINTO De OLIVEIRA *Ethique chrétienne et dignité de l'homme, op.cit.*, p.5

¹¹¹ *Ibid.*, p.7

¹¹² *Ibid.*

la création même, proclame le Concile-, que toutes choses sont établies dans leur consistance, leur vérité et leur excellence propres, avec leur ordonnance et leurs lois spécifiques »¹¹³.

87. Son excellence, l'homme la doit alors à cette manifestation de l'amour que Dieu lui porte et le siège de cette excellence est pour beaucoup l'âme de laquelle viendra le salut de l'homme. « La vérité de l'homme se trouve dans son rapport intime avec Dieu, avant tout en raison du sceau dont il a marqué sa structure naturelle en le créant. (...) Avant tout, l'homme créé à l'image de Dieu est structurellement mis en relation avec la vérité à travers sa «mens », son esprit, siège particulier de ses facultés d'intelligence et de volonté par laquelle, il y tend sont l'expression élémentaire et universelle de sa dignité »¹¹⁴.

88. Très vite Platon avait fait valoir que ce qu'il y a d'admirable en l'homme c'est son âme, le corps n'étant qu'un tombeau pour cette dernière. Il insiste sur la station debout de l'homme et met en avant le fait que c'est la partie la plus haute, donc la plus proche du ciel qui est en mesure de communiquer et d'atteindre la perfection. Seule l'âme peut prendre part chez Platon au cortège des dieux. L'aquinate insistera ainsi sur cette intelligence qui est reconnue à l'homme et qui seule lui permet d'évoluer vers cette perfection que l'on attend de lui : « cette conformité à Dieu est fondée sur une capacité réelle, à savoir : sur la nature spirituelle, intellectuelle et libre de l'homme »¹¹⁵. C'est donc une manière de s'en remettre à la Raison de l'homme pour parfaire en quelque sorte l'œuvre commencée par le Créateur.

89. La Raison, n'est cependant que seconde, elle suit la Création *ad imagen dei*. Beaucoup d'auteurs se retrouvent alors pour voir dans la liberté et la Raison, les deux composantes de l'homme à l'image de Dieu. Ce sont ces facultés qui vont rendre l'homme capable de perfection, parce que la création de l'homme à l'image de Dieu n'est qu'un commencement. La création de l'homme à l'image de Dieu investit celui-ci d'une mission, l'homme est ainsi appelé à « devenir ce qu'il est », pour paraphraser Pindare. Il y a en effet avec cette création *ad imagen dei* une lourde tâche qui pèse sur les épaules de l'homme, il doit se montrer digne de cet amour et de cette confiance que le créateur a placés en lui. C'est ainsi que l'on admet que la Création *ad imagen dei* n'est pas une fin en soi, c'est un commencement. La notion de commencement doit s'entendre ici véritablement dans son sens religieux, le sens que lui donne notamment le *Petit dictionnaire de théologie catholique*. Le commencement y est alors défini non pas comme : « simplement le premier d'une série d'instant multiples et

¹¹³ *Gaudium et Spes* cité par C-J. PINTO De OLIVEIRA *Ethique chrétienne et dignité de l'homme*, Editions Universitaires de Fribourg, 1992,357p.p.26

¹¹⁴ Discours du Pape Jean Paul II à l'audience générale, le 25 janvier 1984, cité par J-B. SANO, *La dignité de la personne humaine comme paramètre incontournable pour la mission évangélisatrice de l'Eglise en Afrique*, Rome, Pontificia Universitas Urbaniana. 366p.spéc.p.218

¹¹⁵ C-J. PINTO De OLIVEIRA, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme,op.cit.,p.19*

comparables entre eux, » mais comme « l'instauration d'une réalité formant un tout, ce qui rend possible toute l'histoire de cette réalité ». « Avant que le *tout* existe, le commencement détermine son essence et les conditions de réalisations concrètes qu'elle implique. (...) Un tel commencement est ouvert sur une fin et ne devient pleinement lui-même que dans cette fin¹¹⁶. L'homme n'est pas Dieu, il est image, mais il n'est pas Dieu, et cette précision est d'importance. En effet en tant qu'image, il y a ressemblance, mais la ressemblance à ceci de particulier, qu'elle n'est pas *mêmeté*, il y a donc de la place pour une dissemblance même infime, qui fait que le rassemblant n'est jamais totalement le ressemblé. Il y a dans le fait de ressembler, cette idée d'une possible imperfection, que l'homme cherche à réparer, pour s'unir à Dieu. Par conséquent l'homme a à se rapprocher de cette perfection que constitue Dieu. Dieu est donc un idéal. On parle de commencement parce que l'homme est mis en condition de se rapprocher de l'idéal. C'est en ce sens que St. Thomas d'Aquin sacrifiant à la tradition développe sa « doctrine de l'image »¹¹⁷. On retrouve chez lui cette idée d'une imperfection de l'homme, qui n'étant pas « l'image parfaite de Dieu »¹¹⁸, est appelé à se conformer à celui-ci par ces actes et ses activités.

90. Cette recherche par l'homme de la perfection divine, cet idéal de divinisation est un idéal d'élévation, l'homme a à s'élever et à révéler sa sublimité par son union « finale » avec Dieu. Cependant, dans sa quête de divinisation, qui suppose qu'il s'élève, l'homme doit au fur et à mesure de son élévation, se débarrasser de tout ce qui est impur. C'est là le sens de *l'idéal contemplatif* qui accompagne cette création *ad imagen*. Cet idéal de contemplation était déjà présent dans la philosophie grecque des origines. Platon prônait ainsi la nécessité de se libérer des contingences matérielles afin d'atteindre la connaissance suprême. Cependant chez Platon, seule l'âme va pouvoir participer de cette contemplation, va pouvoir s'élever, le corps étant chez Platon distinct¹¹⁹. La contemplation qui est un moyen d'accéder au divin, « de pouvoir rester paisiblement en présence de Dieu »¹²⁰, exige de se débarrasser de toutes les impuretés pour avancer jusqu'à Dieu. « Dans l'état de parfaite union avec Dieu, l'homme se réalise dans sa vérité, pour son bonheur et son ultime sanctification, il s'accomplit dans sa dignité singulière de communier à la gloire de Dieu »¹²¹. C'est là sans doute, le point qui a justifié les plus grandes critiques à l'encontre de la « doctrine de l'image ». Il y a dans

¹¹⁶ K. RAHNER et H. VORGRIMLER, *Petit dictionnaire de théologie catholique*. Editions du Seuil, 1997, 505p.

¹¹⁷ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*. III-I, Q. 93.

¹¹⁸ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*. III-I, Q. 93, a. 1, rép.

¹¹⁹ Voir nos développements, Deuxième partie, Titre second, Chapitre 2, Section 1.

¹²⁰ K. RAHNER, H. VORGRIMLER *Petit dictionnaire de théologie catholique*. Editions du Seuil, 1997, 505p.

¹²¹ C.-J. PINTO De OLIVEIRA, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme, op.cit.*, p.338.

l'invitation à l'idéal contemplatif, un détachement du réel qui a dérangé beaucoup d'auteurs humanistes, qui vont justement développer des doctrines qui prennent le contre-pied de cette doctrine. A cet *homo contemplativus* va être opposé un *homo faber*. Les humanistes de la renaissance, tout en conservant cette idée d'homme comme être à part, tout en soulignant l'excellence de l'homme, vont rendre celui-ci « auteur et acteur » de son excellence.

91. Le thème de l'image est définitivement un thème dynamique, puisqu'il y a cette quête de l'homme pour atteindre Dieu. « La dignité humaine est dynamique ; elle tend à grandir, mais elle peut aussi diminuer et se perdre, puis enfin être récupérée par la pénitence »¹²². Cette dignité est renouvelée par l'incarnation du Christ en homme. Le Verbe s'étant fait chair pour racheter l'homme déchu et pour lui renouveler son amour.

2° L'incarnation rédemptrice du verbe

92. C'est ainsi que Jean Paul II affirme : « le fondement de la dignité humaine, que chaque homme peut saisir en réfléchissant sur sa nature d'être doté de liberté, c'est-à-dire d'intelligence, de volonté et d'énergie affective, trouve dans la Rédemption sa pleine intelligibilité »¹²³.

93. L'homme possède dans sa nature même cette faculté de se déterminer librement, puisque parce que justement il est image de Dieu, il est liberté. « Créature d'un Dieu esprit et libre » il est alors lui-même « esprit et libre »¹²⁴. Cependant cette liberté est toujours subordonnée à la grâce de Dieu¹²⁵. C'est cette liberté qui le rend capable de choisir Dieu comme de ne pas le choisir. On s'interroge alors sur ce qu'il advient de l'homme qui s'est éloigné de la perfection, qui n'accomplit pas les espoirs divins placés en lui. Dans le péché, l'homme s'est préféré lui-même à Dieu, et par la même il a méprisé Dieu. Par la séduction du diable, il a voulu être « comme Dieu », mais « sans Dieu », et avant Dieu, et non pas selon Dieu¹²⁶. C'est la grande question chrétienne de la Chute après le péché. Là où on s'attendrait à voir l'homme perdre sa dignité, il n'en n'est rien. C'est à l'unanimité que la tradition chrétienne reconnaît que le péché, s'il cause bien la chute de l'homme, ne lui fait pas perdre sa dignité. « C'est l'homme

¹²² S. PINCKAERS, La dignité de l'homme selon Saint Thomas d'Aquin. in, *De dignitate hominis*, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA, Université de fribourg, 1987, p.89-106.

¹²³ Discours du Pape Jean Paul II à l'audience générale, le 25 janvier 1984, cité par J-B. SANO, *La dignité de la personne humaine comme paramètre incontournable pour la mission évangélisatrice de l'Eglise*, op.cit., spéc.p.218.

¹²⁴ E. GILSON, *La philosophie au Moyen Âge : des origines patristiques à la fin du XIV^e siècle*, p.56.

¹²⁵ L. SOZZI, *Rome n'est plus Rome: la polémique anti-italienne et autres essais sur la renaissance*. Editions Champion, paris, 2002, p.408.

¹²⁶ *Catéchisme de l'Eglise catholique*. Poche, 1999 (398)

dans la misère qui dans cette misère, demeure un homme, car il *demeure à l'image de Dieu*. Seule la ressemblance est compromise, du moins celle qui dépend de l'action conjointe de la liberté et de la grâce »¹²⁷. Le péché « si grave soit-il, ne détruit donc pas la dignité de l'homme, mais la diminue en bloquant en quelque façon son dynamisme, en l'empêchant de se développer par la vertu dans le sens de la vérité et du bien »¹²⁸.

94. Là encore, Dieu vient au secours de sa Créature, en lui offrant la possibilité de se relever, et pour cela, il lui envoie son propre fils. Le Christ se fait homme pour assurer le salut des hommes. « L'incarnation (...) rétablit la prédestination de l'homme (...) la dissemblance du péché abolie, alors tout est possible »¹²⁹. Au travers de l'Incarnation, on assiste à une hominisation du divin, au christ qui s'abaisse pour faire participer l'homme de la divinité, il se rapproche de lui. On pourrait penser que la dignité a été perdue par le péché et que la « venue du Christ » sur terre permet de donner à l'homme une nouvelle dignité, mais là n'est pas le sens de la rédemption et de l'incarnation. Parce que l'homme est créé à l'image de Dieu et cette ressemblance n'est pas remise en cause, cependant, la ressemblance se fait plus lointaine, certaines différences sont plus marquées et on est plus proche d'une « pâle imitation ». « Comme il fût la cause initiale de sa chute, le libre arbitre de l'homme est l'agent principal de son relèvement. Il est incontestable que l'homme reste un homme libre »¹³⁰. En effet, l'homme n'est pas sauvé par le Christ malgré lui, il est sauvé en tant qu'il est libre et que cette rédemption ne lui est pas imposée, il va coopérer avec le Christ. « L'être humain à travers les vicissitudes de l'existence et de l'histoire garde une dignité permanente en raison de sa nature, créé par Dieu et en vertu du caractère immuable du dessein divin, de son amour qui ne connaît pas de repentir ; mais la condition humaine est susceptible de déchoir dans l'indignité morale, méritant dans son avilissement d'être punie à cause du mauvais usage de la liberté »¹³¹.

95. Le rôle de la liberté est donc essentiel dans la dignité, puisque l'homme est ainsi en condition d'agir convenablement ou non. Mais il ne perd pas pour autant cette liberté qui n'est subordonnée qu'à sa création à l'image de Dieu. Il faut distinguer ce que l'homme est de ce qu'il fait. Il faut distinguer l'homme en tant qu'esprit et liberté de l'usage qu'il fait de cette liberté. « Il y a donc en l'homme, à la source jaillissante de son être, une permanence de

¹²⁷R. JAVELET, La dignité de l'homme dans la pensée du XII^e siècle. in *De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA*, Université de fribourg, 1987, 612p. p.39-87.

¹²⁸S. PINCKAERS, *La dignité de l'homme selon Saint Thomas d'Aquin, op.cit.*, p.89-107.

¹²⁹R. JAVELET, La dignité de l'homme dans la pensée du XII^e siècle, *op.cit.*, p.39-87.

¹³⁰E. GILSON *La philosophie au Moyen Âge : des origines patristiques à la fin du XIV^e siècle, op.cit.*, spéc.p.8

¹³¹C-J. PINTO De OLIVEIRA, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme, op. cit.* spéc. p.11

l'action divine qui lui garde sa valeur d'homme »¹³². On retrouve d'ores et déjà une des caractéristiques de la dignité qui va se retrouver lors qu'elle sera « saisie par le droit ». Il y a une dignité permanente et une dignité qui se développe. La dignité n'est pas une fin, elle est un commencement. C'est ainsi que se trouve posé le caractère inamissible de la dignité en même temps que son caractère dual. Il y a alors deux dignités, une qui nous est reconnue *ad vitam aeternam*, qui nous est définitivement acquise, et une autre qui dépend de nous, de notre agir. Ainsi se trouve annoncée, cette distinction établie entre une dignité définitive et une dignité évolutive.

B) LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES

96. L'approche philosophique diverge de l'approche théologique, en ce que la philosophie partant du principe d'une différence spécifique de l'homme par rapport aux autres êtres vivants et plus particulièrement, par rapport aux animaux, va rechercher en observant l'homme lui-même, ce qui chez lui peut expliquer cette spécificité. Que cette spécificité soit une excellence comme sous l'impulsion de la renaissance humaniste ou simplement une spécificité humaine, les philosophes vont s'atteler pendant longtemps non pas finalement tant à convaincre de cette spécificité qu'à la fonder rationnellement. L'humanisme fournit le cadre privilégié du développement de ces théories (1°). On peut distinguer deux types de théories, les théories ontologiques de la dignité (2°) auxquelles s'opposent directement les théories qui voient la dignité comme une conquête de l'homme (3°).

1° Le contexte particulier de l'humanisme

97. La dignité en tant que concept philosophique « débarrassé » de tout présupposé religieux, prend forme dans le contexte particulier de la Renaissance humaniste. L'humanisme et plus particulièrement l'humanisme de la Renaissance, correspondent à une période de l'histoire qui place l'homme au centre de tout, qui va faire de l'homme l'alpha et l'oméga de sa propre excellence. Prenant naissance dans le contexte particulier de la « crise de l'Eglise », dont les prémisses se font sentir dès la fin du quatorzième siècle, ce mouvement intellectuel va célébrer l'homme comme jamais. L'Eglise est en effet en crise, elle qui avec l'empire va jusqu'à la fin du Moyen âge être considéré comme destinée à durer autant que dure l'humanité elle-même. Secouée par des querelles intestines, qui conduisent à un schisme, elle

¹³² R. JAVELET *La dignité de l'homme dans la pensée du XII^e siècle*, op.cit., p.39-87.

devra se renouveler pour survivre à la crise. Elle devra refonder ses institutions et lutter contre les tendances centrifuges des Eglises nationales. Profitant également d'un vacillement de l'autorité que représente l'Empire en ce début de XV^{ème} siècle, confronté à des révoltes paysannes et communales, l'humanisme en tant que puissance culturelle va très vite s'imposer comme la troisième force à côté de l'autorité spirituelle et l'autorité temporelle.

98. Le vocable « humanisme » n'apparaît que très tardivement par rapport au mouvement qu'il sert à désigner, puisqu'il ne sera formulé qu'en 1765 pour désigner à l'origine « l'amour de l'humanité »¹³³. Dans un premier temps, l'humanisme désigne ce mouvement qui en s'inspirant très largement des auteurs anciens, païens ou chrétiens, va proposer une alternative à la rigueur scolastique, alternative fondée sur une vision humanisante de la rhétorique, d'acquisition de la culture « l'humaniste est alors celui qui accède à une culture supérieure, celui qui s'humanise en étudiant l'homme à travers les textes des anciens modèles d'humanité »¹³⁴. Ce n'est que progressivement que la notion va venir désigner ce mouvement philosophique qui exalte la nature humaine. Il s'agit donc d'une différence entre la nature et la culture, entre l'inné et l'acquis. Il est donc possible de distinguer entre les auteurs, selon que ceux-ci postulent la dignité comme innée, ou alors comme acquise, de l'ordre de la culture.

99. Aucune typologie n'est exempte de critique. Cependant, l'opposition entre nature et culture constitue une opposition classique en philosophie, il n'est donc pas audacieux, de prétendre reprendre cette distinction pour rendre compte du contexte dans lequel la notion de dignité est formulée au cours de la renaissance humaniste. Il y a bien cette différence entre une conception que l'on qualifiera d'ontologique, en ce qu'elle situe le fondement de la dignité dans ce que l'homme est, et une conception plus culturelle, matérialiste, un humanisme « culturel »¹³⁵. Cette distinction qui est vraie pour la période à laquelle nous nous intéressons, l'humanisme, ne l'est plus de nos jours, où c'est la vision ontologique qui domine les débats sur la dignité.

2° Les justifications ontologiques

100. Il s'agit essentiellement des philosophies qui postulent la dignité comme trouvant son siège dans l'être de l'homme, qu'il s'agisse de mettre en avant une faculté en l'homme, telle

¹³³ H. de LUBAC, *Pic de la Mirandole*. Aubier Montaigne, Paris, 1974, p. 150

¹³⁴ H. de LUBAC, *Pic de la Mirandole, op.cit.*, p. 150

¹³⁵ O. BOULNOIS, La dignité de l'image ou l'humanisme est-il métaphysique ? in, P. MAGNARD (éd). *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.103-123.

que la raison, la pensée, ou avec Pic de la Mirandole, la liberté C'est surtout à ce dernier dont la pensée est encore reprise au nombre des fondements philosophiques de la notion de dignité que nous nous intéresserons.

101. Que l'on expose la pensée de Pic de la Mirandole dans une partie destinée à rendre compte du fait que la philosophie à l'inverse, de la théologie, ne parvient pas à une unité des doctrines autour du fondement de la dignité, peut avoir de quoi surprendre *à priori*. En effet, on s'attendrait plus facilement à une étude de Pic de la Mirandole dans la partie consacrée à la dignité *ad imagen dei*, étant donné que la pensée de l'humaniste italien affiche son attachement à la tradition chrétienne et partant à l'idée de la dignité comme la résultante de la création de l'homme par Dieu. C'est ainsi que l'on a pu considérer à raison Pic de la Mirandole comme « la plus pure figure de l'humanisme chrétien »¹³⁶. Il est indéniable que la pensée de Pic de la Mirandole s'inscrit dans la plus pure tradition chrétienne qui voit dans Dieu la cause intelligible de toute chose, le Principe de la Création¹³⁷. Cependant, réduire cette pensée à une retranscription fidèle de la doctrine des pères de l'église, c'est minimiser la contribution de l'auteur à la compréhension de la notion de liberté comme fondement de la dignité humaine¹³⁸.

102. L'œuvre majeure de l'humaniste de la Renaissance s'agissant de la notion de dignité est l'*Oratio de hominis dignitate*¹³⁹. L'auteur y développe l'idée d'une dignité reposant sur la liberté de l'homme. « La dignité de l'homme réside dans sa liberté : elle est le privilège

¹³⁶ L'expression est de P-M. CORDIER, *Jean Pic de la Mirandole ou « la plus pure figure de l'humanisme chrétien »*. Nouvelles éditions Debresse, Paris, 1957, 191p. Certains révéleront la contradiction des termes, il s'agit surtout pour ceux pour lesquels l'humanisme est avant tout sinon une négation au moins une limitation extrême de l'influence de Dieu dans l'existence de l'homme. En effet, cet humanisme laïc met en avant le fait que l'on ne peut à la fois exalter l'homme et encenser Dieu, la grandeur de l'homme et la grandeur de Dieu s'oppose. Si on pose que Dieu est le « sceau et la garantie de la grandeur humaine », on ne peut pas e même temps avoir une vision de l'homme comme autonomie, comme être se posant là, se dépassant, se réalisant, s'accomplissant par lui-même. Cf. H. de LUBAC *Pic de la Mirandole, op.cit.*, p.152-153.

¹³⁷ Pour une analyse détaillée, voir notamment H. de LUBAC, *Pic de la Mirandole, op.cit.*, L'auteur s'attache à montrer l'influence de la religion dans la pensée de l'humaniste italien. Il s'attache à montrer que l'humanisme n'est pas incompatible avec le christianisme et que la grandeur de l'homme ne trouve pas une limitation, un frein dans l'affirmation de celle de son Créateur. On peut à la fois exalter l'homme et rendre hommage à Dieu pour avoir créé l'homme.

¹³⁸ Parmi les auteurs de la renaissance humaniste, seule la conception de Pic de la Mirandole a traversé les âges et surtout semble avoir marqué les juristes, puisque ceux-ci lorsqu'ils s'intéressent à la notion de dignité, n'hésitent pas à faire référence à côté de Kant, Lévinas, à Pic de la Mirandole, surtout à cause de sa conception de la liberté au fondement de la dignité.

¹³⁹J. PIC De La MIRANDOLE, *De la dignité de l'homme*. Traduction de Y. HERSANT, Editions du Seuil, 1993, 101p. Cette œuvre est d'ailleurs présentée comme la pièce maîtresse de la pensée de Pic et constitue le document le plus typique et le plus élevé de la pensée humaniste du XVème siècle. Cf. P-M. CORDIER, *Jean Pic de la Mirandole ou « la plus pure figure de l'humanisme chrétien »*, *op.cit.*

unique qui fonde et justifie le sentiment d'admiration pour l'être humain »¹⁴⁰. On peut définir la conception de Pic de la Mirandole comme une ontologie, parce que l'homme est présenté comme une liberté pure. Il très marqué et inspiré par l'œuvre de Platon, à ce titre il prend comme point de départ pour sa démonstration le mythe platonicien développé dans *Protagoras*. Ainsi Pic de la Mirandole montre comment l'homme à l'origine est créé dans la nudité la plus pure, Dieu l'a créé mais ne lui a rien donné en propre. La liberté chez Pic prend donc une connotation négative à l'origine, elle réside dans le fait que l'homme n'ait rien, n'ait « pas d'essence préétablie »¹⁴¹ Mais c'est bien là toute la différence entre l'homme et les autres créatures, il a pour lui de n'être rien de figé et par conséquent de pouvoir devenir ce qu'il veut, alors que les autres êtres sont enfermés dans une essence voulue et déterminée par le créateur. : « *Si nous ne t'avons donné, Adam, ni une place déterminée, ni un aspect qui te soit propre, ni aucun don particulier, c'est afin que la place, l'aspect, les dons que toi-même aurais souhaités, tu les aies et les possèdes selon ton voue, à ton idée. Pour les autres, leur nature défini est tenue en bride par des lois que nous avons prescrites : toi, aucune restriction ne te bride, c'est ton propre jugement auquel je t'ai confié, qui te permettra de définir ta nature. Si je t'ai mis dans le monde en position intermédiaire, c'est pour que de là tu examines plus à ton aise tout ce qui se trouve dans le monde alentour. Si nous ne t'avons fait ni céleste, ni terrestre, ni mortel ni immortel, c'est afin que, doté pour ainsi dire du pouvoir arbitral et honorifique de te modeler et de te façonner toi-même, tu te donnes la forme qui aurait eu ta préférence. Tu pourras dégénérer en formes inférieures qui sont bestiales : tu pourras, par décision de ton esprit, te régénérer en formes supérieures qui sont divines* »¹⁴².

103. Au lieu de voir dans l'homme ainsi dépeint, un être dénué de l'essentiel, un être fragile, Pic de la Mirandole va voir dans ce dénuement, l'origine, la source de l'excellence de l'homme. Ainsi dépourvu, l'homme peut « devenir » toutes les natures. Il s'est vu non pas dépossédé, mais bien au contraire. Dieu a posé en lui les « semences de toutes sortes et les germes de toute espèce de vie »¹⁴³. Il appartient alors à l'homme d'user de ce pouvoir créatif comme il l'entend.

104. On serait alors tenté de se demander si contrairement à ce qui est affirmé, on ne risque pas de déplacer la dignité de ce « dénuement dans lequel on trouve l'homme à l'origine », à ce que « l'homme réalise par l'exercice de son libre arbitre ». Pic de la Mirandole insiste bien sur la nécessité que ce qui en l'homme est admirable, c'est cette « nature indéterminée ». La liberté n'est pas une acquisition ou une conquête de l'homme, l'homme *est* liberté. C'est en

¹⁴⁰ D. PASTINE, Pic de la Mirandole, La liberté : absence de conditions ou « ratio » pédagogique. In, P. MAGNARD (éd). *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.87-101.

¹⁴¹ L. SOZZI *Rome n'est plus Rome: la polémique anti-italienne et autres essais sur la Renaissance*, p. 507.

¹⁴² J. PIC De La MIRANDOLE, *De la dignité de l'homme*, op.cit.p.8-9.

¹⁴³ *Ibid.*, p.9.

cela que Pic de la Mirandole s'oppose aux philosophes partisans d'une approche « culturelle » de la dignité. Mais il se distingue aussi des philosophes qui, tout en développant comme lui une approche ontologique de la dignité fondent celle-ci sur une sur une *faculté* que l'on retrouve chez l'homme. En effet, il critique le fait de faire dépendre la dignité d'une faculté que l'homme aurait en propre, il prend l'exemple de l'intellect. Certains auteurs fondent en effet la dignité de l'homme sur une faculté que l'homme posséderait en propre, qu'il s'agisse de la raison, de la pensée. Pic de la Mirandole met en avant le fait qu'en procédant ainsi, on isole en l'homme une partie qui est admirable, l'homme n'est de ce fait plus admirable dans son entier. C'est ce que M. Boulnois souligne : « l'homme n'aura de dignité que dans la mesure où il *participera* de la pensée, où il recevra un influx de formes venues d'un intellect en acte, c'est-à-dire dans la mesure où *quelque chose* pensera en lui qui n'est pas lui. L'homme ne se définira plus comme un moi, mais comme un lieu ou *l'intellect pense* »¹⁴⁴. Pic de la Mirandole prône la nécessité d'une dignité qui se fonde sur tout l'homme, parce qu'en isolant ainsi une partie en l'homme qui seule sera digne d'admiration, on court le risque de reconnaître qu'il y aurait des êtres plus admirables que l'homme : « réfléchissant au bien-fondé de ces assertions, je n'ai pas trouvé suffisante la foule de raison qu'avancent, en faveur d'une supériorité de la nature humaine, une foule de penseurs : l'homme, disent-ils est un intermédiaire entre les créatures, familier des êtres supérieurs, souverain des inférieurs, interprète de la nature- grâce à l'acuité de ses sens, à la perspicacité de sa raison, à la lumière de son intelligence- (...) Pourquoi ne pas admirer davantage les anges eux-mêmes et les bienheureux chœurs du ciel¹⁴⁵ ?

3° La dignité comme conquête

105. « L'humanité de l'homme lui vient de sa culture, de son art, de son habileté ; elle le met alors à l'autre extrême, bien plus haut que les autres animaux. Devenir un homme est un art. (...) L'homme dans son essence ne serait rien sans l'art par lequel il se constitue. Sans ses œuvres, il n'y aurait pas de nature humaine »¹⁴⁶. Avant de revêtir le sens qu'on lui connaît aujourd'hui, l'humanisme désigne à l'origine un mouvement culturel, il s'agit « d'éduquer » l'homme afin de marquer sa différence par rapport aux animaux. En effet, le terme *humanitas*

¹⁴⁴O. BOULNOIS, La dignité de l'image ou l'humanisme est-il métaphysique ? in, P. MAGNARD (éd). *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.103-123

¹⁴⁵J. PIC De La MIRANDOLE, *op.cit.*, p.9

¹⁴⁶O. BOULNOIS, La dignité de l'image ou l'humanisme est-il métaphysique ?, *op.cit.*

dans son acception première renvoie à l'ensemble des qualités qui font l'homme supérieur à la bête¹⁴⁷. Il s'agit d'une éducation caractérisée par l'apprentissage des « belles lettres », et des arts, et marquée par le culte de l'antiquité grecque et romaine. Il y a en filigrane l'idée selon laquelle un homme n'advient humain que par cet apprentissage, par cette éducation, par cette culture. Loin de l'idée d'une valeur ontologique, les tenants de cet « humanisme culturel », mettent l'accent sur l'humanisation par la culture. L'obsession est de sortir l'homme de l'animalité dans laquelle il se trouve par sa naissance, ceci ne sera possible que s'il cultive les « *humaniores litterae* ». On parle ainsi diversement des « *humaniores disciplinae* », « *studia humaniora* », « *humana studia* », ou encore de « *studia humanitatis* »¹⁴⁸.

106. C'est Cicéron qui le premier établit un lien de cause à effet entre la culture et la valeur de l'homme. Pour Cicéron, l'homme se distingue essentiellement de l'animal par la parole et l'usage qu'il en fait. L'*humanitas* est alors avec lui l'éducation littéraire, la formation du langage et la qualité humaine qui en résulte¹⁴⁹. L'auteur développera cette idée notamment dans le *De Oratore*¹⁵⁰. Pour Cicéron ainsi, l'homme se distingue des animaux par le langage, cette idée est le fil conducteur du *De Oratore* : « Notre plus grande supériorité sur les animaux, c'est de pouvoir converser avec nos semblables et traduire par la parole nos pensées. Qui donc n'admirerait à bon droit ce privilège ? (...) Quelle autre force a pu réunir en un même lieu les hommes dispersés, les tirer de leur vie grossière et sauvage, pour les amener à notre degré actuel de civilisation, fonder les sociétés, y faire régner les lois, les tribunaux, le droit ? »¹⁵¹ L'éloquence est donc au centre de la pensée de Cicéron : « parce qu'elle est la science de bien dire, se trouve être une vertu ; or qui possède une vertu les possède toutes »¹⁵². L'éloquence cependant n'est pas un donné, elle s'acquiert par l'apprentissage, par conséquent : « personne ne saurait arriver à la véritable éloquence, s'il n'a commencé à s'instruire à l'école des philosophes »¹⁵³.

107. La doctrine de Cicéron en fait l'un des premiers humanistes, et ces idées se trouvent revigorées, par certains auteurs de la renaissance humaniste lorsque ceux-ci mettent en avant cette dignité de l'homme instituée par la culture. On pense notamment à Erasme, qui va à sa

¹⁴⁷ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin/ Français*.

¹⁴⁸ H. de LUBAC *Pic de la Mirandole*. Aubier Montaigne, Paris, 1974

¹⁴⁹ A. MICHEL La dignité humaine chez Cicéron, in P. MAGNARD (éd). *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.17-24.

¹⁵⁰ CICERON, *De l'orateur*. Livre 1^{er}. Traduction d'E. COURBAUD. Edition Les belles lettres., Paris, 1922, 96p.

¹⁵¹ CICERON, *De l'orateur*. Livre 1^{er}. *op.cit.*, p.18.

¹⁵² *Ibid.*.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 33.

manière tenter de démontrer l'importance du langage dans la valeur de l'homme. Erasme comme Platon avant lui pose la distinction de l'âme et du corps. Mais chez Erasme, il s'agit d'un accident, le corps et l'âme étaient liés originellement, ils ont été séparés par le serpent et seront réunis par la Dignité. Avec l'âme, l'homme est capable de divinité, mais il est tiré vers le bas par son corps. Par le corps « l'homme est semblable à une bête muette »¹⁵⁴. Le langage revêt une importance capitale chez Erasme. C'est par l'apprentissage du langage que l'homme va pouvoir s'élever au-dessus de l'animal. Il faut distinguer l'aptitude au langage de l'exercice du langage, en effet à sa naissance, l'*infans* est naturellement disposé au langage, mais ce n'est pas cette aptitude qui le rend meilleur que l'animal, ce n'est que lorsqu'il aura exercé cette aptitude qu'il pourra revendiquer cette supériorité. « La nature prévoyante implante d'abord en chaque être l'aptitude à apprendre ce qui lui est propre, ce qui est nécessaire à sa conservation. Tant que l'enfant se traîne, tant qu'il ne profère aucun son humain, il apparaît semblable à un quadrupède et nous ne le reconnaissons pas pour un être humain. Mais dès qu'il commence à s'exercer avec nos mots, alors nous le chérissons comme un être né de nous »¹⁵⁵.

108. Il ne faut pas simplement se borner à « parler », mais il est essentiel de « parler bien » car d'une « bonne éducation de la langue dépendent la dignité et la félicité de l'être humain »¹⁵⁶. L'*homo* simplement *loquens* ne peut donc pas prétendre à la dignité seul l'*homo eloquens* peut s'enorgueillir¹⁵⁷. Le « parler humain » est donc tout un art, il s'agit d'un véritable projet éducatif, de véritables méthodes d'apprentissage, une véritable éducation au langage, au langage humain. La dignité de l'homme est à ce prix chez Erasme. Il faut donc la conquérir, il faut s'en donner les moyens, car rien n'est acquis et la naissance « en tant qu'homme » n'est qu'un prélude, elle n'institue pas l'homme en humain, seul l'éducation au langage y parvient. A partir de cet *homo eloquens* se développe une vision de l'homme et de sa dignité fondée sur

¹⁵⁴ J. CHOMARAT La dignité de l'homme selon Erasme, in, P. MAGNARD (éd). *La dignité de l'homme*, p.63-71.

¹⁵⁵ Erasme, *Œuvres Choisies* présentation, traductions et annotations de J. CHOMARAT cité par P. JACOPIN, J. LAGREE *Erasme Humanisme et langage*. PUF, 1996, p.26.

¹⁵⁶P. JACOPIN, J. LAGREE, *Erasme Humanisme et langage*. PUF, 1996, p.27.

¹⁵⁷Cette distinction est établie par Erasme pour qui il faut éduquer la parole, toute parole n'humanise pas l'homme. Ce célèbre passage de son *Dialogue sur la prononciation correcte du latin* illustre bien sa pensée et ce qu'il entend par un langage humanisant: « je vois bien des parler avec une voix qui n'est pas humaine : ils aboient comme le chien, hennissent comme le cheval, grognent comme le porc, beuglent comme le bouf, glapissent comme le renard, strident comme la cigale, blatèrent comme le chameau, barrissent comme l'éléphant, grommellent comme le sanglier, feulent comme le léopard, grognent comme l'ours, braient comme l'âne, bêlent comme le mouton, jabotent comme l'oie, jacassent comme la pie, croassent comme la corneille et le corbeau, craquètent comme la cigogne, sifflent comme l'oie, bref, copient n'importe quel animal plutôt que de parler à la manière humaine », cité par J. CHOMARAT, La Dignité de l'homme selon Erasme, in P. MAGNARD (éd.) *La dignité de l'homme, op.cit., p.p.63-71.*

les réalisations de l'homme. L'homme devra sa dignité à ce qu'il fait, et non pas seulement à ce qu'il est, comme chez les tenants d'une ontologie de la dignité. L'*homo eloquens* devient dans une perspective plus large, l'*homo faber*¹⁵⁸. Partant de cette idée que la valeur de l'homme se trouve dans ce qu'il accomplit, certains auteurs mettent en avant non pas l'éducation, mais les réalisations de l'homme sur le plan technique. Cet *homo faber* est la réponse des humanistes français, à l'*homo contemplativus* plébiscité par la tradition florentine. Il s'agit pour les auteurs de s'élever contre ce qu'ils considèrent comme une vision passive de l'homme, et surtout, une vision idéalisée et idéelle de l'homme qui n'est pas conforme à ce que l'homme est au quotidien, dans la réalité de sa vie terrestre. L'idéal contemplatif inauguré par Platon et repris unanimement par les Pères de l'Eglise et les partisans de la dignité humaine comme don du Créateur, est vivement critiqué par les partisans d'une conception prétendue plus « séculière » de la dignité. C'est surtout le mépris des choses terrestres, suscité par la contemplation, qui est dénoncé ainsi que cette dépendance de l'homme à l'égard du divin, qui se traduit par une obsession de la divinisation et qui éloigne l'homme de sa réalité d'être terrestre. Au XVI^{ème} siècle, cette critique de l'idéal contemplatif qui est surtout une critique d'une conception transcendante de la dignité, débouche sur la conception de la dignité comme conquête de l'homme, comme résidant dans son agir. C'est alors un idéal plus concret et pragmatique qui est défendu, le but est de « rendre l'homme à lui-même »¹⁵⁹ Pour cela on va accorder de la valeur et de l'importance aux réalisations, aux œuvres de ce dernier, c'est par ces œuvres qu'il acquiert son éminence et qu'il assoit sa supériorité par rapport aux animaux et sa domination sur le monde. « La dignité de l'homme est celle de son œuvre, de son travail et de son génie créateur »¹⁶⁰.

109. Pierre Boaitseau entreprend de dresser une véritable liste des entreprises et réalisations de l'homme desquelles, il fait apparaître ce que c'est que la « dignité et la subtilité de l'homme »¹⁶¹. Dans cette liste, on trouve notamment l'éloge des batailles menées et remportées par Alexandre le grand, mais aussi, les arts, tels que la peinture, l'architecture. L'auteur s'extasiera notamment sur l'invention de l'artillerie, de la navigation et surtout de

¹⁵⁸ Selon le dictionnaire Gaffiot, le terme *faber* en tant qu'adjectif renvoie à ce qui est fait avec art, ce qui est ingénieux, et en tant que substantif désigne, l'ouvrier, l'artisan.

¹⁵⁹ P. BARRIERE, *La vie intellectuelle en France du XVI^{ème} siècle à l'époque contemporaine*, cité par H. de LUBAC *Pic de la Mirandole*. Aubier Montaigne, Paris, 1974, 430p.p.153.

¹⁶⁰ P. RANSON Humanisme ou théandrisme, in P. MAGNARD (éd). *La dignité de l'homme*, Honoré Champion, Paris, 1995, p.25-40

¹⁶¹ P. BOAISTUAU, *Bref discours de l'excellence et dignité de l'homme*. Edition critique par M. SIMONIN Librairie Droz S.A. Genève, 1982, 160p.

l'imprimerie, qui, selon lui, « surmonte tout ce que l'antiquité a pu concevoir et imaginer d'excellent attendu qu'elle conserve et garde toutes les conceptions de nos âmes »¹⁶².

110. La célébration de l'*homo faber* permet alors la consécration d'une dignité que l'homme doit à son labeur, à lui-même avant tout. « Ce pouvoir de l'homme apparaît donc comme un développement des potentialités de sa nature, une sorte de divinisation, mais sans la grâce. La dignité de l'homme est celle de son œuvre, de son travail, de son génie créateur »¹⁶³. Une telle conception de la dignité peut faire craindre une distinction opérée entre les hommes eux-mêmes, entre ceux qui créent véritablement, qui actualisent leurs potentialités, et ceux qui ne réalisent rien. Mais, derrière ces réalisations, ce sont aussi les possibilités, les potentialités de tout homme qui sont célébrées et non les réalisations de tel homme en particulier. Et c'est seulement dans ce sens que l'on peut poser la dignité comme universelle.

¹⁶²P. BOAISTUAU. *Bref discours de l'excellence et dignité de l'homme*. Edition critique par M. SIMONIN
Librairie Droz S.A. Genève, 1982, 160p.

¹⁶³ P. RANSON Humanisme ou théandrisme. , in P. MAGNARD (éd). *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.25-40

SECTION 2

L’AFFIRMATION DE LA DIGNITE DANS LES RAPPORTS DES HOMMES ENTRE EUX

111. A l’origine, le souci premier est de justifier l’excellence de l’homme en marquant sa différence par rapport aux autres êtres vivants. La dignité constitue alors la marque de cette excellence. La vulnérabilité de l’homme révélée par certains épisodes tragiques de son histoire, rend nécessaire de repenser la dignité dans un sens plus modeste et surtout plus réaliste, qui prenne en compte cette fragilité. La rupture vient de l’apparition d’un nouveau cadre pour la dignité (§1), mais aussi et surtout de l’apparition d’un nouveau sujet pour la dignité (§2).

§ 1 : UN NOUVEAU CADRE POUR LA DIGNITE : LA COMMUNAUTE HUMAINE

112. L’idée d’une dignité réservée spécifiquement à l’homme est vivement contestée. Bien que cette contestation soit elle-même contestable, elle contribue à cette volonté de poser la dignité non plus comme une marque de la supériorité humaine, mais comme une marque de la spécificité humaine (A). La dignité est affirmée de manière horizontale, il s’agit de convaincre tous les hommes de cette valeur qu’ils ont en partage. (B)

A) LA CONTESTATION DE LA DIGNITE COMME MARQUE DE LA SUPERIORITE HUMAINE

113. Le point de départ est ici le fait que pour certains, la dignité est une valeur et rien ne permet à l’origine d’affirmer qu’elle soit spécifique à l’homme. Bien au contraire, cette valeur peut être reconnue à tous les êtres vivants, certains ayant cependant plus de dignité que d’autres. C’est la logique même d’une dignité qui s’envisage dans une perspective hiérarchique de la nature. Ainsi, tous les êtres vivants ont une valeur, une *dignitas*. La *dignitas*

est alors la valeur ontologique¹⁶⁴ d'un être et chaque être naturel a une valeur et c'est cette valeur qui va déterminer la place de l'être concerné sur l'échelle des êtres.

114. C'est la thèse défendue notamment par M. Baertschi La notion de dignité se retrouve alors quelque peu dépassée pour continuer à spécifier cette excellence humaine, puisque finalement la notion de dignité est revendiquée notamment pour l'animal, mais aussi pour les végétaux, pour les insectes, de manière large pour tous les êtres naturels. Il s'agit d'affirmer que la dignité doit être reconnue à tout être naturel qui est quelque chose par lui-même. « La dignité d'un être est fonction de ce qu'il est en lui-même, c'est-à-dire de ses propriétés intrinsèques et essentielles : si deux êtres ont une même essence, ils ont une même dignité ; si leur essence est autre, ils n'ont pas même dignité»¹⁶⁵. La dignité n'est donc pas l'apanage de la seule humanité, cependant, il y a toujours, l'idée d'une hiérarchie et l'homme ayant une valeur intrinsèque supérieure aux autres êtres naturels, se retrouve au sommet de la hiérarchie¹⁶⁶ M. Baertschi reprend la notion de hiérarchie des êtres, il part du principe selon lequel il est normal de rechercher le statut ontologique de chaque être, par conséquent sa dignité pour expliquer pourquoi l'homme a une place éminente. Cependant, reconnaître à l'homme une place privilégiée n'est pas exclusif de la reconnaissance aux autres êtres de la hiérarchie d'une dignité. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette logique, puisque comment imaginer une hiérarchie, visant à instituer une place à chaque être sur l'échelle, sans retenir un critère de comparaison ? Le critère de comparaison retenu par M. Baertschi est la dignité de chaque être. Selon lui l'idée même d'une hiérarchie des êtres n'est crédible que si on recherche la valeur ontologique de chaque être. : « Ce qui va nous préoccuper au premier chef, c'est ce qui dans la nature humaine, nous permet de mettre l'homme à sa place ; mais comme on ne peut l'y mettre, tout seul, nous devons nous préoccuper d'êtres avec lesquels d'ailleurs on le compare souvent, les animaux »¹⁶⁷. C'est alors l'idée même de la hiérarchie entre les hommes et les autres êtres qui justifie la possibilité de présumer une dignité pour ces autres êtres et pas seulement pour l'homme. On ne peut comparer que ce qui est comparable, étant donné que c'est la valeur ontologique de l'être qui détermine son statut ontologique, le critère de comparaison est donc la valeur ontologique de chacun, sa dignité. Il faut alors pour

¹⁶⁴ La valeur ontologique des êtres dépend de leurs propriétés intrinsèques essentielles ou spécifiques, c'est-à-dire de leur nature, ce qui détermine leur place sur l'échelle des êtres. B. BAERTSCHI, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*. Labor et fides 2005, p.143.

¹⁶⁵ B. BAERTSCHI, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies, op.cit.*, p.,172.

¹⁶⁶ Cette conception de la dignité s'oppose à la conception, kantienne, qui pose également la dignité comme valeur intrinsèque, mais qui ne reconnaît une telle valeur qu'à l'homme.

¹⁶⁷ B. BAERTSCHI, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies, op.cit.*, p.,144.

déterminer le statut ontologique de chaque être : « mettre en évidence une propriété intrinsèque essentielle qui le caractérise »¹⁶⁸.

115. M. Baertschi se place d'emblée dans une perspective morale, il ne s'agit pas de déterminer un statut ontologique « pour le plaisir », mais il y a derrière cette reconnaissance, une place sur l'échelle des êtres, mais surtout, à cette place correspondent un certain nombre de prérogatives, au rang desquels, un certain respect dévolu à l'être naturel. L'enjeu d'une telle détermination métaphysique est alors éthique : « Avoir un statut moral, c'est être moralement considérable, ou avoir un rang moral. C'est être une entité envers laquelle les agents moraux ont, ou peuvent avoir, des obligations morales »¹⁶⁹.

116. Cette idée d'une dignité qui serait reconnue à tout être naturel est également défendue par les théoriciens des droits des animaux. Ceux-ci se placent d'emblée dans une logique éthique et juridique, il s'agit de protéger l'animal, de prescrire le respect à son égard, et seule la dignité semble à même d'inspirer ce respect. En effet, ce qui est en jeu, c'est la manière de se comporter à l'égard de chacun des êtres. Et ce comportement va être déterminé par le poids moral de l'être concerné. Pour voir naître des obligations morales à l'endroit de l'animal, il va alors falloir faire ressortir cette propriété qui chez l'animal va justifier une valeur intrinsèque, un statut ontologique. C'est ce que vont s'efforcer de faire les défenseurs de la cause animale. Ceci s'explique parce que cette obsession de la hiérarchie et de la comparaison entre l'homme et les autres êtres vivants (et dont l'homme triomphe toujours), se fait surtout au détriment de l'animal. En effet, tout l'intérêt de poser l'excellence de l'homme, revient de cette différenciation indispensable avec l'animal. Tant et si bien que l'on peut affirmer à l'origine que la différence même infime avec l'animal est déjà une marque de la supériorité de l'homme. Parce que l'homme partage à l'origine avec l'animal un nombre de caractères non négligeables, il est donc indispensable de rechercher ce que l'homme aurait que l'animal n'aurait pas. Cependant, à un moment où cette affirmation d'une supériorité de l'homme sur l'animal, supériorité conférant à l'homme une dignité que l'animal, est contestée, notamment comme fondée sur des critères contestables et contestés, il est important de maintenir cette idée que l'homme porte en lui-même une excellence que rien ne peut remettre en cause. C'est cette obsession de l'affirmation d'une supériorité de l'homme sur l'animal qui a conduit de nombreuses voix à s'élever pour tenter justement de décrédibiliser l'idée d'une quelconque

¹⁶⁸B. BAERTSCHI, *op.cit.*, p.181.

¹⁶⁹ M. A. WARREN *Moral status*, cité par B. BAERTSCHI, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, *op.cit.* p.144.

supériorité de l'homme sur l'animal, surtout l'idée d'une dignité dévolue à l'homme exclusivement.

117. Un courant philosophique et biologique tente de combattre cette idée de la supériorité de l'homme sur l'animal en se fondant essentiellement sur la biologie. Insistant sur les similitudes génétiques entre les hommes et certains animaux notamment les grands singes, ce courant réfute alors une quelconque dignité humaine qui reposerait sur une différence ontologique entre les hommes et les animaux. Il n'y aurait entre les deux espèces que des différences « plus quantitatives que qualitatives »¹⁷⁰. Ces critiques d'une dignité exclusivement reconnue à l'homme prennent appui sur les similitudes génétiques entre les hommes et les animaux, sur le fait en général de la proximité des propriétés relevées pour déterminer la dignité de l'homme. Ces critiques sont essentiellement dirigées contre le personnalisme qui depuis Kant a réussi à faire de la dignité une qualité exclusivement humaine. Plusieurs mouvements s'élèvent pour dénoncer ce qu'ils qualifient, d' « espécisme » « d'anthropocentrisme ». Ce qui est dénoncé « c'est l'incapacité ou le refus de reconnaître que les caractéristiques que l'on trouve les plus importantes ou les plus admirables en soi-même, ou dans les membres de son groupe, sont aussi possédées par des individus autres que soi-même ou autres que les membres de son groupe »¹⁷¹. Ainsi, les utilitaristes opposent au rationalisme, une morale empirique articulée autour du principe de l'utilité. Cette morale vise à établir que le bonheur de la communauté est le critère ultime en matière de morale. Pour atteindre ce bonheur, il faut établir une moyenne entre les peines et les plaisirs que vont retirer les individus, d'une loi, d'une décision. Il s'agit de se déterminer en fonction de l'intérêt des individus. Cette morale fait la part belle à la sensibilité¹⁷², qui constitue « le critère de démarcation qui fait d'un être un sujet moral »¹⁷³. Ce qui compte alors ce n'est plus « être une personne », mais « posséder la sensibilité ». Tous les êtres sensibles seront alors réputés avoir la même valeur. La conséquence est la reconnaissance des mêmes droits aux hommes et aux animaux. La dignité en tant qu'elle est envisagée dans une perspective éthique, à savoir

¹⁷⁰ A. KAHN *Raisonné et humain*. Nil éditions, 2004, 371p. spéc. p. 67

¹⁷¹¹⁷¹ L'auteur parle pour qualifier cette attitude de « chauvinisme humain », T. REGAN, *The Case for Animal Rights*, cité par B. BAERTSCHI, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, op.cit., p.190.

¹⁷² Il s'agit de la sensibilité au bien-être et à la douleur. Pour les utilitaristes, « l'intérêt le plus indiscutable des êtres sensibles est de ne pas souffrir ». C'est donc en fonction de la souffrance ou du bien-être procuré par la loi qu'il faudra se déterminer. J. BENTHAM propose ainsi une arithmétique des plaisirs, en vertu de laquelle : « toute action dont la somme algébrique des satisfactions qu'elle procure et des douleurs qu'elle évite est positive sera déclarée moralement légitime. A. KAHN, *Raisonné et humain ? op.cit.*, p.132.

¹⁷³ B. BAERTSCHI, op.cit., p.190.

qu'elle impose le respect du sujet moral ainsi caractérisé n'est donc pas avec cette doctrine exclusivement réservée à l'homme.

118. A cette vision de la dignité comme valeur partagée par tous les êtres sensibles, le kantisme va opposer un démenti formel, en mettant en avant la raison qui confère à l'homme le statut de personne et fait de lui le seul être à pouvoir prétendre à la dignité. Kant compromet l'idée d'une dignité pour l'animal en posant l'idée de la dignité comme liée à une valeur intrinsèque que seul l'homme possède, les autres êtres ayant un prix, par conséquent une valeur déterminée de manière extrinsèque.

119. Les événements tragiques de la seconde moitié du vingtième siècle vont achever de convaincre de la nécessité de poser une valeur spécifique à l'homme, non pas en termes de comparaison avec les autres êtres vivants, mais en raison d'une commune appartenance à l'humanité. C'est l'affirmation de la dignité sur le mode horizontal, dans les rapports entre les hommes. Le combat pour la dignité n'est donc plus un combat pour la supériorité de l'espèce, mais un combat pour la reconnaissance de la dignité de tous les hommes par les hommes. La dignité devient alors non plus la valeur qui rend compte d'une quelconque supériorité, mais elle est la valeur qui est spécifique à l'homme et à tout homme.

B) LA DIGNITE COMME MARQUE D'APPARTENANCE A LA COMMUNAUTE HUMAINE

120. La première étape est d'abord l'abandon de toute idée de hiérarchie, le passage de la *dignitas* à la Dignité (1°), la deuxième étape est celle du rassemblement des hommes autour de leur excellence commune (2°).

1°La fin de toute idée de hiérarchie entre les hommes

121. Dans un premier temps, la notion de dignité en tant qu'elle exprimait la primauté de l'homme sur les autres êtres vivants, s'est inspirée de la notion ancienne de *dignitas*, la *dignitas hominis*. Toute idée de hiérarchie devient cependant intolérable, le risque étant grand de poser même s'agissant de l'éminence de l'homme, une hiérarchie entre les hommes, les uns et les autres ne bénéficiant pas de l'éminence de la même façon.

122. On se rend compte que certains ont entendu la hiérarchie dionysienne des êtres comme établissant également une hiérarchie entre les hommes. Ainsi certains penseurs médiévaux, les

penseurs royaux, ont transposé l'idée dionysienne d'inégalité naturelle entre les êtres vivants¹⁷⁴ en inégalité naturelle entre les êtres humains. Et tout comme chez le Pseudo-Denys, cette inégalité explique que les plus faibles occupent les places inférieures sur la hiérarchie, dans la société. Il est normal que les êtres vivants les plus faibles, se retrouvent inférieurs aux plus forts. S'est alors constituée une doctrine politique et juridique selon laquelle, « les princes et les seigneurs sont naturellement chargés de diriger et enseigner les sujets, qui, eux, sont eux naturellement tenus d'obéir »¹⁷⁵. Seuls les princes se voient reconnaître une haute dignité. Ce qui frappe dans cette doctrine, c'est le fait que la conception aristocratique de la société se réclame d'une inégalité essentielle entre les êtres humains, pour légitimer une organisation qui n'a plus seulement trait à la place ou à la fonction de chaque être, place que chaque être tiendrait par son mérite. Mais c'est bien à son essence particulière que chacun doit sa place dans la société. La *dignitas* n'est alors plus seulement fonction du mérite, du comportement du dignitaire, mais elle est dans l'ordre même des choses. Cette idée qu'il y a des êtres humains naturellement supérieurs aux autres dérange, parce qu'il s'agit de distinguer là où les tenants de la doctrine de la hiérarchie des êtres, ne distingue pas. La distinction s'opère entre les hommes et les autres êtres vivants et ne saurait être admise au sein de la famille humaine. « Cette stricte transposition des doctrines dionysiennes conduit à admettre que l'humanité n'est pas un genre naturel homogène dont les individus possèderaient une essence commune à tous.(...) L'humanité(...) groupe des êtres appartenant à des genres différents et inégaux dans leur essence même »¹⁷⁶.

123. Des contemporains de ces penseurs impériaux se sont opposés à une telle dénaturation de la pensée de Denys, en rappelant que la Création de l'homme à l'image de Dieu, entraîne comme conséquence, l'égalité essentielle de Tous les êtres humains. Pour ces penseurs qui se réclament de la tradition chrétienne, il ne faut pas confondre une hiérarchie instaurée par les hommes et une hiérarchie naturelle parce que résultant de la volonté divine. « L'ordre est la législation humaine qui attribue des fonctions différentes, à des êtres essentiellement égaux. (...) Un homme peut-être supérieur à tel autre parce qu'il est revêtu d'une fonction dirigeante, il ne peut jamais lui être supérieur essentiellement, du moins ici bas »¹⁷⁷. Cette doctrine, que l'on peut qualifier de révolutionnaire pour l'époque, annonce le principe d'universalité dont se fend la pensée moderne. Le passage de la *dignitas* à la dignité réalise cet abandon de toute

¹⁷⁴ Nous soulignons.

¹⁷⁵ J-P. RITTER, *Ministériatité et chevalerie : Dignité humaine et liberté dans le droit médiéval*. Imprimerie Henri Jaunin S.A. Lausanne, 1955, spéc.p. 188

¹⁷⁶ J-P. RITTER *Ministériatité et chevalerie : Dignité humaine et liberté dans le droit médiéval, op.cit.*, .p. 190.

¹⁷⁷ *Ibid.*

idée de hiérarchie entre les êtres vivants. La dignité se veut désormais, une valeur universelle, personnelle à chaque homme mais commune à tous, une valeur que tous les hommes auront en partage.

124. Il est vrai qu'à l'origine ce qui pousse la philosophie et la religion à recourir à la *dignitas* pour consacrer cette éminence de l'homme par rapport aux autres êtres vivants, c'est l'idée de hiérarchie, c'est aussi ce qui explique le besoin de rompre avec cette *dignitas* au moment où le but est désormais d'affirmer la dignité de l'homme, de chaque homme et de tout homme. Il va falloir s'affranchir de l'idée principale de hiérarchie sous-tendue par la *dignitas* lorsque la dignité traduit désormais le fait que l'homme *per se* est excellence.

125. La notion « d'égle dignité » marque cette volonté d'affirmer que la dignité est la même pour tous les hommes. C'est sans aucun doute la religion qui permet le mieux de poser l'universalité de la dignité humaine, puisque les hommes, tous créés à l'image de Dieu, sont donc frères, « tous unis entre eux par un lien indélébile »¹⁷⁸. Chaque homme est à l'image de Dieu, mais tous les hommes sont à l'image de Dieu. La « laïcisation de la notion de dignité », n'a pas entraîné l'abandon de cette universalité, puisque dans la recherche de la spécificité de l'homme, cette idée fait l'unanimité, à tel point qu'il apparaît aberrant de penser la dignité sans l'universalité¹⁷⁹, à tel point que la notion d' « égale dignité » apparaît comme un pléonasma. L'égle dignité signifie que toute hiérarchie entre les membres d'une communauté morale est inacceptable¹⁸⁰. L'égalité ne signifie pas l'identité, l'universalité est l'égalité malgré les différences. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'il n'existe pas de différences entre les hommes, voire même d'inégalités, il s'agit d'affirmer la dignité malgré les inégalités¹⁸¹. La Déclaration universelle des droits rappelle ainsi que : « tous les hommes naissent libres et égaux en droits et en dignité. » « La dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine »¹⁸².

¹⁷⁸ J-B. SANO, *La dignité de la personne humaine comme paramètre incontournable pour la mission évangélicatrice de l'Eglise*, op.cit., p. 220.

¹⁷⁹E. DECAUX, *Dignité et universalité*. in, S. MARCUS HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : Les limites irréductibles*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.163-180. Pour l'auteur, « la dignité sans l'universalité est un leurre qui ouvre la porte à toutes les dérives. (...) Dignité et universalité sont indissociables. » L'auteur prend comme exemple la tragédie de la Shoah, mais aussi l'apartheid ou encore l'eugénisme. Il s'agit de moments tragiques de l'histoire qui ont en commun le refus par des êtres humains de cette qualité à d'autres, l'affirmation de la supériorité d'une race sur une autre.

¹⁸⁰ J. KIS, *L'égle dignité : essai sur les fondements des droits de l'homme*, Editions du Seuil, 1989, 225p. L'auteur établit une distinction entre la personne en tant qu'être moral et la valeur morale de la personne. La personne en tant qu'être moral est la personne en tant qu'elle vit dans une communauté morale. C'est dans les rapports entre les membres de cette communauté que l'auteur envisage la dignité. Elle apparaît alors non pas comme une qualité individuelle, mais comme « un rapport social normatif entre les hommes ». Il faut alors apprécier l'égle dignité dans les rapports entre les individus.

¹⁸¹ E. DECAUX, *Dignité et universalité*, op.cit., p.163-180

¹⁸² Art. 1 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme du 10 décembre 1948.

126. Il faut convaincre l'homme d'une excellence qui n'a pas nécessairement à être la marque d'une quelconque supériorité sur les autres êtres vivants, il faut se recentrer sur l'homme et le convaincre de cette idée selon laquelle, le seul fait qu'il soit homme lui confère des droits et des devoirs envers lui-même mais également envers les autres êtres humains. C'est donc plutôt vers la dignité comme un sentiment que l'on se dirige. Ce sentiment d'appartenir à une seule et même famille, la famille humaine, le seul fait d'être homme étant constitutif d'une excellence.

2° La dignité comme valeur partagée par tous les êtres humains

127. La dignité devient alors une valeur spécifique à l'homme, qui est affirmée dans le cadre restreint de la communauté humaine, c'est-à-dire que ce qui importe désormais c'est l'affirmation de la dignité dans les rapports entre les hommes. La nouveauté est le fait que c'est dans ces rapports avec ses semblables que l'homme prend conscience de sa dignité, non pas qu'elle naisse de ce rapport, mais c'est ce rapport qui la révèle et qui l'assoit définitivement. En effet, en même temps qu'il a fait l'expérience de son inhumanité, l'homme fait l'expérience de cet *irréductible en lui* qui malgré les persécutions n'a cessé de résister¹⁸³. Tout ceci n'a été possible que dans le contact avec l'Autre : « l'histoire des temps modernes a bien fait sentir à l'homme qu'il est un être intersubjectif et que la ruine de l'autre risque d'entraîner sa propre ruine »¹⁸⁴.

128. Axel Kahn montre bien ce changement dans le mode d'affirmation de la dignité, d'une logique verticale, on est passé à une logique horizontale. En effet, parti à la quête du gène de « l'humanité »¹⁸⁵, l'homme se rend compte que ce qui fait de lui un être exceptionnel, c'est son appartenance à une communauté. L'homme se rend compte que ce qui le rend vraiment humain c'est son humanisation. On distingue l'hominisation de l'humanisation. L'hominisation est « l'ensemble des modifications qui ont amené l'apparition de l'espèce humaine »¹⁸⁶. L'hominisation prépare en quelque sorte à l'humanisation, puisqu'elle a « doté l'homme d'un cerveau possédant génétiquement la capacité d'être humanisé »¹⁸⁷. L'humanisation est « l'acculturation d'un homme interagissant avec les autres au sein d'une

¹⁸³ On pense ici notamment au témoignage poignant livré par Primo Lévi, dans *Si c'est un homme*.

¹⁸⁴ S. TZITZIS Politique internationale : la personne et le droit humanitaire, in J-H ROBERT et S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*. LGDJ, 2001, Paris, 2001, p.60-72.

¹⁸⁵ C'est-à-dire la quête de ce qui justifierait la thèse de la supériorité, des hommes par rapport aux animaux.

¹⁸⁶ J. RUFFIE, *De la biologie à la culture*, cité par E. JACQUEMONT, *Penser l'humain*. Le Pommier-Fayard, 2000, 157p.p.27.

¹⁸⁷ A. KAHN, *Raisonné et humain*. Nil éditions, 2004, 371p. spéc. p. 74-75

culture humaine, phénomène indispensable, à la mise en place de l'éventail des capacités mentales propres à notre espèce»¹⁸⁸. La dignité est alors mise sur cette rencontre entre les hommes, la dignité se retrouve alors dans cette aptitude à « être humain » à compatir avec l'Autre, cette aptitude à l'empathie et au respect de l'Autre. Axel Kahn voit dans toutes ces caractéristiques, une piste dans « sa quête du gène de l'humanité »¹⁸⁹. Ce qui est mis en avant dans cette humanisation, c'est la rencontre avec l'Autre et la reconnaissance de l'Autre qui nous rend humain. La fraternité¹⁹⁰ et la solidarité¹⁹¹ constituent les éléments déterminants de ce nouvel humanisme qui emporte avec lui une conception de la dignité plus recentrée sur l'homme dans ses rapports avec les autres hommes.

129. On avait déjà avec Kant l'importance de l'appartenance à une communauté pour pouvoir prétendre au respect. Ce n'est que parce qu'il est membre du règne des fins que l'homme se voit reconnaître la dignité. Mais avec Kant, l'homme n'est pas le seul membre du règne des fins, il y côtoie d'autres personnes, parmi lesquels on trouve notamment Dieu¹⁹².

130. Janos Kis va également affirmer cette appartenance indispensable à une communauté pour se voir reconnaître un certain statut moral. Il organise sa réflexion sur les droits de l'homme à partir de la communauté morale. La communauté morale s'entend d'un groupe plus ou moins nombreux d'individus qui peuvent « participer au débat sur la morale, peuvent adopter des comportements spéciaux, jouir de privilèges, bref, la dignité morale leur octroie toute une série de libertés. (...) la communauté morale doit s'étendre à tous les humains accessibles et (...) l'égalité doit régner entre tous les membres de la communauté morale. (...) La dignité des membres de la communauté morale consiste dans le fait qu'ils sont en droit d'attendre de tels gestes de respect et d'estime »¹⁹³. La communauté morale selon Janos Kis rassemble tous les êtres auxquels on a reconnu de hautes aptitudes morales et qui de ce fait peuvent prétendre à un certain nombre de prérogatives qui sont attachés à leur dignité morale. L'auteur distingue alors les éthiques selon que celles-ci admettent tous les hommes

¹⁸⁸ A. KAHN, *Raisonné et humain, op.cit.*, spéc. p. 67

¹⁸⁹ A. KAHN, *Raisonné et humain, op.cit.*, p. 121.

¹⁹⁰ A. KAHN, *op.cit.*, spéc.p. 21L'auteur définit la fraternité comme « le sentiment inspiré par l'appartenance à une même famille, la connivence qui unit tous ses membres, d'où découlent les droits qu'on leur reconnaît et les devoirs que l'on s'impose à leur égard.» Il met en avant une conception originale de la dignité, fondée sur une « ontologie du souci de l'autre ». « Si l'Autre est mon frère, c'est-à-dire de la même essence que moi-même, cela implique que nous ayons, lui et moi, la même valeur, droit tous deux au respect de cette dignité que nous revendiquons pour nous-mêmes ».

¹⁹¹ *Ibid.*, p.121. Même si Axel Kahn insiste sur l'importance de la fraternité, selon lui, la « solidarité est un sentiment moins essentialiste, plus intellectuel que la fraternité. Cependant, « il ne s'agit pas d'opposer la fraternité à la solidarité en tant que fondement d'une action morale, mais de faire en sorte que l'on puisse ressentir un sentiment de fraternité envers tous ceux dont on est solidaire, c'est-à-dire tous les autres, c'est-à-dire l'humanité ».

¹⁹² Voir nos développements, Première partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 1.

¹⁹³ J. KIS, *L'égalité dignité : essai sur les fondements des droits de l'homme, op.cit.*, p.115

comme membres de cette communauté morale, ou alors, que les critères retenus pour l'appartenance à la communauté, soient tels qu'un certain nombre d'hommes s'en trouvent exclus¹⁹⁴.

131. Sous l'impulsion de Levinas, le rapport entre les hommes devient un lien nécessaire pour que le sujet se constitue, ce rapport est fondamental. On constate cependant que le risque avec cette idée de « communauté » est l'exclusion de certains membres. C'est pour cela que Lévinas propose une autre manière d'envisager les relations entre les hommes, autrement qu'en termes de « communauté ». Pour Lévinas, postuler l'appartenance à une communauté, à un genre, à une espèce, participe d'une « vision panoramique du réel »¹⁹⁵. Il faut se départir de cette volonté de synthétiser les relations humaines, de toute « vision globalisante »¹⁹⁶, « le non-synthétisable par excellence c'est certainement la relation entre les hommes (...) entre les hommes est absente cette sphère du commun que toute synthèse présuppose. L'élément commun qui permet de parler d'une société objectivée, et par lequel l'homme ressemble aux choses s'individualise comme une chose n'est pas premier »¹⁹⁷. Pour Lévinas, il faut alors se placer dans un face à face entre les hommes, entre le moi et l'Autre. Il a donc le souci de « penser le monde comme celui que se partagent le moi qui en jouit et l'autre qui peut en être privé »¹⁹⁸.

132. Il faut donc envisager la dignité dans ce face à face entre les hommes. C'est dans l'intersubjectivité éthique que le sujet prend conscience de sa valeur au travers de la valeur qu'il reconnaît à l'autre. La philosophie de Lévinas, nous invite à aller à la rencontre de l'Autre. Les deux protagonistes sont le Moi et l'Autre, et la prise de contact se fait par le visage de cet Autre.

¹⁹⁴ L'auteur distingue ainsi les *éthiques exclusives* des *éthiques réceptives*. Les premières, sont celles qui fixent des seuils élevés pour l'appartenance à la communauté morale, ce qui entraîne l'exclusion de cette communauté de certains hommes, en fonction, de leur race, de leur culture, de leur origine sociale, mais aussi de leurs facultés mentales. Les secondes « reculent aussi loin que possible les limites de la communauté morale », pour ainsi inclure le plus grand nombre possible d'êtres humains. » J. KIS *L'égalité dignité : essai sur les fondements des droits de l'homme*, *op.cit.*, p.115

¹⁹⁵E. LEVINAS *Ethique et Infini : Dialogue avec Philippe NEMO*. Librairie Arthème Fayard, 1982, 121p.p.71.

¹⁹⁶ E. LEVINAS, *Ethique et Infini : Dialogue avec Philippe NEMO*, *op.cit.*,p.71

¹⁹⁷*Ibid.*,p.72

¹⁹⁸ J-F. REY *La mesure de l'homme : l'idée d'humanité dans la philosophie d'Emmanuel Lévinas*. Editions Michalon, 2001, 351p.p.123.

§ 2 : UN NOUVEAU SUJET POUR LA DIGNITE : L'HOMME « CONCRET »

133. « L'abstraction fait peur. Et pour cause, abstraire ne veut-il pas dire séparer ? Diviser ? On reproche à celui qui est abstrait d'être séparé de la réalité »¹⁹⁹. C'est la critique majeure faite à la notion de dignité, elle serait trop éloignée de la réalité, en ce qu'elle exalterait sans cesse la grandeur de l'homme, sans se soucier du fait que l'homme n'est pas en tout temps grandeur, mais est aussi et surtout un être fragile. (A). Si la revendication d'une dignité concrète est une bonne chose, la logique de la spécification poussée à l'extrême en ce qu'elle aboutit à poser comme sujet privilégié de la dignité la personne vulnérable est contestable. (B)

A) DE L'HOMME ABSTRAIT A L'HOMME CONCRET

134. Cette critique n'est pas nouvelle, elle est déjà présente chez certains auteurs humanistes qui revendiquent un humanisme pour temps de crise (1°). Cet humanisme porte haut le souci d'un homme concret, être éloigné de l'homme idéal consacré par la dignité abstraite. (2°).

1° L'avènement d'une dignité pour temps de crise

135. Il faut alors passer d'une dignité pensée, à une dignité éprouvée. Ce passage se réalisera par l'adaptation de la dignité à la concrétude de la situation humaine. La dignité pensée est une « vue de l'esprit » une manière d'intellectualiser l'homme, de le conceptualiser, une idée au sens kantien du terme, la dignité renvoie surtout à une autre idée, l'idée de l'homme, elle est l'idée que l'on se fait de l'homme. La dignité est alors pensée, elle est posée pour rendre hommage à l'homme et célébrer sa nature particulière. C'est la dignité pure de toute expérience, la dignité née de l'imagination. C'est une dignité qui se pose comme un idéal. Le sujet de la dignité ainsi conçu n'est jamais mis en situation délicate, il n'est jamais mis en situation où sa dignité peut être éprouvée. C'est un homme qui est un prototype, c'est l'homme rêvé. La dignité est pensée dans un contexte particulier, un monde aseptisé, dans lequel l'homme est excellence, puissance, conquérant. Il s'agit d'une dignité pensée et posée pour un homme qui est un homme à qui tout réussit. Elle est posée pour un homme dont on acclame les qualités, parce que l'on connaît ces qualités. Le problème avec cette manière d'envisager la dignité est que finalement elle ne correspond en rien à ce que l'homme qui vit tous les jours en société doit affronter. Qu'advient-il de la dignité lorsque l'homme faillit, lorsque la puissance n'est pas au rendez-vous, mais que l'homme se révèle fragile, et mortel,

¹⁹⁹ B. VERGELY, *Petit précis de philosophie*. Editions Milan, 2005, 156p.p.71

lorsque l'homme s'avère une menace pour l'homme ? Qu'en est-il de la dignité en temps de crise ?

136. L'humanisme de la Renaissance n'a eu de cesse de nous vanter les mérites de « l'homme merveille du monde », ou encore de la tradition chrétienne qui nous présente un homme capable de perfection, de divinisation dans la perspective de son union avec Dieu, union qui constitue le point d'orgue de toute vie humaine. L'homme fait la tragique expérience à la fois de sa fragilité et de sa vulnérabilité, mais également de son inhumanité. Le traumatisme de l'extermination de l'homme par l'homme mise en place par les nazis démontre à l'homme la démesure de son pouvoir de maîtrise du monde, puisque l'homme exerce ce pouvoir sur l'Autre homme. L'humanisme semble avoir oublié de préparer l'homme à cela, tellement occupé à convaincre celui-ci de ses capacités hors du commun, à le penser invincible. Rattrapé par une histoire déstabilisante, l'homme se doit de repenser sa dignité, une situation nouvelle se fait jour : l'homme doit appréhender de manière plus lucide et moins idéelle sa condition réelle.

137. Certains penseurs avaient déjà alerté sur la nécessité de poser la dignité de l'homme à la fois dans sa grandeur et dans sa misère. C'est au Moyen Âge surtout que l'homme apparaît dans toute la misère de sa condition, le thème de la *miseria hominis* est récurrent à cette époque. Souvent qualifiée de période pessimiste, le Moyen Âge sous l'influence d'un certain nombre de penseurs chrétiens, a de l'homme la vision d'un être torturé, marqué à jamais ici-bas par le péché et qui doit alors pour se sauver fuir cette terre, son salut ne pouvant alors venir que de l'au-delà. Pendant très longtemps et malgré l'optimisme de la Renaissance, une partie des penseurs considèrent que la dignité de l'homme qu'il doit à sa grandeur, ne peut se comprendre vraiment que couplée à la misère de ce même homme. Grandeur et misère telles sont alors les deux faces de la dignité de l'homme.

138. Montaigne se saisit de ce thème de l'homme comme *Janus bifrons*, il va même plus loin puisqu'il dépeint l'homme comme un être « en mille contraire visages »²⁰⁰. Il y a alors en l'homme une tension entre force et faiblesse. « Ainsi l'homme, le plus glorieux, investi des plus hauts pouvoirs et de toutes sortes de charges et de dignités, cet homme aussi apparaît comme ce furieux » monstre à tant de bras et à tant de testes » et c'est toujours « l'homme foyble, calamiteux et misérable »²⁰¹ L'homme que nous présente Montaigne est un homme qui ne renie pas sa face sombre, un homme qui assume ses faiblesses. L'humanisme de

²⁰⁰ MONTAIGNE, Les Essais. PUF, Paris, 1965

²⁰¹ A. MINAZZOLI, La dignité humaine en question : Montaigne contre Malebranche., in P. MAGNARD *Ordre et Dignité*, in P. MAGNARD (éd.), *La dignité de l'homme*, 1995, p.3-12.

Montaigne se veut un humanisme lucide : A l'acte de foi en l'homme, caractéristique de l'humanisme antérieur, il ajoute un acte de courage : il est la réponse d'un homme, qui n'est rien qu'un homme, mais veut être tout homme, à l'inhumanité des temps»²⁰². Longtemps avant Levinas, ou Hannah Arendt, Montaigne attire donc l'attention sur la nécessité de porter attention à « l'homme concret », l'homme réel. Montaigne, va donc à la rencontre de l'homme qui n'est pas un conquérant, mais un résistant. L'homme qui reste debout face à l'adversité. Montaigne est ainsi en avance sur le temps, puisqu'il enjoint l'homme à la résistance contre toute tentative de déshumanisation. Il s'agit d'un humanisme des temps de crise qui recevra un écho largement favorable après la seconde guerre mondiale. Il est vrai que Pascal²⁰³ a également fait beaucoup pour que l'on prenne en compte à la fois la grandeur et la misère de l'homme. Cependant sa doctrine, que d'aucuns qualifieront d'apologétique, n'envisage le salut de l'homme que dans son union à Dieu, est bien moins en phase avec cette idée d'un homme qui doit combattre et résister *Ici et Maintenant*. C'est pourquoi l'humanisme proposé en son temps par Montaigne raisonne encore aujourd'hui, notamment lorsque critiquant une dignité « abstraite » qui n'aurait le souci que d'un homme « abstrait », un nouvel humanisme s'impose, portant au plus haut le souci de l'homme « concret ». Ce changement est visible dans les conventions relatives aux droits de l'homme. Alors que la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « affirme l'homme »²⁰⁴, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 tirant les leçons de la guerre, « dénie le surhomme »²⁰⁵. Il en ressort une nécessité de réaffirmer la dignité de cet homme que l'inhumanité n'a pas réussi à détruire. En effet, l'idée selon laquelle la dignité ne se perd pas en ressort fortifiée. Parce que ce qu'il faut retenir aussi de la tragique expérience nazie, c'est cette résistance de l'homme, ce refus de se résigner.

139. Laïcisée et rompant avec un rationalisme métaphysique, la notion moderne de dignité, serait devenue « plus terrestre, plus, positive, plus tangible »²⁰⁶. Cette nouvelle dignité est celle de l'homme dans le monde, et non plus en tant qu'être au-dessus du monde, cette nouvelle « dignité » accompagne l'homme dans sa vie de tous les jours. Il ne s'agit plus d'un

²⁰² C-G. DUBOIS, Montaigne : La reconquête de la dignité humaine sur l'indignité des temps, in P. MAGNARD éd. *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.173-183.

²⁰³ Pascal, *Pensées*, Garnier-Flammarion, 1976, 376p.

²⁰⁴ S. TZITZIS, L'éthique des Droits de l'Homme et les diversités culturelles, J. FERRAND et H. PETIT (Eds.) *Fondation et naissances des Droits de l'homme. L'odyssée des Droits de l'homme*. Tome I. L'Harmattan 2003, p.185-192.

²⁰⁵ S. TZITZIS L'éthique des Droits de l'homme et les diversités culturelles, *op.cit.*, p.185-192.

²⁰⁶ L. SOZZI *Rome n'est plus Rome: la polémique anti-italienne et autres essais sur la renaissance*, *op.cit.*, p.503.

homme que l'on aurait rêvé, mais de l'homme tel qu'il existe et tel qu'on le rencontre tous les jours.

140. La dignité renvoie à ce quelque chose d'indicible, d'indéfinissable, qui en chacun de nous se manifeste lorsque nous sommes menacés. Lionel Sozzi résume avec justesse cet état de fait en relevant : « nous invoquons aujourd'hui la dignité de l'homme toutes les fois que nous avons l'impression que des forces extérieures, arbitraires, despotiques, inhumaines, étouffent, dégradent, avilissent une réalité secrète et intouchable, un noyau d'intériorité que personne n'a le droit de piétiner »²⁰⁷. La dignité devient cette ultime résistance que l'homme oppose à son persécuteur. Ce n'est pas n'importe quel homme qui oppose cette résistance, c'est un homme doué de raison mais également de sensibilité, un être concret qui revendique une dignité concrète.

2° L'avènement de l'homme concret

141. Cette opposition entre un homme prétendu « abstrait » et un homme « concret », traduit la volonté d'une dignité qui accompagne l'homme pour le meilleur, mais aussi pour le pire.

La notion de dignité renverrait inéluctablement à cet « homme abstrait » qui finalement est rejeté par tous comme une hérésie, derrière cette critique, c'est surtout celle du rationalisme kantien qui laisse peu de place à la sensibilité. L'« affect » est dévalorisé dans la philosophie kantienne, et par conséquent le titulaire de la dignité en est dépourvu, il n'est que « pur intellect ». Ceci explique entre autre, le succès de la philosophie lévinassienne dans cette recherche d'une dignité pour l'homme concret, car le philosophe critique directement cette absence de sensibilité du sujet kantien, et propose une philosophie pour un homme qui n'est pas un prototype, mais un être doué de raison et capable de sensibilité.

142. Lévinas se place d'emblée dans un face à face entre deux hommes, et non dans une perspective universaliste, où comme avec Kant, un « homme universel » serait soumis à un principe universel. Non pas qu'il n'y ait pas d'universalité chez Lévinas, mais le philosophe insiste sur l'importance de la singularité dans l'universel. « La loi s'adresse à moi en me disant « tu ». Ce Tu est un universel ; tout comme dans les maximes kantiennes. Toutefois, la différence saute aux yeux : le Tu lévinassien est un pronom « derrière » lequel se tient un nom *propre*, alors que le Tu kantien serait un pur pronom tenant lieu de destinataire (anonyme de

²⁰⁷L. SOZZI, *Rome n'est plus Rome: la polémique anti-italienne et autres essais sur la renaissance*, op.cit.,p. 503.

la loi)»²⁰⁸. En effet, chez Lévinas, le visage s'adresse à un moi identifiable, un moi qui s'individualise en répondant à « l'appel » du visage. En répondant à l'appel du visage, je me constitue otage de l'Autre, je deviens responsable pour l'autre, et je suis le seul à pouvoir répondre de l'Autre, dans la mesure où nul autre que moi ne peut être responsable, personne ne peut être responsable à ma place. La pensée lévinassienne implique « toute une conception de l'humain abstrait de la loi du genre et une pensée de l'individualisation irréductible à toute logique monadologique ou individualiste. (...) Si l'élection est bien le principe de mon individualisation, elle est incessible. Je ne peux m'en décharger. Mais je ne peux pas non plus la mettre en commun»²⁰⁹.

143. L'expérience de soi en tant qu'être *unique*, le Moi la fait avant même de rencontrer l'Autre, c'est ainsi que le Moi avant sa rencontre avec l'Autre, se trouve dans des situations que lui seul peut vivre. C'est l'expérience de la solitude, dans laquelle le moi va faire l'expérience du Désir qui va le préparer à la rencontre avec l'Autre²¹⁰. Cette expérience est renouvelée à l'occasion de sa rencontre avec l'Autre. Au cours de cette rencontre, le moi et l'autre « restent uniques ». En effet, cette rencontre est une rencontre entre le moi et autrui, c'est-à-dire *l'alter* et non pas *l'ego*. La rencontre est alors fraternelle. L'Autre reste dépendant de moi ; dans cette relation il n'y a pas identité mais une altérité absolue. « L'Autre est unique, le Moi aussi car sa responsabilité assumée est une élection qui est en même temps individuation »²¹¹. « La réflexion de Lévinas procède non pas à partir de l'universalité d'un concept, en l'occurrence, celui de l'être humain, mais se construit autour d'un sujet concret qu'il ne rejoint que par l'analyse de sa vie quotidienne»²¹².

144. L'homme concret serait donc l'homme en tant qu'*existant*, être « dans le monde », un individu concret. Cet individu concret est alors un être de chair et d'esprit. « Il est d'abord constitué comme « corps », (...) mais ce corps est déjà liberté, personnalité et conscience de soi»²¹³. L'individu concret est alors un homme en particulier et non l'idée d'homme que représente l'homme abstrait. Il est réel, c'est l'homme en tant que femme, en tant qu'enfant. A

²⁰⁸ J-F. REY, *La mesure de l'homme : l'idée d'humanité dans la philosophie d'Emmanuel Lévinas*. Editions Michalon, 2001, p.101.

²⁰⁹ J-F. REY *La mesure de l'homme, l'idée d'humanité dans la philosophie d'Emmanuel Lévinas, op.cit.*, p.106.

²¹⁰ « La constitution du sujet chez Lévinas s'effectue selon deux moments (qui ne sont pas successifs, mais à la fois coprésents et distincts). Le premier moment est celui d'un moi isolé dans son rapport au monde : le moi du besoin et de la jouissance, le moi heureux et repu parmi les choses du monde. Le deuxième moment de la constitution du sujet est celui où ce mode de vie « égoïste », centré sur moi, orienté vers soi est bouleversé par l'irruption de ce qui ne se totalise pas avec le monde, (...) ce moment est un moment de rupture. C'est l'entrée de l'Autre dans ma vie ». A. ZELINSKI *Lévinas : La responsabilité est sans pourquoi*. PUF, 2004, 154p. p.62.

²¹¹ A. TORNAY, *Emmanuel Lévinas : Philosophie de l'autre ou philosophie du moi ?* L'Harmattan, 2006, 167p.p.113.

²¹² S. PLOURDE, *Emmanuel Lévinas. Altérité et responsabilité*, Les éditions du Cerf, Paris, 1996, 160p.p.13.

²¹³ R. MIRASHI, *Qu'est-ce que l'éthique ?* Armand Colin, Paris, 1997, 285p, p.166.

la différence de l'homme abstrait qui est un être sur lequel le temps et l'histoire ne semblent avoir aucune prise, il est un homme « figé », à jamais pareil à lui-même, il n'est qu'un prototype, l'homme concret a un début et une fin, il a un passé et un avenir : « il est unité temporelle qui déploie une vie à la fois personnelle et primordiale par son sens pour elle-même et par ses enjeux »²¹⁴.

145. La philosophie de Lévinas marque un tournant dans la définition de l'homme concret. On assiste à un glissement de l'homme concret en tant qu'être simplement unique singulier, à un nouveau sujet pour la dignité : l'homme concret en tant qu'homme en situation de vulnérabilité.

B) DE L'HOMME CONCRET A LA PERSONNE VULNERABLE

146. La philosophie de Lévinas, réinterprétée pour l'occasion, est le prétexte de l'avènement d'un nouveau sujet pour la dignité, l'homme en situation de vulnérabilité. Une étape supplémentaire est franchie dans la recherche d'un sujet concret, l'homme concret est désormais l'homme en situation de vulnérabilité. L'autre homme est devenu avec ce nouvel humanisme, l'homme souffrant. Celui dont la dignité serait atteinte par la vulnérabilité. C'est une chose d'affirmer malgré le dénuement la dignité de l'homme, c'est autre chose d'affirmer que le dénuement porte atteinte à la dignité de l'homme. L'humanisme lévinassien, nous conduit à la première hypothèse (1°), alors que sa traduction post-moderne, notamment dans le droit, nous conduit à une dignité revendiquée exclusivement pour la personne en situation de vulnérabilité (2°).

1° L'humanisme lévinassien

147. La philosophie de la vulnérabilité telle qu'elle est développée par Lévinas se construit autour de la notion de visage. Le terme dignité n'apparaît pas explicitement dans l'œuvre du philosophe, la notion centrale étant le visage. Le visage participe depuis longtemps de la définition de la personne. En effet, c'est sur ce visage que les acteurs de théâtre portaient un masque, la *persona* dont le mot personne tire son origine. Par la suite, est désigné comme *persona*, le personnage joué par l'acteur et finalement l'acteur lui-même.

²¹⁴R. MIRASHI, *Qu'est-ce que l'éthique ?*, *op.cit.*, p167.

148. Le visage auquel se réfère Lévinas est nu, de tout artifice, dans le dénuement le plus complet. Il s'agit de mettre de côté tout ce qui peut le masquer et « d'exposer le visage » à l'Autre qui « expose également son visage ». Le visage est ce qui me signale la présence d'autrui. Le terme « visage » permet donc d'abord de distinguer le mode d'apparition d'autrui de celui des choses du monde. « Toujours orientées à partir de moi et qui, elles ne peuvent être individualisées, n'ont pas de visage. (...) Autrui me « dévisage », ce que ne font pas les choses. Les choses ont une forme et une place dans l'espace : elles ont un rôle d'utilité en fonction de mes besoins, (...) elles ont un sens par rapport à moi. Autrui n'est rien de tout cela : il signifie à partir de lui-même »²¹⁵.

149. Ce qui dans le visage d'autrui m'empêche de me montrer indifférent, me pousse à me répondre de lui, c'est sa vulnérabilité et non une quelconque puissance qui émanerait de celui-ci. Ce qui dans le visage attire l'attention c'est le dénuement dans lequel, il se présente. Le visage chez Lévinas est exposition de l'Autre dans son extrême nudité. Le visage se donne à voir sans artifice « La peau du visage est celle qui reste la plus nue, bien que d'une nudité décente. La plus dénuée aussi : Il y a dans le visage une pauvreté essentielle. Le visage est exposé, menacé, comme nous invitant à un acte de violence »²¹⁶. « Il y a dans l'apparition du visage, un commandement, comme si un maître me parlait. Pourtant en même temps, le visage d'autrui est dénué ; c'est le pauvre pour lequel je peux tout et à qui je dois tout »²¹⁷. Je ne peux rester sourd à cet « appel », « ni l'oublier, je veux dire, sans que je puisse cesser d'être responsable de sa misère »²¹⁸.

150. La philosophie de Lévinas postule un amour de *chaque* homme, en tant que prochain, et non pas de se focaliser sur la personne vulnérable. *Chaque* homme est vulnérable, puisque *chaque homme est visage*²¹⁹. C'est là tout le sens de la notion de proximité chez Lévinas. La responsabilité pour autrui, n'est pas nécessairement une responsabilité du plus fort envers le plus faible. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on s'intéresse à ce que d'aucuns qualifient de « démesure de la responsabilité »²²⁰ chez Lévinas. Il s'agit de l'idée de « substitution » chez Lévinas. La substitution s'entend de deux manières, il s'agit dans un premier temps de « prendre la place d'autrui, » dans ce cas, la substitution « porte le message de la charité dont je suis capable comme personne : dans l'écoute du cri, de la souffrance, la gratuité sans

²¹⁵ A. ZELINSKI *Lévinas : La responsabilité est sans pourquoi*, op.cit., p.109.

²¹⁶ E. LEVINAS, *Ethique et Infini : Dialogue avec Philippe NEMO*, op.cit., p.80 ;

²¹⁷ *Ibid.*, p.83.

²¹⁸ E. LEVINAS, *Humanisme de l'autre homme*. Fata Morgana, 1972, 123p.p.52-53 ;

²¹⁹ Nous soulignons.

²²⁰ R. LELLOUCHE, *Difficile Lévinas. Peut-on ne pas être lévinassien ?*, op.cit., p.93.

réciprocité »²²¹. Cependant, Lévinas dans un deuxième temps, va plus loin, il affirme que la responsabilité doit être totale : « C'est moi qui supporte tout. (...) Non pas à cause de telle ou telle culpabilité effectivement mienne, à cause de fautes que j'ai commises ; mais parce que je suis responsable d'une responsabilité totale, qui répond de tous les autres et de tout chez les autres, même de leur responsabilité»²²². Le philosophe affirme même que « je suis responsable des persécutions que je subis»²²³. Il s'agit chez Lévinas de ne pas distinguer derrière le visage selon la culpabilité ou l'innocence d'autrui, le visage est autant celui d'une victime, que d'un bourreau, je peux être responsable d'une victime ou d'un bourreau.

151. Cette responsabilité totale, exposée par Lévinas, dans le contexte particulier de la shoah, est critiquée par certains auteurs, en ce que le bourreau, mon persécuteur, puisse être celui pour qui je suis responsable. M. Tzitzis se demande en effet : « comment est-il possible de regarder les visages des criminels nazis qui ont fait périr tant d'enfants et d'y voir le commandement « Tu ne tueras point » ? Comment est-il possible d'éprouver de la miséricorde et d'aller jusqu'à l'expiation pour leurs fautes, pour ceux qui ont inventé la pire des sciences du mal, les crimes des camps d'extermination. Le visage dénudé d'un tel auteur de crime ne saurait appeler à l'humanisme de l'autre homme, car la cruauté a effacé tout chemin de retour à un humain qu'elle a anéanti »²²⁴. C'est sur ce point que certains auteurs, qui adhèrent néanmoins à la philosophie lévinassienne de la relation de l'Autre et du Moi, divergent du maître à penser. En effet, chez Lévinas, répondre pour autrui, c'est répondre d'autrui quel qu'il soit, quoi qu'il ait fait. On peut même répondre de son bourreau. Répondre d'autrui, revient à se substituer à la responsabilité de celui-ci.

152. L'humanisme de l' « Autre homme » telle que le propose Lévinas est un humanisme qui rappelle la fragilité de l'homme, de *tout* homme, et sa grande valeur malgré cette fragilité. Il s'agit avec Lévinas comme avec Kant, de respecter l'autre, parce qu'en respectant l'autre, c'est nous-même que nous respectons. Le visage exprime la dignité, mais *tout* visage exprime la vulnérabilité, puisque tout visage révèle un homme. Ce n'est pourtant pas ce qui semble

²²¹ S. TZITZIS, *Qu'est-ce que la personne ?* Armand Colin, Paris, 1999, p.162

²²² E. LEVINAS, *Humanisme de l'autre homme*.op.cit. p95.

²²³ *Ibid.*

²²⁴S. TZITZIS, *Qu'est-ce que la personne ?*, op.cit.,p.165. Certaines critiques sont plus sévères, pour M. LELLOUCHE, il s'agit purement et simplement d'une « éthique du pire (...). Cette éthique hyperbolique est désastreuse il accuse Lévinas de confondre la moralité avec la sainteté : « qu'un rabbin ou un prêtre fasse preuve d'abnégation et de sacrifice jusqu'à prendre la place d'une victime désignée, et qu'il marche à la mort sa place, en se substituant à la victime, voilà qui est sublime. Qu'un juif, entrant dans la chambre à gaz, pardonne à son persécuteur nazi, voilà qui est sublime. Mais que ce juif, entrant dans la chambre à gaz, pousse l'éthique de la « substitution » jusqu'à considérer qu'il est *lui-même responsable* du crime que ce persécuteur nazi commet contre lui et ses frères, voilà qui est certainement déjà au-delà du bien et du mal moraux, et qu'on peut considérer moralement scandaleux. Or c'est là rien moins que ce que je propose (?) l'éthique de Lévinas ! » R. LELLOUCHE, *Difficile Lévinas. Peut-on ne pas être lévinassien ?* Editions, de l'Eclat, Paris, 2006, 174p.p.93.

avoir été retenu comme l'humanisme de l'autre homme. Loin de cette vulnérabilité partagée par tout homme, se développe un autre humanisme dans lequel « l'autre homme est un homme souffrant, qui appelle à l'aide »²²⁵.

2° La personne vulnérable comme sujet privilégié de la dignité

153. L'homme concret en philosophie s'opposait à l'homme réduit à la raison, à une faculté, aussi exceptionnelle soit-elle, l'homme concret s'entend alors à l'origine de l'homme en tant qu'il est aussi bien « raison » que « pathos ». Le nouvel homme concret est l'homme en situation de vulnérabilité. Cette volonté d'un sujet plus concret pour la notion de dignité, a donné lieu en droit à une dignité spécifiquement revendiquée pour la personne en situation de vulnérabilité. Cet homme concret est l'homme « révolté de Montaigne » qui à l'époque moderne est un homme qui a quelque chose à revendiquer, l'homme en tant que.... Cette tendance à la « concrétude » est en droit caractérisée par le processus de spécification des droits²²⁶.

154. On se rend compte que l'homme qui nous est présenté comme concret sera surtout un *homme révolté*²²⁷ au sens où l'entend Camus, pour lequel la seule dignité de l'homme est « la révolte contre sa condition »²²⁸. L'homme concret est un homme qui revendique quelque chose, ce sera ainsi l'homme en tant que travailleur, l'homme en tant qu'étranger, l'homme en tant que sans abri. En effet, faisant place à l'homme concret humilié pendant la seconde guerre, mondiale, l'homme concret petit à petit devient un *homme en tant que...* Cette volonté d'ancrer la dignité dans le concret de l'existence, n'est pas exempte de critiques, puisque alors que l'on reprochait à l'« homme abstrait » de ne s'appliquer qu'à un homme auquel tout réussit, la dignité de l'« homme concret » n'est alors plus universalisable, puisqu'elle favorise l'émergence de catégories d'hommes qui revendiquent des droits « catégoriels ». La dignité y a perdu en quelque sorte l'universalité qui la conditionne, qui la rend particulière.

155. Le droit humanitaire moderne en ce qu'il se focalise sur cet homme blessé, en oublie l'homme qui n'est pas en situation de vulnérabilité. L'équilibre est de nouveau rompu, dans l'autre sens. La critique de l'optimisme exalté des lumières a débouché sur un humanisme de l'homme vulnérable, qui exclut de fait, l'homme non vulnérable. « L'humanitaire ne

²²⁵ Voir notamment pour une dignité associée à la personne en situation de vulnérabilité, à l'exclusion de l'homme non vulnérable, S. TZITZIS, L'« éthique des Droits de l'Homme et les diversités culturelles », *op.cit.* Voir également S. TZITZIS Politique internationale : la personne et le droit humanitaire, in J-H. ROBERT et S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*. LGDJ, 2001, Paris, 125p.

²²⁶ voir en ce sens nos développements. Deuxième partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 2, § 2

²²⁷ A. CAMUS, *L'homme révolté*. In A. CAMUS. *Essais*. Gallimard, Paris, 1965, p.423-709.

²²⁸ *Ibid.*, p.428.

s'intéresse qu'à la dignité blessée de la personne souffrante »²²⁹. En effet, la dignité est alors surtout pensée pour un homme fragile, l'obsession est à la dignité de l'homme dans toute la nudité de sa condition²³⁰. L'absolutisation des droits, leur reconnaissance à un homme abstrait déconnecté de la réalité, de la société dans laquelle vit l'homme concret, n'est finalement pas le seul danger. En effet cet homme concret situé est également un danger. On constate que la revendication de la spécificité de l'homme, de chaque homme parce qu'elle s'accompagne malheureusement d'une revendication de droits, de dignité, et plus précisément de plus de droits et de plus de dignité, est alors dans l'absolu aussi un danger pour l'universalité et pour la dignité. Ceci est surtout vrai en droit, ou l'« homme concret » ne s'entend plus que de « l'homme en tant que », une personne ayant des revendications à formuler. Cette logique de la « concrétude » a fait émerger un nouvel homme abstrait, l'homme qui n'est pas en situation de vulnérabilité ; en effet, il semblerait que dans cette logique ce dernier soit un homme qui n'existe pas, au moins en tant que titulaire de la dignité.

156. Il est vrai que la dignité a été posée pour un homme abstrait mais cet homme abstrait n'est pas notre ennemi, il est cet homme au nom duquel finalement on se bat, c'est bien dans la pensée d'un homme parfait, d'un homme meilleur, dans une société meilleure que l'homme concret, situé revendique des droits. Bertrand Vergely vante les vertus de l'abstraction qu'il faut selon lui entendre de deux manières : l'abstraction est une violence liée à la désincarnation des choses, mais peut aussi s'entendre « d'une liberté liée à leur spiritualisation ». L'abstraction s'avère ainsi parfois nécessaire pour assurer une meilleure compréhension des choses, il faut pour cela prendre suffisamment de recul. « Quand l'individu ramène tout à ce qu'il sent, il finit par manquer la réalité en ne retenant du réel que ce qui reflète ses désirs »²³¹.

157. Il faut alors plutôt que d'opposer sans cesse l'homme abstrait et l'homme concret, prendre conscience, qu'ils ne sont qu'un seul et même homme, simplement, l'homme concret veut aller vers cet homme abstrait, l'homme abstrait sert de modèle à l'homme concret.

Il faut alors éviter deux extrêmes : ne retenir que l'homme abstrait, et ne retenir que l'homme concret. Parce que selon l'hypothèse on aboutit soit au mépris de la spécificité, soit à la confusion entre dignité et vulnérabilité. Plutôt que d'opposer sans cesse l'homme abstrait et

²²⁹ S. TZITZIS, Politique internationale : la personne et le droit humanitaire, in J-H. ROBERT et S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*. LGDJ, 2001, Paris, 125p, p.60-72.

²³⁰ Ceci est vrai aussi bien en philosophie qu'en droit. Voir respectivement C. MILLION-DELSOL Les fondements de l'idée de dignité humaine. *Ethique*, 1992, n° 4. p.90-97 B. MATHIEU La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? *D*, 1996, chron. p. 282. Les deux auteurs insistent sur le fait que l'on ne peut réellement comprendre la dignité que lorsque l'on n'a rien, la dignité se manifesterait en période de dénuement absolu, au sens propre comme au sens figuré.

²³¹ B. VERGELY *Petit précis de philosophie*. Editions Milan, 2005, 156p.p.73

l'homme concret, il faut prendre conscience, qu'ils ne sont qu'un seul et même homme, simplement, l'homme concret veut aller vers cet homme abstrait, l'homme abstrait sert de modèle à l'homme concret. Il faut les réconcilier. La dignité apparaît alors comme ce principe directeur ultra directif qui toujours va nous enseigner, nous montrer l'homme que nous avons à être, la dignité devient cette boussole qui pose des exigences, exigences qui doivent s'adapter à l'homme concret, non pas dans le déni de l'homme abstrait, mais bien au contraire dans un désir toujours ardent et surtout stimulant d'abstraction. On remarquera alors qu'on dénonce toujours l'homme abstrait, mais on objectera que l'on ne penserait pas cet homme concret si on n'avait pas en tête l'homme abstrait, nous dirons alors dans une perspective kantienne, que l'homme abstrait n'est pas l'ennemi de l'homme concret, il est son pendant intelligible, ou alors l'homme concret est le pendant empirique de l'homme abstrait.

CHAPITRE 2

L'INFLUENCE MAJEURE DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

158. Lorsque l'on s'intéresse à la notion de dignité, le détour par la notion kantienne s'avère rapidement incontournable. Le philosophe de Königsberg a, par son approche de la notion de dignité, séduit autant ses pairs que les juristes. Kant n'est pas le premier philosophe à s'être penché sur la dignité de l'homme, d'autres avant lui ont contribué à l'enrichissement et à la compréhension de la notion, d'autres après lui ont donné de nouvelles orientations à la notion. Malgré tout, l'impression générale qui se dégage des discussions à propos et autour de la notion de dignité, est que cette notion sera kantienne ou ne sera pas.

159. Il est alors indispensable de s'arrêter un long moment sur cette approche kantienne de dignité pour tenter de comprendre les raisons de son succès. Ce succès est d'autant plus surprenant que la philosophie de Kant en général et sa philosophie morale en particulier ont été l'objet de vives critiques au sein de la communauté philosophique. Taxée de formaliste, la philosophie morale de Kant a été la cible de railleries, de caricatures. Qu'est ce qui explique alors que malgré les critiques sévères, le droit s'en réfère de manière quasi-systématique à la notion kantienne de dignité ? S'agit-il toujours de l'approche originale ou d'une réinterprétation de la philosophie du maître allemand que l'on retrouve en droit ?

160. La notion kantienne de dignité reposant sur un rationalisme poussé à l'extrême, n'apparaît pas à priori à la portée du droit. La dignité kantienne serait en effet rattachée à un homme idéal, un être raisonnable, un « pur intellect », qu'il est à priori impossible d'identifier avec l'homme tel qu'il se présente dans la réalité sensible. (**Section 1**). Le droit passe outre la difficulté au prix d'une interprétation quelque peu troublante de la philosophie kantienne. En effet, un consensus apparaît en droit autour de l'idée de respect de la personne humaine et de l'interdit de la réification de l'humain, autant de concepts inspirés de la pensée du philosophe de Königsberg dont la pensée est en quelque sorte réinterprétée par le droit (**Section 2**).

SECTION 1

LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

161. Il est intéressant pour comprendre le succès de la notion kantienne de dignité de tenter d'en analyser le contenu. Nous ne prétendons pas livrer un exposé exhaustif de la pensée kantienne, la modestie s'impose en effet devant une œuvre philosophique d'une telle ampleur. Nous tenterons cependant de faire ressortir les principaux aspects, ceux utiles à notre compréhension de la notion (§1). La critique de la notion kantienne de dignité s'inscrit dans le cadre plus large des critiques formulées à l'encontre de la philosophie morale de Kant (§2).

§ 1 : LA DEFINITION DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

162. La notion kantienne de dignité trouve sa source dans un impératif catégorique, ce qui lui confère un statut particulier dans la philosophie morale de Kant (A), et qui attribue au contenu de la notion une force particulière (B)

A) LA FORME DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

163. Kant distingue deux sortes d'impératifs, les impératifs hypothétiques et l'impératif catégorique (2°). C'est dans la troisième formule de l'impératif catégorique que la notion de dignité dépeinte par Kant prend alors sa source. Mais avant de découvrir le contenu de cet impératif, il faut comprendre ce que sont les impératifs et la place qu'ils ont dans la philosophie de Kant. (1°)

1° Les différents impératifs

164. L'impératif est une proposition ayant la forme d'un commandement, en particulier d'un commandement que l'esprit se donne à lui-même²³². C'est la formule d'un commandement contraignant pour une volonté, l'impératif est donc un devoir, le *Sollen* par opposition au *Sein* (ce qui devrait être par rapport à ce qui est)²³³.

²³² A. LALANDE. *Vocabulaire technique critique de la philosophie*. Voir Impératif.

²³³ Voir en ce sens R. EISLER *Kant-Lexikon*. V° Impératif.

165. Pour Kant, « tous les impératifs commandent ou hypothétiquement ou catégoriquement »²³⁴. Les impératifs hypothétiques représentent la nécessité pratique d'une action possible comme moyen pour quelque autre chose qu'on désire ou du moins qu'il est possible qu'on désire obtenir. L'impératif catégorique serait celui qui représenterait une action comme étant par elle-même indépendamment de tout autre but objectivement nécessaire²³⁵. Donc si l'action n'est bonne que comme moyen pour quelque autre chose, l'impératif est hypothétique, si elle est représentée comme bonne en soi (...), alors l'impératif est catégorique²³⁶. L'impératif hypothétique pourrait fait donc se résumer de manière simpliste par l'adage « qui veut la fin veut les moyens », alors que l'impératif catégorique énonce un commandement sans qu'il soit soumis à aucune condition. Pour l'impératif hypothétique « si tu veux telle fin, alors tu dois mettre en œuvre tel moyen ». Pour l'impératif catégorique, tu dois sans autre condition²³⁷.

166. Il existe en réalité deux impératifs hypothétiques, l'impératif hypothétique assertorique et l'impératif hypothétique problématique. L'impératif hypothétique est dit assertorique lorsque la fin visée est réelle. Les actions sont donc prescrites en vue de cette fin. Ces impératifs prennent la forme de conseil de prudence en vue de la fin à atteindre : « Il faut rechercher les moyens propres à nous procurer le bonheur »²³⁸. L'impératif hypothétique peut prescrire une action en vue d'un fait seulement possible, il sera dit problématique. Ces impératifs prennent la forme de règles d'habileté, « si tu veux telle fin, agis de telle façon ». Ici fins et moyens sont assez liés, la fin implique entièrement le recours aux moyens. Pour expliciter les règles d'habileté, Kant prend l'exemple des parents qui donnent des conseils à leurs enfants en vue de leur vie future, ne connaissant pas au moment où ils formulent ces règles d'habileté quelles seront les fins rencontrées. Les parents dans ce cas « cherchent à apprendre à leurs enfants une foule de choses diverses »²³⁹, afin que ceux-ci puissent faire face à toute éventualité.

²³⁴ E. KANT. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Traduction et notes de V. DELBOS, Delagrave, 210p.p.124.

²³⁵ E. KANT. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op.cit.*, p. 124.

²³⁶ E. KANT. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *op.cit.*, p.125

²³⁷ *Ibid.*,p.125.

²³⁸ *Ibid.*,p.125.

²³⁹ *Ibid.*,p. 126.

2° L'impératif catégorique

a) La définition de l'impératif catégorique

167. L'impératif catégorique compte non seulement parmi les éléments les plus célèbres de la pensée kantienne, mais également parmi ceux qui sont l'objet de méprises fondamentales. Il « n'indique pas impartialement en quoi consistent les obligations morales en laissant généreusement l'agent libre de choisir s'il veut ou non accepter de telles obligations. Impératif, il est une mise en demeure et nous enjoint d'agir de telle façon. Et cette injonction-c'est ce que nous dit le mot « catégorique » - est la seule valable sans restriction »²⁴⁰.

168. L'impératif catégorique est dit apodictique parce que la fin est ici nécessaire, contrairement aux impératifs hypothétiques. C'est la formule qui commande indépendamment de toute fin. Il y a un impératif qui nous ordonne immédiatement une certaine conduite sans avoir lui-même pour condition une autre fin relativement à laquelle cette conduite ne serait qu'un moyen²⁴¹. Pour Kant, seul l'impératif catégorique est une loi morale, parce qu'il est inconditionné par opposition aux impératifs hypothétiques dans lesquels les moyens qui sont conditionnés par la fin ne sont donc que des principes pour la volonté, et ne sauraient jamais constituer des lois. Selon Kant, seule la loi renferme le concept d'une nécessité inconditionnelle qui est en même temps objective et dont par conséquent la valeur est universelle. Les commandements sont des lois auxquelles on doit obéissance, c'est-à-dire qu'il faut suivre même contre son inclination²⁴².

169. L'impératif catégorique tire sa forme et surtout sa nature d'une prétendue disposition de l'homme au mal. L'impératif catégorique est en quelque sorte la réponse kantienne au mal radical qui existe chez l'homme. Le mal radical une fois encore ne doit pas s'entendre dans une perspective empirique et relativiste où on dirait que l'homme est tantôt bon, tantôt mauvais. « Kant s'est en effet inscrit d'entrée de jeu hors de l'alternative la plus conventionnelle en la matière : celle du pessimisme anthropologique lié à la chute ou de la bienveillance optimiste qui veut que l'homme s'il persévère dans l'effort pourra surmonter le

²⁴⁰ O. HÖFFE, *Introduction à la philosophie pratique de Kant : la morale, le droit, la religion*. Castella, 1985, 325p, spéc.p.76.

²⁴¹ E. KANT. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. op. cit., p. 134

²⁴² *Ibid.*

mal »²⁴³. Kant ne situe pas le mal radical dans la nature de l'homme, l'homme n'est pas naturellement mauvais, le mal se trouve à la racine, l'homme est radicalement mauvais, le mal se trouve donc au principe même de l'homme. Le mal radical est la disposition chez l'homme à accepter des dispositions contraires à la loi morale, des dispositions mauvaises. « Il y'a impératif parce qu'il y a le mal. Il y a le mal, c'est-à-dire la possibilité de (et la disposition à) transgresser la loi. Il y a la loi comme commandement parce qu'elle peut être violée»²⁴⁴.

170. La loi se devait alors de contraindre. Loi et impératif ne font qu'un, la loi est l'impératif de même que l'impératif est la loi. L'impératif catégorique prend donc la forme d'un TU DOIS, sans qu'il soit possible de s'y soustraire. C'est sous la forme d'un impératif catégorique que Kant fait défense à chaque être raisonnable moral de traiter les autres êtres raisonnables moraux ou lui-même seulement comme moyen.

b) Les différentes formules de l'impératif catégorique

171. L'impératif catégorique donne lieu, dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs* à quatre formules liées les unes aux autres et qui contiennent autant de commandements pour l'homme en tant qu'il est être raisonnable capable de moralité. Ces quatre formules n'en demeurent pas moins toutes équivalentes.

172. Les deux premières formules sont énoncées ensemble (et considérées comme devant être comprises ensemble, par conséquent toujours analysées ensemble) :

1° Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle²⁴⁵.

2° Agis comme si la maxime de ton action devait être érigée par la volonté en loi universelle de la nature²⁴⁶.

173. C'est de la troisième formule (qui est la plus connue des juristes et plus généralement la plus reprise par les auteurs qui prennent comme modèle la dignité telle qu'énoncée par Kant) que découle l'obligation de respecter la dignité : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme fin, et jamais simplement un comme moyen²⁴⁷ ».

²⁴³ . REVAULT D'ALLONNES, *Ce que l'homme fait à l'homme : essai sur le mal politique*. Seuil, 1995, 167p. spéc., p. 41-72

²⁴⁴ J-L. NANCY, *L'impératif catégorique*. Ed. Flammarion, 1983, 153pp. p. 12

²⁴⁵ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs, op.cit.*, p. 136.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.137

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 151

174. La quatrième formule énonce : « Agis toujours d’après une maxime qu’on puisse regarder sans contradiction comme une loi universelle c’est-à-dire de telle sorte que la volonté puisse se considérer elle-même comme dictant par ses maximes des lois universelles²⁴⁸ ».

c) La troisième formule de l’impératif catégorique

175. Ainsi pour Mme Lequan, la troisième formule de l’impératif catégorique signifie simplement qu’il faut « respecter toujours la dignité de la personne humaine comme fin en soi, la valeur par opposition au prix »²⁴⁹. C’est ce troisième impératif qui est repris massivement par la doctrine juridique pour signifier la notion de dignité ; à défaut d’une définition précise de la notion, on reprend la formule kantienne comme si celle-ci rendait toute définition superflue. Cet impératif répond à la question « comment dois-je me comporter face à la loi ? A cette question, la troisième formule répond en disant ce que l’homme lui-même doit *faire* face à une loi. (...) Les deux premiers impératifs montrent *que* je le dois, mais *comment* cela doit se faire, il faut le dire avec plus de précision»²⁵⁰.

B) LE CONTENU DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

176. La dignité chez Kant est une valeur (2°) qui est reconnue seulement aux êtres raisonnables. C’est d’ailleurs le titulaire de la dignité kantienne qui suscite les plus grandes réserves (1°).

1° Le titulaire de la dignité kantienne

a) La distinction entre le phénomène et le noumène

177. L’homme est un être raisonnable particulier car il existe à la fois en tant que phénomène et en tant que noumène. Kant distingue le phénomène du noumène ou chose en soi. Cette distinction avait déjà été faite en des termes différents par Platon, au travers de ce que l’histoire de la pensée a retenu sous le nom de *Mythe de la caverne*. Il s’agit chez Platon d’établir une distinction entre ce qui existe réellement et ce que l’on perçoit grâce à nos sens.

²⁴⁸ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op.cit. p. 156

²⁴⁹ M. LEQUAN, *La philosophie morale de Kant*. Ed. du Seuil, 2001, 509p.,p.198. « Le respect de la dignité de la personne humaine est donc une autre manière d’exprimer l’impératif catégorique moral ».

²⁵⁰ G. KRÜGER, *Critique et morale chez Kant*. Beauchesne et ses fils, Paris, 1931, 272p, spéc . p.126-140

Platon au commencement septième livre de *La République* : « Des hommes sont enchaînés par le cou et ne peuvent pas se tourner à leur convenance ; sur le mur sont projetés par le feu, des ombres d'objets réels qui passent derrière eux. Ils croient que ces ombres sont la réalité »²⁵¹. Kant reprend cette distinction d'une manière « entièrement neuve et par un côté nouveau et une voie nouvelle »²⁵². Il oppose le phénomène que l'on rencontre dans le monde sensible au noumène que l'on rencontre dans le monde intelligible.

178. Le monde sensible est le monde qui nous est accessible en tant que phénomène et qui est accessible à la connaissance. C'est le monde comme phénomène et « il contient aussi l'homme comme phénomène ». Il s'oppose au monde intelligible qui est le monde où l'on rencontre les noumènes et qui ne peut être objet de connaissance. Le monde intelligible est une idée et il est la base du monde sensible, la condition qui rend celui-ci possible. Il est donc une simple idée, mais une « idée pratique qui peut et doit avoir réellement son influence sur le monde sensible afin de le rendre conforme à cette idée »²⁵³. Le monde intelligible est donc fermé à la connaissance humaine qui « est limitée au domaine du phénoménal, à l'apparence des choses dans l'espace et le temps »²⁵⁴. « L'homme, pour ce qui a rapport à la simple perception et à la capacité recevoir les sensations, doit se regarder comme faisant partie du *monde sensible*, tandis que relativement à ce qui en lui peut-être activité pure (c'est-à-dire qui arrive à sa conscience non point du tout par une affection des sens, mais immédiatement) il doit se considérer comme faisant partie du *monde intelligible* dont néanmoins il ne sait rien d'autre »²⁵⁵.

179. Le phénomène est la chose qui m'apparaît dans l'espace et dans le temps, que je peux saisir grâce à l'intuition. Comme une apparence suppose nécessairement une chose qu'elle représente, il fallait selon Kant admettre un autre ordre que celui qui apparaît dans l'expérience, l'ordre des choses en soi ou noumène²⁵⁶. Le noumène ne peut qu'être pensé, il ne peut être apparence, il ne peut jamais être connu puisqu'il échappe à toute expérience. Le phénomène dans le monde sensible auquel il appartient est soumis au déterminisme des lois

²⁵¹ PLATON *La République*. Traduction et présentation de G. LEDOUX. Garnier Flammarion, 2002, 801p. spéc.p.358.

²⁵² A. SCHOPENHAUER, *La critique de la philosophie kantienne*. L'Harmattan, 2004, 187p. P.28. Pour l'auteur, le génie de Kant est de reprendre une distinction déjà établie, et d'en faire « grâce à l'exposé le plus froid et le plus sobre une vérité démontrée et indiscutable. »

²⁵³ R. EISLER, *Kant-Lexikon*. Voir « monde moral ».

²⁵⁴ O. HÖFFE., *Introduction à la philosophie pratique de Kant : la morale, le droit, la religion*. Castella, 1985, p.37

²⁵⁵ R. EISLER, *Kant-Lexikon*. V° Monde sensible.

²⁵⁶ Z. KLEIN, *op.cit.*, p.26 l'auteur retient ainsi que : « le concept de chose en soi se détermine pour nous négativement, seulement notamment comme étant hors des limites de notre intuition sensible, seule source de notre connaissance ».

naturelles en vertu duquel chaque effet a une cause et l'on peut remonter de cause en cause sans jamais rencontrer la source première elle-même inconditionnée. Le noumène dans le monde intelligible est soumis aux lois de la raison, c'est là que grâce à sa raison il est apte à se soumettre aux lois édictées par celle-ci, s'élevant ainsi au-dessus de son moi fini temporel²⁵⁷. De ce fait on va lui reconnaître une valeur intrinsèque, la dignité, qui va faire de lui le créancier d'un respect inconditionnel et intemporel dû à toutes les « fins en soi ».

b) L'homme, être raisonnable et fin en soi

180. Dans la pensée kantienne, il n'existe pas qu'un seul être raisonnable qui serait l'homme, l'homme est un être raisonnable parmi d'autres. L'homme est le seul que nous connaissons²⁵⁸. Lorsque dédaignant toute inclination pour les penchants et les besoins, il n'obéit qu'à la loi de sa volonté qu'il aura lui-même édictée, il acquiert une certaine sublimité, une certaine dignité²⁵⁹. Grâce à sa capacité à être moral, à édicter lui-même des lois auxquelles il se soumet avec le double titre d'auteur et de destinataire, l'homme comme fin en soi affiche sa valeur infiniment supérieure aux choses. Il affiche sa dignité.

181. L'homme en tant que fin en soi est membre du règne des fins. Dans la pensée kantienne, la notion de règne des fins renvoie à une double réalité. Le règne des fins est l'ensemble des êtres raisonnables autonomes qui sont législateurs et sujets des lois de leur raison. « J'entends par règne des fins la liaison systématique de divers êtres raisonnables par des lois communes »²⁶⁰ Le règne des fins c'est ensuite au sens matériel, l'ensemble des buts poursuivis par les êtres moraux qui composent ce règne des fins.

182. Au sein du règne des fins, Kant distingue les « simples membres » du « chef »²⁶¹. Un être raisonnable » en tant que membre est celui qui tout en donnant des lois universelles dans le règne des fins, n'en n'est pas moins soumis à ces lois²⁶². Le chef est celui qui « donnant des lois n'est soumis à aucune volonté étrangère »²⁶³. Il y a un seul chef, Dieu. Il est la seule fin en soi qui n'ait que des droits sans aucun devoir puisqu'il est capable d'être moral immédiatement ; c'est-à-dire qu'il n'y a pas chez Dieu à l'inverse de l'homme une lutte contre

²⁵⁷ Z. KLEIN, *op.cit.*, p.26

²⁵⁹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique es mœurs*, *op.cit.*, p.77

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*, p.158.

²⁶² *Ibid.*, p.158.

²⁶³ *Ibid.*, p. 158.

les penchants, les désirs pour faire triompher la moralité. En effet, cette distinction entre droits et devoirs ne prend son sens que chez un être qui n'est pas dans sa nature enclin à faire, à choisir le bien. Il y a chez l'homme un penchant au mal contre lequel il a à lutter, ce penchant ne se retrouve pas chez Dieu, c'est pourquoi celui-ci n'a pas de devoirs et seulement des droits.

c) Le rôle de l'autonomie

183. L'autonomie tient une place importante dans la morale kantienne. Ce principe constitue le fondement dont « découle le troisième impératif catégorique »²⁶⁴. Elle est « le principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable »²⁶⁵ Elle est principe de toute chose, s'affranchissant de tout penchant, de toute contrainte externe pour se soumettre aux maximes universelles établies par sa propre volonté. L'autonomie est définie chez Kant comme la propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa propre loi, indépendamment des objets du vouloir²⁶⁶. L'autonomie est la liberté entendue dans un sens moral, il s'agit d'un principe déterminant de la volonté. La liberté comme autonomie est au centre de la *Critique de la raison pratique*. Il s'agit de la formulation kantienne de la problématique chrétienne de l'homme pêcheur. Chez l'homme il y a ce « combat » entre la tentation de céder au péché et celle d'y résister, mais ce combat est indispensable et contribue à faire de l'homme un être à part car il n'est pas soumis comme les animaux au déterminisme naturel. Alors que dans la morale chrétienne, l'homme est guidé par les commandements divins, auquel il doit obéir, la liberté s'entendrait alors comme le pouvoir de ne pas obéir à ses commandements, mais la liberté ainsi entendue ne serait que négative. Chez Kant cette problématique reçoit une traduction laïque et la liberté n'est pas « le pouvoir négatif de dire non au commandement divin ou non à la tentation. Elle est conçue fondamentalement comme autonomie, c'est-à-dire comme la capacité qu'à l'homme de se donner sa propre loi »²⁶⁷. La liberté entendue de manière positive fait de l'homme un sujet agissant qui est capable de se diriger lui-même. Kant distingue l'autonomie de l'hétéronomie. On parle d'hétéronomie « quand la volonté cherche la loi qui doit la déterminer autre part que dans l'aptitude de ses maximes à instituer une législation universelle qui vienne d'elle, (...) passant par-dessus elle-même, elle cherche

²⁶⁴ G. KRÜGER, *Critique et morale chez Kant*. Beauchesne et ses fils, Paris, 1931, 272p, spéc.p.126-140.

²⁶⁵ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit.p.162.

²⁶⁶ R. EISLER, *Kant-Lexikon*. V° Autonomie.

²⁶⁷ D. COLIN, *Question de morale*. Armand colin, Paris, 2003, 299p. Spéc. p. 234

cette loi dans la propriété de quelqu'un de ses objets »²⁶⁸. L'homme se soumet aux conditions sociales et culturelles, il est en quelque sorte déterminé socialement, culturellement ; il n'est pas libre, il se détermine d'après un certain contexte, d'après certaines forces extérieures à lui. L'hétéronomie c'est la soumission aux penchants, aux contraintes externes, c'est finalement paradoxalement aussi une manifestation de la liberté, mais liberté ici au sens négatif, liberté comme indépendance à la loi morale se traduisant alors par le refus de se soumettre à cette loi, en cédant au contraire à la pression de penchants externes.

184. Ce n'est pas si l'on en croit Kant, l'homme libre négativement à qui on reconnaît une dignité-valeur, c'est à l'homme sujet d'une liberté positive que l'on reconnaît cette valeur intrinsèque et infinie.

2° La dignité comme valeur spécifique de la personne

185. L'ensemble de l'œuvre de Kant est ainsi émaillé de références directes ou non à la notion de dignité, même si en Droit l'ouvrage de référence en matière de notion kantienne de dignité est : *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Mais il faut reconnaître que la notion de dignité est une notion centrale dans la philosophie morale de Kant. Ainsi de longs développements lui sont consacrés bien sur dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785), mais aussi dans *Leçons d'éthique* (1775-1780), ou encore dans la *Doctrine de la vertu* (1797)

186. On peut proposer deux définitions relevées respectivement dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*, et dans la *Doctrine de la vertu*.

187. 1° « (...) dans le règne des fins tout a ou un prix ou une DIGNITE ». Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par la suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité²⁶⁹.

188. 2° « Dans le système de la nature (*homo phaenomenon, animale rationale*) est un être de moindre importance et il possède avec les autres animaux, en tant que produits de la terre, une valeur vulgaire (*pretium vulgare*). Mais considéré comme *personne*, c'est-à-dire comme sujet d'une raison moralement pratique, l'homme est élevé au-dessus de tout prix ; en effet comme tel (*homo noumenon*) il ne peut être regardé que comme moyen pour les fins d'autrui, pas même pour les siennes propres, mais comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une

²⁶⁸ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit. p. 170.

²⁶⁹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit. p.160

dignité(une valeur intérieure absolue), par laquelle il force *au respect* de lui-même toutes les autres créatures raisonnables et qui lui permet de se mesurer avec toutes créatures de cette espèce et de s'estimer sur le pied d'égalité »²⁷⁰.

189. Kant présente la dignité comme une valeur, LA valeur par opposition au prix. C'est ici mettre l'accent sur une différence dans la détermination des choses auxquelles s'appliquent respectivement la valeur et le prix. En effet, dans le langage courant, on associe souvent la valeur d'une chose et son prix. Une chose qui a un certain prix, un prix élevé sera quelque chose qui a de la valeur. Le prix confère alors a une chose de la valeur, l'inverse n'est cependant pas toujours vrai ; la valeur d'une chose ne sera pas nécessairement associée à son prix, au sens marchand, la chose ayant alors un prix dérisoire, mais une valeur sentimentale qui lui confère une valeur inestimable aux yeux de son propriétaire, le prix devenant donc accessoire. On voit donc que le prix lui aussi est une valeur et que la valeur peut aussi avoir du prix, prix et valeur peuvent donc être intimement liés. Dans la pensée kantienne, ce qui distingue le prix de la valeur, c'est le mode de détermination, la détermination du prix fait appel à des éléments extérieurs à la chose, c'est quelque chose d'extérieur à la chose qui lui donne son prix, alors que la valeur que Kant associe à la dignité est une valeur intrinsèque qui ne dépend d'aucun élément extérieur, qui ne dépend que de l'être lui-même auquel est reconnue cette valeur. La valeur reconnue par Kant est impérativement soumise à la capacité morale du titulaire de la dignité.

§ 2 : LA CRITIQUE DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

190. La notion Kantienne de dignité est vivement critiquée en ce qu'elle ne s'appliquerait pas à l'homme de tous les jours, elle est *a priori* inaccessible (A). L'univers juridique ne s'embarrasse pas de ces réserves et se livre à une lecture quelque peu faussée de la philosophie du maître allemand (B).

A) UNE NOTION A PRIORI INACCESSIBLE

191. La critique de la notion kantienne de dignité (2°) s'inscrit dans la critique plus large de la philosophie morale de Kant (1°).

²⁷⁰ E. KANT, *Doctrine de la vertu*. Traduction A. PHILONENKO, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 182p.p. 109.

1° La critique de générale de la morale kantienne

192. La philosophie de Kant en général fait l'objet de critiques ayant trait au caractère formaliste de sa pensée. Kant est critiqué pour sa philosophie trop éloignée de la réalité. Dans le kantisme on dénonce : « l'irrationalisme, le fidéisme, le subjectivisme »²⁷¹. La philosophie morale de Kant a été critiquée par un certain nombre de philosophes au premier rang desquels on peut citer Hegel ou Schopenhauer. La morale de Kant serait « une morale de l'entendement abstrait, séparateur opposant de manière dualiste sans pouvoir jamais les réconcilier, raison et sensibilité, universel et particulier »²⁷². La critique faite à Kant est alors celle plus générale d'une philosophie qui ne serait pas matérialisable, qui ne se préoccuperait pas vraiment de l'homme réel. Cette critique de la philosophie kantienne s'inscrit dans celle plus générale de la critique de l'homme abstrait et l'homme concret²⁷³. Kant privilégierait un homme qui ne peut être l'homme que le droit connaît, qui existe dans le monde sensible. La morale kantienne formulée pour un homme imaginaire ne saurait être étendue à l'homme que nous sommes tous. Elle viserait « la suppression de spontanéité de l'action humaine au profit du calcul froid de la raison. Kant tente de fonder une morale immuable dans un cosmos sensible, en installant dans la réalité du monde la personne soumise à des règles abstraites. Il ignore la sensibilité humaine au profit d'une raison incapable de prendre en compte les angoisses existentielles de l'homme-concret-dans-le monde. Les impératifs catégoriques sont en effet abstraction d'une donnée de l'existence, l'affectivité dont le désir est une facette »²⁷⁴. On lui reproche d'avoir mis en place un système de pensée qui n'est pas destiné à exister dans la réalité. Le système kantien serait voué à être toujours admiré mais jamais éprouvé. La morale kantienne en resterait à l'état d'idée pure de la raison et à ce titre serait dépourvue d'utilité pratique. Ces critiques sont d'autant plus difficiles à combattre que Kant lui-même ne cache pas la faveur qu'il accorde aux idées pures et à la raison pure en général. Les idées ne « sont ni superflues, ni vaines »²⁷⁵ selon lui.

²⁷¹ J. LACROIX, *Kant et le kantisme*. PUF, 12^{ème} édition, 1998, 125p, p.5.

²⁷² M, LEQUAN, *La philosophie morale de Kant*. Ed. du Seuil, Paris, 2001, 509p. p. 16.

²⁷³ Voir en ce sens nos développements, Première partie, Titre premier, Chapitre 1, Section 2, §2.

²⁷⁴ S. TZITZIS, *Qu'est-ce qu'une personne ?* Armand colin, paris, p.82-89

²⁷⁵ R. EISLER, *Kant Lexikon*..

2° La critique spécifique de la notion kantienne de dignité

193. Un auteur consacre une thèse à démontrer que la dignité telle qu'elle est développée par Kant n'existe que dans la pensée, et n'a pas vocation à prendre forme dans la vie réelle. Mme Klein s'efforce de démontrer que la dignité telle qu'elle est pensée par Kant correspondrait davantage à un idéal, à une vue de l'esprit²⁷⁶. L'auteur est saisi par une « notion » brutalement mise en question par une tragique expérience : l'holocauste. Il s'agit pour elle, de savoir si la « dignité humaine n'est qu'une formule sonore et vague, donnant bonne conscience à l'homme »²⁷⁷. Il est vrai que l'on serait tenté d'admettre la dignité de l'homme comme évidente, puisque cette notion accompagne toutes les manifestations de l'esprit humain dès leurs origines les plus lointaines. Cependant à certaines époques de son histoire, l'homme se trouve dépouillé de toute dignité d'une manière si dérisoire, qu'on doit nécessairement se poser de nouveau la question non seulement où est la dignité, mais si elle existe en général²⁷⁸. Pour répondre à cette question, l'auteur va s'intéresser à deux auteurs dont elle oppose les pensées, sur ce sujet : Kant et Pascal. Ce choix s'explique selon l'auteur parce que ce sont deux philosophes dont les visions de l'homme sont radicalement opposées. Car nul n'a davantage vanté la puissance de l'homme que Kant et nul n'a mieux démontré son impuissance que Pascal²⁷⁹. A l'« anachronisme de la pensée » kantienne, l'auteur oppose la vision plus contemporaine et plus conforme à notre époque de la pensée pascalienne. Kant serait par son rationalisme exacerbé trop éloigné des préoccupations du monde moderne²⁸⁰. L'auteur se livre à une critique des fondements retenus par le maître allemand pour justifier la dignité. La morale à laquelle la dignité doit tout chez Kant, plus précisément cette capacité de l'homme à la morale n'est jamais vraie de l'homme que nous connaissons. Elle est posée pour un homme idéal et abstrait que Kant nous oblige à penser avant de pouvoir développer une quelconque morale. L'auteur est parti à la recherche de l'homme du Kantisme, qui est

²⁷⁶ Z. KLEIN, *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, op.cit., p.8 : « La possibilité de réalisation de cette idée, car la dignité humaine n'est chez Kant qu'une idée, ici et maintenant est irréalisable »

²⁷⁷ Z. KLEIN, op.cit. p. 7-8

²⁷⁸ Z. KLEIN, op.cit., p.9

²⁷⁹ *Ibid.* On peut cependant objecter ici que s'il est vrai que ces deux philosophes s'intéressent à des modes d'être de l'homme radicalement différents, ils n'ont fait qu'exprimer les deux faces d'une même réalité, puisque l'homme n'est pas que puissance, ou qu'impuissance, il a toujours été admis, que l'homme était puissance et impuissance, impuissance et puissance, grandeur et misère, un être complexe et dual qui allie force et faiblesse dans un même être. Alors, on peut se demander si au lieu de les opposer radicalement comme le fait l'auteur, il n'aurait pas fallu trouver une manière de les lire ensemble, dans l'intérêt supérieur de l'homme, au service duquel finalement ces deux pensées se sont mises. ?

²⁸⁰ Z. KLEIN, op.cit., p.10. Selon l'auteur : « Nous nous trouvons justement à un tel tournant où le monde ne nous apparaît plus comme un *Kosmos*, dont l'ordre harmonieux nous élève et console, mais comme un chaos, désolant son absurdité. Ainsi un Pascal nous est plus proche qu'un Kant, bien qu'il soit possible que les choses changent encore et dans un sens contraire ».

l'homme « avec une majuscule, l'homme en Général. Seulement cet homme était introuvable. Il ne pouvait se rencontrer que dans un monde imaginaire rationnellement construit, où le témoignage de l'expérience ne change rien »²⁸¹.

194. Mme Klein dénonce les contradictions que comporte la philosophie morale de Kant, elle dégage à cet effet trois aspects de la dignité dans l'œuvre de Kant et par une savante démonstration, conclut pour chacun des aspects à l'impossibilité de poser l'existence de la dignité selon Kant.

- a) Relativement à l'être raisonnable, membre du monde intelligible
- b) Relativement à l'espèce humaine
- c) Relativement à la condition humaine, à l'homme tel quel

195. - *S'agissant de l'être raisonnable.* Il est le seul auquel Kant reconnaît la dignité, en tant qu'il est une fin en soi. Sa personnalité lui attribue une valeur infinie. Il est hors de doute que la dignité humaine dans ce cadre, n'est pas conçue par rapport à l'homme ou par rapport à l'humanité réels. Son sujet, la personnalité et sa condition la liberté, sa matière, la moralité, sont toutes des idées, partant la dignité elle aussi n'est qu'une idée qui sévit dans un monde idéal²⁸². Cependant, Kant nous invite pour donner une réalité objective à ce monde que nous ne pouvons jamais connaître, à substituer le savoir à la foi. C'est la foi en l'existence d'un monde au-delà du monde dans lequel on vit, la foi dans un au-delà dans lequel l'homme pourra atteindre la perfection morale qui lui fait défaut dans le monde fini. A dessein, Kant postule l'immortalité de l'âme, « en vue de la perfection morale ». Mais Kant lui-même doute de la possibilité pour l'homme d'atteindre la perfection morale, seule condition pour accéder au règne des fins et par là à la dignité. Il faut alors se résoudre à ce que l'accès à ce monde ne soit définitivement pas possible pour l'homme. « Il en ressort que la dignité conçue sur ce plan reste également idéale, et non pas réelle »²⁸³.

196. - *S'agissant de l'espèce humaine,* pour comprendre la critique formulée par Mme Klein, il faut rappeler en quelques mots, la doctrine kantienne relativement à l'espèce humaine, elle est développée dans : *Idée pour l'histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique* (1784). Kant pose l'espèce comme condition d'épanouissement de la raison. « Chez l'homme en tant qu'unique créature raisonnable sur la terre, les dispositions naturelles qui visent à l'usage de sa raison étaient destinées à n'atteindre leur complet développement que dans

²⁸¹ Z. KLEIN *op.cit.*, p.14

²⁸² Z. KLEIN *op.cit.* p.53

²⁸³ Z. KLEIN *op.cit.* p.53

l'espèce et non dans l'individu²⁸⁴. C'est alors seulement grâce à l'espèce et son caractère infini que la raison va vraiment pouvoir réaliser toutes ses potentialités. C'est cette idée d'absence de limite qui rend l'espèce séduisante aux yeux du philosophe de Koenigsberg. En effet, l'espèce renvoie à des générations entières, qui prolongent à l'infini l'homme, par l'espèce humaine, l'homme advient à jamais, il n'est pas limité par le temps. Pour Mme Klein, tout ceci est préjudiciable à la dignité individuelle. En effet, dans la mesure où la dignité ne va pas sans la raison, elle aura également besoin de l'espèce pour se réaliser. L'individu se trouve englouti dans l'espèce qui seule se voit reconnaître la dignité²⁸⁵.

197. -*S'agissant de l'aspect de la dignité développée par Kant relativement à la condition humaine.*

Le point de départ est le constat de la présence en l'homme du mal autant que du bien, un véritable combat s'engage alors entre le bien et le mal chez l'homme. Alors que la moralité exige le bien et la conformité à la loi morale, ramené à l'homme concret, l'exigence de moralité devient une exigence de vertu. En effet, Kant tient à la moralité, il met en avant la sainteté de la loi et pose comme exigence de tendre vers cette moralité. Cependant, il faut tenir compte de tous les paramètres et notamment de cette présence du mal en l'homme²⁸⁶. La recherche de la vertu impose à l'homme des devoirs envers lui-même et des devoirs envers les autres hommes. L'homme concret peut grâce à la vertu aspirer à la moralité et partant à la dignité²⁸⁷. Mais soudain alors que l'on croit enfin pouvoir découvrir la dignité attachée à l'homme être sensible, phénomène, accessible à notre connaissance, celle-ci se dérobe une fois encore à cet homme parce que encore une fois l'homme dual ressurgit. L'homme nous dit Kant a des devoirs envers lui-même en tant qu'être animal (en tant que phénomène), mais également envers lui-même en tant qu'être moral (en tant que noumène, fin en soi). C'est dans les devoirs envers lui-même en tant qu'être moral que se découvre la dignité, plus précisément, en observant les devoirs envers l'humanité dans sa personne, l'homme être moral, *homo noumenon* respecte sa dignité. Et l'auteur de conclure: si nous nous demandons

²⁸⁴ E. KANT, *Idée pour l'histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*. Traduction G. LEROY, notes M. CASTILLO. In J-F. COURTINE (dir.), *Kant histoire et politique*. Librairie philosophique J. VRIN, 1993, p. 87-100.

²⁸⁵ Z. KLEIN, *op.cit.*, p.59

²⁸⁶ *Ibid.*, p.69 »donc cela veut dire que la sainteté est en effet hors de la portée de l'homme, mais il peut encore posséder la vertu par une conduite conforme au devoir.

²⁸⁷ E. KANT, *Doctrine de la vertu*, Traduction A. PHILONENKO, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 182pp.50 « on nomme *courage (fortitudo)* la force et la décision réfléchie d'opposer une résistance à un adversaire puissant, mais injuste, et lorsqu'il s'agit de l'adversaire qui rencontre l'intention morale *en nous*, le courage est alors vertu(*virtus, fortitudo moralis*).

si la prétention à la dignité est compatible avec la condition humaine telle qu'elle, il nous semble que la réponse doit être catégoriquement négative »²⁸⁸.

198. La conclusion générale dégagée par l'auteur est sans appel : Quel que soit l'aspect sous lequel la dignité est envisagée, relativement à la moralité de la fin en soi, à la moralité de l'espèce humaine et à la moralité de l'homme tel quel, la dignité se présente toujours comme inaccessible à l'homme. « Dans le premier cas la réalisation de la valeur morale relève de l'immortalité de l'âme qui est une idée transcendantale ou postulat pratique hors d'atteinte, dans le second cas également (...) la moralité ne représente qu'une idée ou hypothèse, du reste à jamais irréalisable. Dans le troisième cas, étant donné la véritable constitution de l'homme, celle d'un individu mortel dont l'expérience ne permet aucune illusion optimiste, la moralité voire la vertu sont tout à fait impossibles à réaliser²⁸⁹.

199. Kant a par conséquent bien pensé la dignité, mais la dignité chez lui est associée à l'image d'un homme que l'homme que nous sommes se sera jamais, que l'homme que nous connaissons ne connaîtra jamais, *a fortiori* que le droit chargé de protéger l'homme, d'organiser la vie en société ne connaît et ne connaîtra jamais. Cet homme n'existe pas. Il a été créé par Kant, plus précisément pensé par lui, comme le seul être capable de s'élever au-dessus de la vie phénoménale et en s'élevant de se soumettre à la loi édictée par sa propre volonté.

200. Dans une perspective comparatiste et pour mieux renforcer sa critique de la dignité kantienne, l'auteur va lui opposer la dignité telle qu'elle a été développée par Pascal. Cependant, l'auteur se retrouve contraint de tirer la même conclusion, la dignité dans tous les cas n'est pas de ce monde, ni chez Kant, ni Chez Pascal. Chez ce dernier, « La dignité ainsi placée dans la pensée, prise en elle-même ne présente aucune difficulté ; elle est l'objet d'octroi et non d'usurpation ; elle est universelle et particulière en même temps car la pensée est un fait incontestable dans tout homme ; elle est purement humaine, car la pensée n'est matière de dignité que pour l'homme »²⁹⁰. Mais au fil des développements que l'auteur consacre à l'exposé de la dignité pascalienne, on se rend compte, que cette dignité là aussi s'avère hors d'atteinte, plus exactement, elle n'est accessible à l'homme que dans un au-delà accessible grâce à la foi en Dieu. C'est ici comme dans un moment de la pensée kantienne, la conscience de la présence du mal en l'homme, la problématique de la chute qui conduit Pascal comme Kant à rechercher une solution pour l'homme. Pascal, pour retrouver la dignité perdue

²⁸⁸ Z. KLEIN *op.cit.*p.85

²⁸⁹ *Ibid.*, p.85.

²⁹⁰ *Ibid.*,p.93.

va se tourner vers un ordre extérieur à la philosophie, la religion. Finalement comme dans la philosophie kantienne, l'homme va devoir également s'élever, non pas par la raison, mais par la foi. Pascal « entrevoit un ordre plus élevé où l'homme doit tendre, infiniment supérieur à l'ordre de la raison même (...) l'ordre de Dieu »²⁹¹. C'est seulement dans cet ordre que l'homme de Pascal peut espérer retrouver sa dignité, tout comme l'homme Kantien qui doit passer dans le monde moral.

201. La conclusion de l'auteur se veut optimiste à l'égard de Pascal, puisqu'elle reconnaît à ce dernier, à défaut de parvenir à apporter la preuve de l'existence de la dignité, de poser une pensée « cohérente et admirable »²⁹², loin dans tous les cas des contradictions et des incohérences relevées dans la pensée kantienne. L'auteur rend hommage à la pensée pascalienne en ce qu'il s'agit d'une pensée qui porte en elle le souci de l'homme et le souci plus large de la condition humaine. « Pascal, tout en voyant l'effroyable misère de l'homme, du fond de sa charité et de son humilité, parvient à y souffler un peu de chaleur, de solidarité humaine. Et cela à défaut de dignité, est déjà beaucoup mieux que le mépris »²⁹³.

202. L'auteur n'est donc parvenu à trouver ni chez Kant ni chez Pascal, la preuve de l'existence de la dignité. Est-ce à dire que la dignité n'existe pas ? Nous ne le pensons pas. Il faut simplement essayer de réhabiliter cette notion afin de permettre son utilisation non contradictoire en droit. Le fait que l'auteur n'ait pas pu parvenir à établir que la dignité pascalienne était réalisable, nous amène à nous interroger sur la nécessité même d'établir l'existence de la dignité.

B) UNE LECTURE JURIDIQUE FAUSSEE

203. En dépit du scepticisme ambiant, (1°) la notion kantienne de dignité est séduisante pour le juriste, notamment parce qu'il retrouve dans les développements consacrés à la notion des concepts familiers, ce qui explique qu'il y ait pu y avoir confusion (2°), même si cette confusion n'était pas inéluctable (3°).

1° Un scepticisme justifié

204. Kant donne bien une définition de la dignité, il a pensé la notion, lui a donné une consistance dans son système de pensée, l'a expliquée, l'a explicitée, nous en a donné le sujet,

²⁹¹Z. KLEIN. *op.cit.*,p.122

²⁹²*Ibid.*, p.123

²⁹³*Ibid.*,p.127

en a tiré des conséquences pour l'homme. La démonstration est séduisante, complète même si parfois un peu complexe pour un esprit non aguerri à la technique philosophique, plus précisément même à la pensée kantienne. On a l'impression à la lecture de la notion kantienne de dignité de comprendre au moins que la dignité existe, qu'elle fait de l'homme un être à part, mais on se rend compte, pas assez rapidement cependant, que cette démonstration kantienne aurait dû heurter notre sensibilité de juriste. En effet, on se rend compte que s'en remettre si vite à la notion kantienne de dignité, à la notion de dignité telle que définie par Kant, ne va pas sans quelque entorse au rigorisme juridique.

205. En effet, en même temps que Kant encense l'homme nouménal digne parce que moral, il a davantage de réserves en ce qui concerne l'homme phénoménal. C'est au premier qu'il reconnaît une valeur intrinsèque, cette valeur intrinsèque qu'il a qualifié de dignité. L'homme auquel Kant reconnaît cette dignité est l'*homo noumenon*. Le moment est peut être venu de se demander quel est cet homme, cet être raisonnable moral, fin en soi et membre du règne des fins, qui a des droits et des devoirs, auquel on doit le respect sans condition et qui se doit également à lui-même le respect sans condition ? Cet homme est-il identique à l'homme que le droit protège, auquel le droit reconnaît lui aussi des droits et des devoirs ? Cette question a été éludée. La difficulté à été a été résolue sur le mode de l'évidence, en ce sens qu'à partir du moment où Kant pose l'idée d'une dignité qui est une valeur reconnue au seul homme en tant qu'il est homme, c'est bien évidemment de l'homme particulier, être individuel dont s'agit. Les apparences sont parfois trompeuses, nous dit-on, et là effectivement l'apparence nous a trompés. En effet, l'homme ou plus précisément le sujet kantien titulaire de la dignité a peut-être l'apparence de l'homme (encore qu'au sens kantien justement le sujet de la dignité n'est justement pas apparence), en tous cas ce n'est nullement l'homme particulier, l'homme singulier, l'homme connu par le droit.

206. Le juriste devrait alors quelque peu s'interroger, parce que c'est le droit qui organise la vie en société de l'homme. Est-ce pour cet homme nouménal moral (sujet de la dignité) qu'il doit établir des règles de vie en société ? Le peut-on au moins ? La question se pose parce que Kant lui-même affirme que cet homme nouménal, chose en soi ne peut être objet de connaissance. Comment s'en référer à la notion de dignité telle qu'elle est définie par Kant alors qu'il est clair qu'elle est l'attribut d'un être qui ne vit pas dans le monde que le droit régit ? Quel serait en effet l'intérêt d'envisager des règles concrètes pour un monde inaccessible ? Pour un être inaccessible ? Le juriste reste sceptique, en tous cas il aurait peut-être dû se montrer sceptique.

207. Cependant, les attraits de la dignité et cette capacité qu'elle aurait à faire de l'homme un être sacré auquel serait dû un respect inconditionnel, semblent l'avoir emporté sur toute autre considération. Mais justement, la dignité kantienne fait de l'homme un être à part, tellement à part qu'il n'existe même pas. Il ne peut qu'être pensé. Une fois l'euphorie de la définition trouvée retombée, le doute s'installe ou du moins aurait dû s'installer. L'objet du scepticisme est le sujet de la dignité. Kant reconnaît la dignité à une personne inconnue du droit mais pire encore que le droit ne pourra jamais connaître. En relisant son œuvre, on trouve des notions que l'on connaît en tant que juriste, mais qui on se rend compte, ne recouvrent pas les mêmes réalités. C'est pourquoi on comprend alors que même si la confusion était possible, elle n'était pas inéluctable.

2° Une confusion possible

208. La pensée kantienne n'a donc pas été fidèlement restituée, c'est à une notion de dignité que nous qualifierons de tronquée que l'on veut en droit faire passer pour la notion kantienne de dignité et que l'on prend pour acquise. On peut comprendre que la pensée kantienne, la philosophie kantienne de manière générale ne s'offrent pas aisément à la connaissance. De l'aveu même de ses pairs, l'œuvre kantienne est difficile à appréhender parce que pour la comprendre il faut déjà être familier du langage de Kant. En effet, il y'a tout un vocabulaire kantien²⁹⁴, des mots qui prennent un sens différent chez Kant. Il peut parfois paraître inutile de retourner à la définition d'un mot que l'on croit connaître, dont on croit saisir le sens, mais le retour à la définition est un mal nécessaire lorsqu'on tente de pénétrer dans l'univers kantien. Il s'agit on s'en rend très vite compte d'un univers particulier, où chaque mot a un sens propre et pas souvent celui qu'on croit. Nous pouvons reprendre ici les propos du Pr. Wolbert qui a raisonné à propos de la signification des termes « moyens » et « fins » contenus dans la troisième formule de l'impératif catégorique. Mais nous pouvons généraliser son propos à toute l'œuvre de Kant, selon lui « le langage de Kant est un langage étrange (y compris pour un allemand). C'est pourquoi il faut chercher le sens des mots même les plus communs »²⁹⁵.

209. La confusion vient du fait que des notions clés dans la définition kantienne de dignité sont également bien connues des juristes : la notion de personne et la notion de personnalité.

²⁹⁴ Voir notamment le *Kant Lexikon*.

²⁹⁵ W.WOLBERT, The kantian formula oh fuman dignity and its implications for bioethics, in *Ethics*, vol.4, n°1, 1998,p.18-23

On retrouve dans le système kantien la *summa divisio* bien connue des juristes entre les personnes et les choses. Ainsi « Les êtres dont l'existence dépend, à vrai dire, non pas de notre volonté, mais de la nature, n'ont cependant, quand ce sont des êtres dépourvus de raison, qu'une valeur relative, celle des moyens, voilà pourquoi on les nomme des choses ; au contraire, les êtres raisonnables sont appelés des personnes, parce que leur nature les désigne déjà comme des fins en soi, autrement que comme quelque chose qui ne peut être employé simplement comme moyen, quelque chose qui par suite limite d'autant toute faculté d'agir comme bon nous semble (et qui est un objet de respect) »²⁹⁶.

210. La personne est l'être raisonnable qui est de par sa nature, prédestinée à être une fin en soi. La personne kantienne a conscience de sa liberté. Elle a droit au respect. La personne kantienne est par conséquent cet être hautement moral qui est source et destinataire de la loi. La personne est le siège de la raison législatrice. Dans la pensée kantienne, on peut citer au moins deux personnes, Dieu et l'homme²⁹⁷. La notion de personne chez Kant renvoie à une autre notion également bien connue des juristes mais ne renvoyant pas à la même réalité.

La personnalité est chez Kant « ce qui élève l'homme au-dessus de lui-même (en tant que partie du monde sensible), ce qui le rattache à un ordre de choses que seul l'entendement peut concevoir »²⁹⁸. La personnalité s'entend alors chez Kant de cette indépendance « vis à vis du mécanisme de la nature. Elle érige l'homme au rang de fin en soi infiniment respectable. La personnalité est l'aptitude à exister comme être moral mû par le respect de la loi morale »²⁹⁹. Elle est donc dans ce mouvement du sensible vers l'intelligible, et c'est en cela qu'elle « éveille le respect en nous »³⁰⁰

3° Une confusion inéluctable ?

211. La distinction que Kant établit entre l'être moral et le phénomène n'est pas sans rappeler la distinction juridique entre la personne physique et personne morale. Il y a un point commun entre le système kantien et le système juridique s'agissant de la personne morale. Dans les deux cas, il ne s'agit pas d'un phénomène, on ne peut donc pas en faire l'expérience. La personne morale en droit est une fiction grâce à laquelle on va reconnaître des droits à une

²⁹⁶ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op.cit.p. 158.

²⁹⁷ Voir en ce sens M. LEQUAN, op.cit p.215: « Kant classe au sein du même genre personne morale, Dieu, l'homme (quoique tous deux soient des personnes avec des prérogatives distinctes) et les autres êtres raisonnables. 215

²⁹⁸E. KANT, *Critique de la raison pratique*. Traduction J. GIBELIN, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, 1974, p.99.

²⁹⁹ M. REVAULT D'ALLONNES, *Ce que l'homme fait à l'homme : essai sur le mal politique*, op.cit.p.41-72

³⁰⁰ E. KANT, *Critique de la raison pratique*. op.cit.p.99.

entité distinctement des droits des personnes physiques qui la composent. Chez Kant, l'être moral est une abstraction, or c'est à cette personne qu'est reconnue la dignité. Il ne s'agit pas de la personne physique que nous connaissons en droit, mais de l'être moral qui constitue le contrepoint de la personne physique dans un monde inaccessible à cette dernière. En droit, la personne morale n'est pas dotée de tous les attributs de la personne physique. Tandis que l'être moral chez Kant occupe une place de choix et que finalement lui seul peut aspirer aux plus hautes sphères et à la dignité. La personne morale juridique étant une fiction, une certaine méfiance l'entoure et c'est à la personne physique, seul être véritable que l'on reconnaît le maximum de prérogatives. La personne morale au sens juridique du terme se voit reconnaître par moment des droits et prérogatives de la personne physique par extension, extension souvent faite dans le souci de préserver les personnes physiques qui souvent se fondent dans l'anonymat de cette personne morale.

212. L'élévation tant convoitée sous les traits de la dignité, la valeur tant louée en droit ne serait qu'un idéal lointain, ce vers quoi on tendrait sans jamais pouvoir l'atteindre. Là vient le dépit pour le juriste qui puise chez Kant sa notion de dignité. Quelques certitudes s'effondrent ici. Kant a fondé la dignité ou plus précisément, il l'a pensée pour un homme qui n'existe pas en réalité, qui n'existe pas dans le monde dans lequel l'homme du droit évolue, l'homme en tant que personne physique, individu connu du droit et protégé par lui. La dignité kantienne serait-elle malgré tout transposable à l'homme du droit et qui est l'homme que nous connaissons, que nous côtoyons tous les jours, l'homme que nous sommes, que chacun d'entre nous est ? Peut-on trouver un moyen de prendre comme définition la définition kantienne de la dignité et l'appliquer directement au droit ? La réponse est négative, on ne peut essayer de transposer la dignité kantienne à l'homme juridique, parce qu'en tout état de cause, l'homme juridique renvoie à *l'homo phaenomenon*, il est clairement identifié par Kant. Il est limité, soumis au déterminisme de la nature, car c'est là qu'on le trouve. Kant a bien établi la distinction entre l'homme en tant que phénomène et l'homme en tant que noumène, il a reconnu la dignité au second en l'excluant de fait pour le premier. Les choses auraient été différentes si Kant avait réfléchi sur le seul homme en tant que noumène, sans jamais mentionner la partie sensible de cet « homme-noumène ». Dans ce cas, on aurait pu au moins essayer de poser que pensée pour l'homme en tant que noumène, dans un monde accessible par la seule intuition intelligible, la dignité attribut de ce dernier, pourrait également être reconnue à son pendant dans le monde sensible : « l'homme-phénomène ». Cependant, toute la philosophie de Kant en ce qui concerne les valeurs suprêmes, la moralité, la dignité, procède par reconnaissance de la coexistence de deux mondes, ayant dans chacun un être qui

lui est propre et n'existe que dans lui. Elle procède ensuite par exclusion, du côté sensible de l'homme et glorification de son Moi intelligible. Kant reconnaît l'existence de l'homme en tant que phénomène et qui est l'homme que nous connaissons tous, mais il lui dénie toute dignité.

213. Un dernier argument achève de nous convaincre du fait que la dignité kantienne n'est pas « transposable en l'état ». C'est dans l'homme qui agit *par devoir*³⁰¹ que l'on trouve la dignité dans le système kantien, alors que l'homme du droit agit *conformément au devoir* à la légalité. Il se représente ce qu'il est convenu de faire, en se conformant à ce qu'il est convenu de faire. Chez Kant en effet, agir par devoir et conformément au devoir sont deux choses très différentes qui confèrent au sujet agissant une valeur plus ou moins particulière. Ainsi le sujet de la dignité agit selon une loi interne, il ne se conforme à rien, n'essaie pas de respecter une loi externe qui lui serait édictée, ne calque pas son action sur une règle qui existe hors de lui, ne se conforme pas au devoir, mais agit en tenant compte d'exigence en lui, il agit par devoir.

³⁰¹ E. KANT. *Fondements de la métaphysique des mœurs.op.cit.p.92.*

SECTION 2

L'APPORT SUBSTANTIEL DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE EN DROIT POSITIF

214. Il est certain que ce n'est alors pas tout à fait la notion kantienne de dignité que l'on va retrouver en droit, mais une réinterprétation juridique de la pensée du maître. La notion kantienne de dignité est intransposable en l'état, ce qui pouvait être utile dans la conception kantienne de dignité a été retiré et retenu. Mais il faut alors se résigner à ne pas attribuer à Kant la paternité de la notion telle qu'elle a été retenue en droit. En droit finalement a été retenu de la notion kantienne cette volonté de traduire l'éminence de l'homme. Et ce n'est pas trahir Kant que de tenter d'organiser juridiquement le respect de la personne, que de tenter d'éviter que l'homme ne soit traité simplement comme un moyen. Cela revient à saisir la vision de l'homme qui se cache derrière l'idée de dignité défendue par Kant. Le droit s'intéresse surtout à la dimension éthique de la pensée kantienne qu'il entend mettre en pratique. Cet accomplissement de la morale kantienne ne peut se faire sans une réinterprétation de cette morale (§ 1). La notion kantienne constitue incontestablement la formule de référence, un modèle pour le droit (§2).

§ 1 : L'ADAPTATION JURIDIQUE DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

215. Les disciples de Kant eux-mêmes reconnaissent également qu'il manque cette dimension concrète à la philosophie du maître. Ils vont malgré toute l'admiration qu'ils peuvent lui porter, prétendre parachever son œuvre en l'accomplissant. Ainsi Fichte qui se réclame du philosophe de Königsberg soutient que l'œuvre de Kant demande à être accomplie, elle serait inachevée et seule sa concrétisation pourrait la faire échapper aux critiques en la rendant utile et pratique. Fichte prétend « donner à l'esprit de la philosophie Kantienne la lettre qui lui convenait, et que, Kant lui-même dépassé par sa propre révolution n'avait pu lui-même élaborer »³⁰². La pensée de Kant serait donc incomplète et surtout ne serait pas opposée à une réalisation, elle appellerait même cette réalisation qui serait une façon de l'achever en la

³⁰² S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*. PUF, 2004, spéc, p. 70 et s.

concrétisant. Bien que certains auteurs³⁰³ s'opposent fermement à cette vision de la philosophie morale de Kant, on peut objecter qu'à défaut de réaliser cette philosophie, on peut s'en inspirer et en tirer des conséquences pratiques pour la vie de tous les jours, conséquences qui reprennent des notions mises en avant par Kant lui-même, au premier rang desquelles se trouve la notion de respect. L'interprétation juridique de la notion kantienne de dignité est facilitée par la dimension humaniste (A) et éthique (B) de la morale kantienne ainsi exprimée.

A) UNE ADAPTATION FACILITEE PAR LA DIMENSION HUMANISTE DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

216. La critique majeure adressée à la notion kantienne de dignité est une critique que l'on pourrait étendre à toutes les conceptions de la dignité, à savoir la dignité en tant que concept philosophique et moral ne serait qu'une idée. En tant que telle, elle s'ajoute à la longue série de notions dont « la raison ne peut rendre raison »³⁰⁴. L'idée est une représentation de quelque chose, l'idée s'oppose alors à la réalité. Par l'idée, on peut essayer de saisir la chose en soi, « les idées supplantent la réalité extérieure et constituent le réel véritable »³⁰⁵. Elle est alors une représentation de l'esprit, par opposition à ce que saisissent nos sens, la réalité. A une idée ne correspond pas nécessairement une chose dans la réalité. L'idée peut rester du domaine de l'imagination, et n'a pas vocation à s'incarner dans le réel. La notion d'idée est très importante chez Kant, il entend par « *idées transcendantales ou idées de la raison* », ce qui dans notre pensée, non seulement ne dérive pas des sens, mais dépasse même les concepts de l'entendement, puisque l'on ne peut rien trouver dans l'expérience qui en fournisse une illustration »³⁰⁶. Il s'agit d'« un concept nécessaire de la raison auquel aucun objet qui lui corresponde ne peut être donné dans les sens »³⁰⁷. Elle est ce qui nous permet de remonter jusqu'à l'inconditionné. Si on s'arrête là, il paraît alors difficile d'envisager un passage de la dignité ainsi posée comme idée à une dignité éprouvée au sens de confrontée à la réalité des faits, de l'expérience.

³⁰³ La réhabilitation de la notion kantienne de dignité ne s'annonce pas aisée, parce que prétendre réhabiliter cette notion c'est surtout en droit pouvoir l'utiliser, la mettre en pratique, c'est en quelque sorte l'accomplir. Or, pour Simone Goyard- Fabre, il semblerait que chercher à « accomplir » l'inspiration fondamentale kantienne c'est en quelque sorte la trahir. S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique, op.cit.* p. 70.

³⁰⁴ Z. KLEIN, *op.cit.* p. 128.

³⁰⁵ A. JACOB (dir.) *Encyclopédie philosophique universelle*, Tome II Les notions philosophique, PUF, 1990. V° « Idée ».

³⁰⁶ A. LALANDE *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. V° « Idée »

³⁰⁷ E. RUSLER *Kan-Lexikon*. V° « Idée ».

217. Le passage de cette dignité pensée à une dignité éprouvée, donc d'une dignité pensée à une dignité réelle, n'est possible que si l'on admet que l'idée posée par Kant est indispensable pour permettre la rencontre dans la réalité de la dignité. La dignité kantienne et la dignité héritée de l'humanisme classique, que le philosophe représente à sa façon si particulière, nous offrent avant tout une belle image de l'homme. Derrière cet inaccessible idéal de dignité prôné par Kant, on trouve une célébration de l'homme, une haute considération de ce dernier. Et ce qui va intéresser le juriste et ce qu'il va retenir, c'est ce qui se cache derrière cette idée. En effet, si Kant peut être considéré comme un philosophe idéaliste, en ce qu'il privilégie les idées à la réalité³⁰⁸, il est également un tenant de la tradition humaniste dans sa conception la plus classique, à savoir, le fait de voir dans l'homme un être à part, qu'il faut toujours considérer comme une fin, et à ce titre, la conception kantienne de la dignité ne peut être résumée à une simple idée qui ne serait d'aucune utilité pratique pour l'homme. Et s'agissant de la notion de dignité, c'est à cette qualité de philosophe humaniste que l'on s'attache pour permettre l'utilisation de sa conception de la dignité en droit. S'il est vrai que la référence kantienne est incontournable en matière de dignité, l'erreur serait d'isoler la pensée kantienne des autres. En effet, la pensée kantienne « prend place dans une généalogie hors de laquelle on ne la comprendrait guère »³⁰⁹. Or si l'on inscrit la morale kantienne dans la tradition humaniste à laquelle elle appartient, ce qui ressort c'est avant tout l'homme auquel on reconnaît de si hautes valeurs morales. Ce qu'il convient alors de respecter dans l'homme dans une réelle perspective universaliste, ce n'est pas cette raison hautement morale, mais l'être dans lequel cette raison trouve refuge. La notion kantienne de dignité n'apparaît plus comme un idéal inaccessible si derrière la savante démonstration intellectuelle, on comprend que ce qui est important ce n'est finalement pas tant la raison qui atteint son paroxysme de moralité, que l'homme doué de cette raison. Il faut donc poser une nouvelle assise pour la juridicisation de la notion kantienne de dignité. La notion n'est pas utilisable par le droit en l'état. Ce à quoi il faut s'attacher c'est à la dimension humaniste de la philosophie kantienne, afin d'extraire le message qui est universel, ce respect intemporel dû à tout humain. Finalement les hautes aptitudes morales ne semblent pas peser lourd face à l'homme auquel

³⁰⁸ L'idéalisme est une « position philosophique qui conçoit le monde ou la réalité extérieure comme la représentation d'une conscience ou d'un sujet pensant. Défini par opposition au matérialisme, la philosophie idéaliste accorde la primauté à l'idée. Dans la catégorie philosophique de l'idéalisme, se retrouvent des pensées très différentes, comme celles de Platon, Descartes, Berkeley, Kant, Schelling ou Hegel, qui ont comme point commun d'affirmer l'importance de l'idée bien qu'elles divergent dans le sens qu'elles accordent à ce terme. D'une manière générale, la position idéaliste accorde aux idées- et à la faculté intellectuelle productrice de ces idées- une valeur plus importante qu'à la réalité extérieure. », A. JACOB (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle* Tome II, Les notions philosophiques, PUF, 1990 V° « Idéalisme ».

³⁰⁹ P. VALADIER *Morale en désordre : Un plaidoyer pour l'homme.*, Seuil, Paris, 2002., spéc.p.140-160

ces aptitudes sont reconnues. En effet, la raison ne saurait être isolée de l'homme. Sans l'homme, il n'y a pas de raison.

218. C'est ce que propose M. Valadier. Pour l'auteur, il faut trouver un moyen de contourner « ces impasses », auxquelles aboutit le rationalisme kantien, car il paraît inconcevable de « liquider purement et simplement une tradition philosophique à laquelle nous devons tant »³¹⁰. Pour l'auteur : « il est possible de sauver la référence à la dignité de la personne mais au prix d'une réinterprétation de la tradition kantienne (...) Kant est-il à ce point solidaire du rationalisme auquel on l'identifie ? Identifiait-il la dignité morale à l'exercice de la raison et à une volonté libre, ou n'estimait-il pas que toute personne mérite toujours le respect comme une fin et jamais seulement comme un moyen ?³¹¹ Pour étayer son propos, l'auteur revient sur la parabole du bon samaritain dans l'Évangile selon Saint Luc (chapitre x, versets 25 à 37) : « Le samaritain qui prend en charge le blessé au bord du chemin, le fait-il parce qu'il respecte en lui ses titres en matière de raison, de volonté libre ou de mémoire, alors que le malheureux gît sans doute prostré, silencieux, gémissant, livré à la violence des hommes qui l'ont laissé comme mort ? Le samaritain ne l'a pas respecté non plus parce que participant à sa propre communauté religieuse, par une solidarité qui obligerait au nom des principes religieux transcendants, mais tout simplement parce que réduit à rien, cet inconnu « sans qualités » était livré à sa mansuétude, à son attention, à son attention vigilante, à la compassion humaine»³¹².

219. Il faut se souvenir que la dignité, cette valeur intrinsèque reconnue à l'homme, est antérieure au mot lui-même. Il s'agit d'un « idéal commun à tous les peuples et toutes les nations non pas seulement par convenance morale ou religieuse, mais en vue d'un développement pacifique et juste de la communauté humaine ». Ce qu'il faut alors retenir de la pensée Kantienne, c'est cette manière finalement de rendre universel cet idéal, en le rendant accessible à tous. En effet, le respect auquel Kant nous invite, parce qu'au fond notre dignité commune nous y contraint, est à la portée de tous. C'est en cela que la philosophie Kantienne en tant qu'elle pose le souci de l'humanité en chacun est un humanisme qui ne constitue plus cet idéal inaccessible, mais bien cet impératif qui s'impose à nous avec la force de l'évidence.

³¹⁰ P. VALADIER, *Un philosophe peut-il croire ? op.cit.*, p.71-86

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

B) UNE ADAPTATION FACILITEE PAR LA DIMENSION ETHIQUE DE LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE

220. La philosophie morale de Kant (dans laquelle prend corps la notion de dignité) subit le reproche d'être purement une philosophie qui n'est pas destinée à être réalisée dans le monde réel. Dans le même temps, les conséquences posées par Kant pour la notion de dignité, à savoir, l'obligation de respect de la personne d'autrui et de sa propre personne et l'interdiction de traiter la personne seulement comme un moyen, sont des obligations très concrètes, très réelles et très contextuelles. Le langage kantien présenté comme impénétrable, et trompeur, est cependant sur un certain nombre de points très proche des préoccupations du monde réel. Alors, si l'on ne reçoit la philosophie kantienne que sous cet aspect, on ne peut lui reprocher de ne pas se soucier de l'homme, ou alors de développer une morale froide et éloignée de nos préoccupations quotidiennes. En effet, la conception kantienne se démarque des conceptions humanistes classiques auxquelles on l'associe traditionnellement. Alors que ces philosophies se souciaient avant tout d'affirmer la suprématie de l'homme sur les autres êtres vivants, la philosophie kantienne, sans se départir de cette haute idée de l'homme, a pressenti la nécessité de relativiser cette éminence en se souciant de l'agir de celui-ci. En effet, à quoi cela aurait-il servi de développer une doctrine de la vertu, de poser des droits mais également des devoirs pour une personne, si ce n'est dans l'intention de régir son agir, même potentiel, hypothétique, ou éventuel ?

221. L'homme n'a finalement que faire d'être cet être exceptionnel que l'humanisme classique voit et célèbre, il veut que l'autre le reconnaisse et le respecte en tant que sujet. Plus qu'une quelconque excellence métaphysique, c'est une protection de la personne qui est désormais revendiquée derrière l'idée de dignité. C'est d'ailleurs dans cette perspective éthique que se placent d'emblée les philosophies personnalistes modernes, qui tout en « reconnaissant leur dette à l'égard de Kant, proposent une autre approche de la personne. Au lieu de faire dériver l'aspect éthique de l'aspect métaphysique, elles posent d'emblée la dignité de la personne humaine concrète. En d'autres termes, elles envisagent directement « l'aspect éthique de la personne »³¹³. L'intérêt de ce statut est de déterminer l'attitude à adopter en face d'un être auquel on reconnaît la dignité.

222. L'espoir de réhabilitation de la morale kantienne est permis, notamment eu égard à la conclusion à laquelle aboutit Mme Klein³¹⁴ dont l'ambition était de démontrer que la notion

³¹³ L. SENTIS, Penser la personne. *Nouvelle Revue Théologique*. Septembre-Octobre 1994, p.679-873.

³¹⁴ Voir nos développements, *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 1, II, A.

kantienne de dignité est un idéal inatteignable. L'auteur se rend compte que ce n'est peut être pas tant la notion kantienne de dignité que la dignité qui semble difficile à atteindre. En effet, Pascal, en qui reposait l'espoir de l'auteur pour apporter une preuve de l'existence de la dignité, aux dires même de l'auteur n'est pas mieux parvenu que Kant à poser la dignité comme autre chose qu'une idée à laquelle on choisit de croire. « L'examen de la pensée de Kant et de Pascal entrepris en vue d'en dégager un principe philosophique qui justifierait la notion de dignité humaine aboutit donc à un résultat négatif par rapport à l'homme dans sa condition concrète »³¹⁵. L'auteur part à la recherche de la dignité et trouve en guise de « compensation », le respect de l'autre, la charité, la solidarité humaine, en quelque sorte l'expression des sentiments humains. Que fait Kant à sa manière lorsqu'il enjoint de respecter l'autre ? Il enjoint de respecter l'humanité en l'autre, il enjoint alors en d'aller à la rencontre de l'autre. On peut objecter que le respect préconisé par Kant est le respect pour la loi morale et que finalement « tout respect pour une personne n'est proprement que respect pour la loi dont cette personne nous donne seulement l'exemple »³¹⁶. Le respect est une notion universelle, que tout le monde peut comprendre, à laquelle on peut tous avoir accès. Le respect chez Kant est d'abord et avant tout, le respect de la loi morale, c'est « la conscience que j'ai de la subordination de ma volonté à une loi »³¹⁷. La formule du philosophe allemand résonne à la fois comme un des principes du décalogue, comme un slogan politique, mais aussi et avant tout comme un slogan humaniste. Il peut être repris par tous, en tout temps et en tout lieu, car toujours cette nécessité de respecter l'autre et de se respecter soi-même s'impose.

223. La notion kantienne de dignité est contextuelle. Il y a dans la définition kantienne de la dignité, au moins en théorie, cet impératif universel de respect de la personne humaine, qui résonne comme un symbole, à une époque où la personne humaine a été bafouée. Les textes internationaux et nationaux veulent s'inscrire en rupture contre les événements dramatiques qui ont secoué le monde dans la première moitié du vingtième siècle. Les crimes perpétrés par le régime nazi nécessitaient la réaffirmation de certaines valeurs bafouées à cette période. Au centre de ces valeurs figure le respect de l'autre en tant qu'humain. C'est là que la conception Kantienne de la dignité prend toute son importance, et surtout que le charme de cette notion a opéré auprès du juriste. En effet, la notion de dignité telle que la conçoit le philosophe allemand accorde une importance majeure au respect de l'autre et au respect de soi-même. Il

³¹⁵ Z. KLEIN, *op. cit.* p.125.

³¹⁶ R. EISLER, *Kant lexikon*, V° Respect.

³¹⁷ *Ibid.*

s'agit d'un des devoirs qui, chez Kant, découlent de la notion de dignité. Le respect est dû à soi-même en tant qu'homme et à l'autre en tant qu'homme, le respect passe alors par la nécessaire reconnaissance de l'humanité chez l'autre homme. L'impératif kantien résonne comme un avertissement, contre les tentatives de réduire l'homme à un moyen, contre toutes tentations de ne pas respecter l'homme, en sa propre personne et en la personne d'autrui.

224. Le droit s'est emparé de la notion kantienne de dignité, mais n'a retenu qu'une partie seulement de la pensée kantienne, la seule obligation faite de traiter toujours la personne humaine en même temps comme un moyen et comme une fin. Cet impératif kantien a reçu une traduction juridique dans l'interdiction faite de traiter autrui ou soi-même comme un objet. La réification de la personne est une préoccupation sans cesse renouvelée de la communauté juridique et, Kant par son interdiction de traiter autrui simplement comme un moyen, fournit un fondement efficace pour cette interdiction qui a acquis un caractère juridique certain.

§ 2 : LA NOTION KANTIENNE DE DIGNITE COMME REFERENCE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE

225. Il n'est pas exagéré de parler de succès de la notion kantienne de dignité. En effet, avant même de voir que cette notion a été portée par le droit au rang de définition juridique par défaut, on remarque que la conception kantienne de dignité est présentée comme *La* définition de la dignité par excellence. S'il ne fallait en quelque sorte retenir qu'une formulation de la notion de dignité, il semblerait que ce soit la notion kantienne qui ait été choisie, que ce soit par la philosophie ou de manière plus significative par le droit. La plupart des auteurs s'accordent pour reconnaître en Kant, « le philosophe de la dignité humaine »³¹⁸. *Kant* aurait donné à la notion de dignité ses lettres de noblesse. Ainsi, « Kant est sans doute celui qui a exprimé avec le plus de clarté et de rigueur l'importance, capitale à ses yeux, de l'idée de dignité humaine »³¹⁹. Une abondante production doctrinale anglo-saxonne relative à la notion de dignité, dans le domaine de l'éthique médicale, reconnaît l'apport incontestable de la

³¹⁸ F. BORELLA Le concept de dignité de la personne humaine, *in Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges en l'honneur de la personne*. Economica, Paris, 1999, 29-38.

³¹⁹ R. SIMON, Le concept de dignité de l'homme en éthique, *in De dignitate hominis. Mélanges offerts à Carlos-Josaphat PINTO de OLIVEIRA*. Université de Fribourg, 1987, p.265-278.

notion de Kant dans le rayonnement et la compréhension de la notion³²⁰. Les développements philosophiques consacrés à la notion de dignité débutent souvent par un exposé de la vision kantienne de la dignité³²¹. La notion Kantienne de dignité est une « référence philosophique rigoureuse »³²² pour un certain nombre de philosophes qui s'intéressent également à la notion de dignité. Ainsi, en philosophie, la notion kantienne de dignité, bien souvent constitue une base pour la discussion. Elle constitue le point de départ d'autres théories qui, développent leur pensée en prenant comme idée de départ la notion telle qu'elle a été explicitée par le philosophe allemand. Paul Valadier va même plus loin puisqu'il fait de la notion Kantienne de dignité, « l'horizon intellectuel de cette référence morale centrale »³²³. Pour lui, « il ne faut pas isoler Kant de toute une tradition, y compris religieuse, hors de laquelle il resterait inintelligible. Néanmoins, sa position systématique domine de haut le paysage moral de nos sociétés »³²⁴. Et nous ne pouvons que conclure avec M. Valadier que « l'époque est kantienne puisque nul n'ose contester frontalement une telle référence »³²⁵

226. L'aura de la notion kantienne de dignité a débordé le cadre de la philosophie pour atteindre les rivages du droit. Il n'appartient pas au droit de définir la notion de dignité³²⁶, car comme nous l'avons vu la notion a été développée par un certain nombre de philosophes, et les pistes suivies ne sont pas toujours les mêmes³²⁷. Définir serait alors dans ce cas précis, choisir entre plusieurs conceptions philosophiques. Et pour certains auteurs, là n'est pas le rôle du droit. Le législateur doit « se limiter à poser des normes concrètes d'encadrement des comportements. Quant aux juges, ils ne sauraient se reconnaître une compétence que le législateur se décline et se cantonne dans ce qui est proprement leur rôle, appliquer les normes »³²⁸. Cependant, s'agissant de la notion de dignité, il semblerait que le choix du droit se soit porté que ce soit sciemment³²⁹ ou de manière inconsciente, sur la notion kantienne de

³²⁰ Voir notamment, G. COLLSTE *Is human life special?* Peter Lang, Bern, 2002, 233p. Spéc.p.145 “ The enlightenment philosopher, Immanuel Kant formulated the most influential secular philosophical defence of the view that human life is special.” W. WOLBERT The Kantian formula of human dignity and its implications for bioethics. *Ethics*, vol 4, n° 1, 1998, pp.18-23. “ Kant, to whom we owe perhaps the most important explication of this idea,(...)”

³²¹ J. GENTZLER *What is a death with dignity ? Journal of Medicine and Philosophy*, 2003, vol.28 n°4,pp.461-487. La traduction est de nous.

³²² E. DOCKES, G. LHUILLIER. *Le corps et ses représentations*. Litec, 2001, 243p.

³²³ P. VALADIER *Morale en désordre : un plaidoyer pour l'homme*. Seuil, 2002, 213p. spéc.p.149-180.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Voir nos développements supra, Titre Ier, Chapitre 2.

³²⁷ Voir en ce sens nos développements, Première partie, Titre premier, Chapitre 1.

³²⁸ A. BERNARD-MIRKOVIC. *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. PUAM, 2003, 472p. spéc. P. 37-51

³²⁹ La doctrine juridique ne cache pas son intérêt pour la notion kantienne de dignité, mais s'agissant du législateur, les choses semblent plus difficiles, parce que finalement, celui-ci se borne bien souvent à prescrire un comportement, sans véritablement marquer une préférence pour telle ou telle conception philosophique.

dignité. La neutralité présumée du droit semble avoir trouvé quelques assouplissements avec la notion de dignité. La frilosité et la réticence du juriste à l'égard de la philosophie semblent s'être évanouies, puisqu'il voit dans la notion un sésame qui va permettre à l'entendre de résoudre un certain nombre de problèmes attendant à la définition de l'homme, de la personne son pendant juridique³³⁰. Les perspectives supposées offertes en droit par la notion de dignité expliquent l'intrépidité du juriste face à une notion philosophique aussi complexe que celle développée par Kant. Ce choix semble aller de soi pour certains auteurs pour lesquels, Kant est celui qui « prépare le mieux la notion juridique »³³¹. Ainsi, la plupart des auteurs juridiques, intéressés par les fondements philosophiques de la notion de dignité, le plus souvent citent Kant, que celui-ci soit cité seul³³² ou avec d'autres philosophes. Lorsque les auteurs font le choix d'une seule conception de la notion de dignité bien souvent c'est la conception kantienne de dignité qui est retenue. Ainsi, Olivier de Tissot dans son analyse sur la dignité du salarié retient à titre liminaire : « kant participe de la même idéologie que celle des rédacteurs français de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, texte fondateur de notre conception juridique des droits, et des devoirs de l'être humain. Aussi nous semble-t-il logique d'adopter sa conception philosophique de la dignité humaine, ce qui implique que cette dernière prenne place parmi les normes fondamentales de notre droit (...) »³³³.

227. L'excellent rapport de synthèse « *Voyage au bout de la dignité* »³³⁴ atteste de cette empreinte kantienne dans la pensée juridique qui s'intéresse à la notion de dignité. Le rapport se présente comme une étude du processus de juridicisation de la notion de dignité. La

³³⁰ Voir en ce sens notamment : A. ROBERTO, *La bioéthique et la dignité de la personne*. PUF, 1997, p.33-48, selon l'auteur : « être personne veut dire être digne. (...) Dans une perspective moins statique, le terme « personne est employé pour désigner les êtres qui possèdent une dignité intrinsèque. En ce sens, dire « personne » équivaut à dire « être qui mérite un traitement en tant que fin en soi » ; voir également A. BERNARD –MIRKOVIC, *op.cit.* spéc.p.200-230, l'auteur affirme que « la dignité définit la personne », elle en constitue le « critère décisif ».

³³¹ J. FIERENS La dignité humaine comme concept juridique, *in L'odyssée des droits de l'homme*.

³³² Voir notamment M-L. PAVIA La découverte de la dignité de la personne humaine, *in La dignité de la personne humaine, sous la direction de M-L PAVIA, T. REVET*, Economica, 1999.pp.3-23. L'auteur débute son exposé par une référence explicite à Kant et aussi à la manière dont Kant envisage la dignité, c'est-à-dire comme une idée de la raison pure, s'agissant de la dignité l'auteur pose : « elle nous semble moins correspondre à une période précise que se fonder dans une idée régulatrice au sens de Kant ».

³³³ O. de TISSOT. Pour une analyse juridique du « concept » de dignité du salarié » *Droit social*, 1995 p.972-975.

³³⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD (dir.) *Voyage au bout de la dignité : recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine..* Rapport dactylographié, 2004, spéc. P.26-36 Il faut dès maintenant préciser que ce rapport a donné lieu à un ouvrage : S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. PUF, 2005,318p. Il se trouve simplement que l'ensemble des développements du rapport dactylographié n'est pas repris dans l'ouvrage Nous avons par conséquent choisi de renvoyer à l'ouvrage lorsque les développements étaient identiques, et au rapport dactylographié, lorsque ce dernier était plus complet sur certains points. Cette double référence est indispensable à un meilleur éclairage de notre propos.

méthode choisie est celle du regard croisé entre le discours doctrinal et la jurisprudence sur le thème de la notion de dignité. De cette confrontation les auteurs ont pu tirer plusieurs constatations notamment l'existence de plusieurs approches de la notion de dignité, que ce soit en doctrine ou en jurisprudence. Les auteurs ont alors dégagé essentiellement « trois types de contenus, c'est-à-dire trois types de définitions substantielles du principe de dignité »³³⁵. La première approche constitue ce que le droit désigne sous le vocable latin « *dignitas* » et renvoie à « une qualité attachée à un rang ou une fonction officielle », il ne s'agit alors pas de la notion de dignité humaine au sens où nous l'entendons. Seules les deux autres approches intéressent directement notre propos. La seconde approche « fait de la dignité une qualité attachée à la personne humaine, (...) la dignité, droit de la personne, peut être opposée par l'homme à des tiers ». (...) Cette conception recouvre l'idée générale de respect dû par les tiers à toute personne. Elle s'incarne ainsi par exemple, dans les incriminations pénales d'atteinte à la dignité ou encore dans les législations sociales qui se fondent sur le principe de dignité pour requérir la protection de l'Etat (...)»³³⁶. La référence à Kant n'est pas explicite, mais, il ne paraît pas erroné de voir dans ce respect dû à l'homme par des tiers, le respect que prône Kant à l'égard des autres comme dépositaires au même titre que nous de cette valeur intrinsèque qui est inestimable. Ceci est d'autant plus vrai que pour les auteurs, cette conception de la dignité « présuppose la liberté ou l'autonomie conçues dans la théorie politique moderne comme les principes fondateurs de tout système politique »³³⁷. Or les notions de liberté et d'autonomie ont une place particulière dans la philosophie morale de Kant, l'autonomie constituant pour ce dernier, le principe même de la dignité³³⁸. La troisième approche « fait de la dignité une qualité opposable à l'homme par des tiers. La dignité devient ici un concept absorbant les obligations générales de respect vis-à-vis d'une certaine représentation de ce qu'est l'humanité. La série d'obligations comprise dans cette approche incombe à tout individu quel qu'il soit et en tant qu'il appartient au genre humain»³³⁹. Il semble difficile de ne pas voir dans cette seconde approche, le deuxième versant du respect développé par Kant à partir de la notion de dignité, le respect dû aux autres. De plus pour illustrer cette approche, les auteurs s'en réfèrent à la décision rendue par le Conseil d'Etat à

³³⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD (dir.) *Voyage au bout de la dignité : recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*. Rapport dactylographié, 2004, spéc. p.26-36

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.*, p.29

³³⁸ Voir nos développements, *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 1, §1.

³³⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD (dir.) *Voyage au bout de la dignité : recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, *op.cit.*, spéc. p.26-36

propos des spectacles de lancer de nains³⁴⁰. Or cette jurisprudence est l'illustration de la protection de l'individu contre lui-même, une affirmation péremptoire du respect que l'homme se doit à lui-même en tant que membre de l'espèce humaine. Sans accréditer l'interprétation particulière de la dignité retenue dans cette affaire, il s'agit surtout de montrer l'empreinte Kantienne dans la jurisprudence et dans le discours doctrinal. Même implicite, la marque du philosophe est réelle ; on croirait presque la notion kantienne de dignité « taillée sur mesure pour le droit ». Ce qu'il faut alors retenir de ce rapport c'est que finalement les deux approches les plus répandues dans la doctrine et en jurisprudence ne constituent rien d'autre que les deux aspects du devoir moral kantien de respect, respect envers soi-même et respect envers les autres.

228. Il semblerait que l'ordre juridique français ne soit pas le seul à avoir « succombé » à l'influence kantienne. Certains ordres étrangers semblent également avoir été touchés par le « kantisme ambiant ». Ainsi, Mme Gimeno-Cabrera, constate qu'« il ressort de l'ensemble de la jurisprudence espagnole et française que la dignité ne saurait admettre qu'une personne puisse être réduite à l'état d'objet³⁴¹, qu'une personne fût-elle consentante, puisse être utilisée comme un projectile (...). Cette notion ne permet pas aux individus de disposer de leur vie à leur guise et n'implique pas le droit à la mort comme composante du droit à la vie (...) En tant que valeur spirituelle et morale, la dignité apparaît dans sa dimension juridique sous la forme du principe à l'autodétermination consciente de sa propre vie, principe qui implique un devoir de respect de l'individu envers lui-même comme envers autrui »³⁴². On retrouve l'influence du philosophe de Königsberg dans le droit interne allemand, à propos de la théorie dite de l'« objektformel ». Il s'agit au travers de cette théorie d'interdire que la personne ne soit traitée comme un objet aux mains de la puissance publique. Pour Mme Jeannin, cette théorie « s'inscrit dans la continuité de la pensée kantienne »³⁴³.

229. Cette influence de Kant sur le droit s'exprime soit de manière directe, par une référence explicite à la notion telle qu'elle a été développée par le philosophe de Königsberg³⁴⁴, soit

³⁴⁰ C.E., Ass., 27 oct. 1995 (2 espèces), *RFDA*, 1995, p.1204, concl. P. Frydman.

³⁴¹ Nous soulignons.

³⁴² V. GIMENO CABRERA. *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*. LGDJ, 2003, p. 152-153.

³⁴³ L. JEANNIN. Le principe de dignité en droit allemand. In S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. PUF, 2005, p.158-175

par une reformulation de la pensée du philosophe. Quoi qu'il en soit et quelle qu'en soit la manière la notion kantienne de dignité constitue la référence majeure dans l'ordre juridique.

230. Le droit pénal français est symptomatique de cette influence kantienne sur le droit. Ainsi, le Code pénal retient au titre des atteintes à la dignité, plusieurs types de comportements humains (art.225-1 à 225-24). Nous prendrons trois exemples pour tenter de justifier notre hypothèse de l'influence majeure de la notion kantienne de dignité dans la conception juridique de la dignité. Il s'agit des discriminations³⁴⁵, du proxénétisme³⁴⁶, et des conditions de travail et d'hébergement³⁴⁷. Le législateur a pris le parti de choisir des infractions bien ciblées, qui renvoient de manière unanime à un manque de respect évident de la personne, voire à un mépris de celle-ci. On retrouve encore une fois avec l'interdiction du proxénétisme, cette réification de la personne qui constitue le pendant juridique de l'interdiction de traiter autrui simplement comme un moyen. S'agissant des discriminations et des conditions de travail et d'hébergement, il y a un manque de respect de la personne par une autre personne, une « non-reconnaissance » de l'autre en tant que sujet. La rupture d'égalité est bien aussi un thème kantien puisque la notion kantienne de dignité s'adresse à tous les êtres raisonnables moraux, à la seule condition d'être un être capable de moralité, peu important que cette moralité s'exerce ou non. La discrimination, c'est l'introduction d'une distance entre l'autre et moi et le déni chez l'autre de sa capacité à être moral. S'agissant des conditions de travail et d'hébergement, on a une exploitation de l'homme par l'homme qui est incompatible avec la visée kantienne dans la mesure où le philosophe met l'accent sur la nécessité pour tout homme de se comporter de manière vertueuse.

231. Le principe de dignité consacré par l'article 16 du Code Civil, introduit par la loi du 29 juillet 1994³⁴⁸, ne peut être rattaché de manière évidente à une conception philosophique particulière. Le législateur au travers de cet article se contente d'affirmer la nécessité de respecter la dignité de la personne, sans pour autant en donner une définition, pas la moindre définition, ou le moindre commencement de définition. Il n'y a pas non plus une quelconque référence à une conception philosophique. On peut cependant voir dans la notion de respect figurant dans l'article une référence au maître allemand. C'est d'ailleurs ce que retiennent certains auteurs qui voient dans cette référence au respect un synonyme de la notion de

³⁴⁵ Art. 225-1 du Code pénal.

³⁴⁶ Art. 225-5 du Code pénal.

³⁴⁷ Art. 225-13 et 225-14 du Code pénal.

³⁴⁸ Loi n°94-653 relative au respect du corps humain qui introduit l'article 16 du code civil aux termes duquel : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la personne ».

dignité humaine³⁴⁹. Cependant d'autres voient dans cet article un rejet de la notion kantienne de dignité, du fait de la distinction introduite dans le texte entre le respect dû à la personne d'une part et la dignité humaine d'autre part. « L'interdiction de toute atteinte à la dignité de la personne est en effet distinguée du respect de l'être humain, lequel est garanti dès le commencement de la vie(...)Il semble donc que l'on sépare le respect dû à l'homme biologique, c'est-à-dire au corps en vie d'un être humain, de la dignité de la personne, être humain social capable de discernement libre et éclairé, c'est-à-dire de raison au sens kantien »³⁵⁰. Cette distinction dont nous auront l'occasion de souligner le caractère artificiel et démagogique³⁵¹, est contredite par l'utilisation qui est faite de la notion de dignité dans le « droit médical », où le respect de la personne est au même titre que l'autonomie, une manière de protéger la dignité de celle-ci. On peut prendre l'exemple de la relation « patient-médecin ». A l'origine, il s'agissait d'une relation paternaliste dans laquelle le patient en quelque sorte était dans une relation de subordination bienveillante vis-à-vis du médecin, il attendait que ce dernier le rassure et lui prodigue autant des soins que des conseils. Le patient s'en remettait en quelque sorte totalement à son médecin. Une nouvelle relation a succédé à celle-là. Aujourd'hui, le patient affirme sa volonté de participer au processus de soins, il veut être réellement impliqué dans toutes les décisions et le médecin doit le mettre en situation de pouvoir exprimer réellement un consentement éclairé. L'autonomie de la personne est désormais l'élément central de la relation³⁵². En matière d'éthique médicale, le médecin se voit reconnaître une obligation générale de s'assurer de l'accompagnement de la personne malade, dans le plus grand respect dû à tout homme en général. Ainsi, à titre d'exemple, la loi du 22 avril 2005³⁵³ relative aux droits des malades et à la fin de vie, introduit un nouvel alinéa à l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique, aux termes duquel : « le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L.1110-10 ». L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose que : « Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informé des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne est de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre pour la convaincre d'accepter les soins

³⁴⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical, *in Voyage au bout de la dignité : recherche généalogique sur le principe juridique de dignité op.cit.*, p.170-186.

³⁵⁰ F. BORELLA, Le concept de dignité de la personne humaine, *in Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges offerts à Christian BOLZE*. Economica, 1999, p.29-38.

³⁵¹ Voir en ce sens nos développements, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre 1, section 2, II.

³⁵² L'obligation d'information du médecin est rattachée au principe de respect de la dignité de la personne humaine dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 octobre 2001. Voir notamment, D. THOUVENIN, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 9 octobre 2001, *D.* 2001, jur., p.3470.

³⁵³ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005.

indispensables (...) Dans tous les cas le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable ». La relation patient- médecin s'inscrit alors dans le cadre transcendant de l'impératif kantien de respect. L'autonomie de la personne et son respect sont au centre des préoccupations. Il n'est alors pas usurpé de voir encore une fois, la marque du philosophe de Koenigsberg. Puisque finalement le respect est l'emblème de cette conception de la dignité. « L'idée de la dignité de l'humanité et de la personnalité éveille le respect et nous met sous les yeux la sublimité de notre nature considérée dans sa destination »³⁵⁴ en effet, le droit positif a essentiellement reçu la notion de dignité sous la forme du respect de la dignité de la personne. Mais ce respect de la dignité de la personne ne traduit ni plus ni moins que le respect dû à la personne elle-même.

232. Un véritable obstacle se dresse sur la route de la juridicisation de la notion kantienne. Il est sans cesse discrètement éludé, le droit pratique à l'égard de cet obstacle la stratégie de l'évitement. Cependant l'obstacle est téméraire, il se dresse insistant et menaçant. Il va bien falloir se résoudre à l'aborder, à l'affronter. Cet obstacle c'est celui qui a déjà été soulevé avec Kant mais qui finalement est valable pour toutes les conceptions développées jusqu'à ce jour par la philosophie. Il s'agit du caractère abstrait de la notion de dignité, soit qu'elle soit elle-même abstraite, soit qu'elle vise un « homme abstrait » qui n'existerait pas.

233. Il semblerait alors que la notion kantienne de dignité soit inutilisable en l'état, on ne peut alors prétendre poser la notion kantienne comme la notion qui existe en droit, est-ce à dire que ce n'est pas la notion kantienne que l'on utilise en droit, à laquelle on se réfère en droit ? La réponse ne peut pas être strictement négative. Ce n'est certes pas la notion de dignité telle que développée par Kant *stricto sensu* mais cette notion a inspiré le juriste. C'est d'elle que ce dernier puise sa conception de la dignité. Au-delà de la notion de dignité, c'est une façon de considérer l'homme et de le traiter que nous enseigne la philosophie morale de Kant. C'est ce que le droit a saisi. Le plus important est finalement cette obligation intemporelle et universelle de respect qui se dégage de la notion kantienne de dignité. C'est ainsi que le droit « réhabilite » la notion kantienne de dignité en organisant le respect posé par Kant comme une conséquence de la dignité.

³⁵⁴ E. RUDOLF, *Kant lexikon* Gallimard, Paris, 1994, voir « Respect »

TITRE SECOND

L'INFLUENCE DES ORIGINES PHILOSOPHIQUES ET MORALES SUR LA JURIDICISATION DE LA NOTION DE DIGNITE

234. La question de la juridicisation de la notion de dignité s'inscrit dans le cadre plus large des rapports entre philosophie et droit et de l'utilisation par le droit des concepts philosophiques.

235. Deux univers de pensées s'affrontent les codes ne sont pas les mêmes, les raisonnements et les finalités sont également différentes. On oppose traditionnellement d'une manière simpliste la philosophie au droit. On dit la philosophie éperdue d'abstraction, détachée du réel et habituée au ciel des idées, et par là incapable de fournir une notion de dignité utilisable par le droit. Le droit que l'on dit éperdu de rigueur, soucieux de clarté se trouve quelque peu désarmé face à une notion philosophique qui refuse de se laisser dompter. Les deux disciplines ont alors chacune des domaines de réflexion et d'action bien délimités et bien déterminés. Avec la notion de dignité, le droit semble empiéter sur le terrain de la philosophie. Le juriste que l'on dit « réfractaire aux questions philosophiques »³⁵⁵ a pourtant besoin de la dignité, autant que celle-ci a besoin de lui d'ailleurs. Le droit va devoir vaincre ses réticences à l'égard de la philosophie car c'est de l'homme dont il s'agit et l'homme intéresse autant la philosophie que le droit. Il s'agit cependant de bien définir le rôle de chacun, il ne s'agit pas pour le juriste de poser dogmatiquement les fondements et la définition d'une notion qui existe hors de la sphère juridique ; il s'agit pour le philosophe de donner des pistes pour l'action juridique en dégagant les fondements et un sens pour la notion. Une collaboration est alors nécessaire entre droit et philosophie s'agissant de la notion de dignité.

236. Le juriste ne peut utiliser la notion de dignité que s'il admet qu'il s'agit d'une notion qui existe réellement hors du droit et qui s'est constituée indépendamment de lui. Il s'agira alors pour le juriste de se tourner vers la philosophie pour pouvoir, à défaut de comprendre vraiment la notion de dignité, l'utiliser le mieux possible. Ce retour obligé du droit vers la philosophie est délicat puisqu'il s'agit du principal reproche fait à la notion de dignité, son caractère moral et philosophique. La notion juridique va alors subir d'abord volontairement le

³⁵⁵ F. ABIKHZER, *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005, 331p. spéc.p.45. Selon l'auteur, le droit se trouve bien souvent dans l'embarras, lorsqu'il s'agit de « départager plusieurs points de vue sur des sujets à caractère philosophique, à saisir une vision globale de l'homme préalablement choisie ».

poids de la notion morale, puisque les acteurs de la construction ont recours de manière explicite à la notion morale dans les textes juridiques, ce qui explique la double dimension morale et juridique du principe. La dignité se révèle être un principe fondateur non démontré et accepté comme tel, duquel découleront des conséquences juridiques³⁵⁶. Elle résiste à toute tentative qui viserait soit à ne voir en elle qu'une notion philosophique, ou alors qu'une notion juridique. Mais la juridicisation va se retrouver en face d'un autre obstacle, conséquence de la nature morale du principe : l'impossibilité de définir la notion. La difficulté de poser une définition de la notion de dignité en droit, et la difficulté de donner à cette notion de dignité une forme juridique unique et définitive sont déjà autant de signes d'une juridicisation qui s'annonce délicate. Parce que la notion de dignité renvoie à l'essence de l'homme, elle ne peut se laisser enfermer dans une définition. C'est ce qui explique le malaise du droit positif face à une notion qui se dérobe agilement à toute tentative de définition (**CHAPITRE 1**) et qui est irréductible à une seule nature, soit morale, soit juridique, elle refuse de choisir (**CHAPITRE 2**).

³⁵⁶ F. BORELLA, Le concept de dignité de la personne humaine, in *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, p.29-38

CHAPITRE 1

LA RECHERCHE INFRUCTUEUSE D'UNE DEFINITION NORMATIVE DE LA NOTION DE DIGNITE

237. On demandait une fois à Confucius ce qu'il ferait s'il était ³⁵⁷ dieu. Il répondit sans hésitation « je fixerais d'abord le sens des mots ». A en croire Confucius, fixer le sens des mots serait une tâche si ardue que seule une puissance omnipotente et omnisciente pourrait l'accomplir. Une telle assertion pourrait apparaître risible, mais elle prend tout son sens lorsque l'on s'intéresse à la notion de dignité. Le thème général de la dignité est si récurrent que l'on a alors du mal à croire que cette notion centrale ne fasse l'objet d'aucune définition, à tel point que l'on se demande si définir la notion n'est pas chose réellement impossible. Cependant on se rend également très vite compte que d'aucuns ont trouvé refuge derrière cette caractéristique de la dignité, en tant que notion indéfinissable, pour lui faire dire beaucoup et rien à la fois. Il y aurait alors plutôt une volonté délibérée de laisser la dignité dans son carcan d'indéfinition, afin de pouvoir profiter de tous les avantages que procurent ces notions auxquelles on ne peut attribuer aucun sens. Finalement chacun pourrait mettre derrière ce mot, son intuition, fût-elle du moment et même d'un moment très court. Il n'appartient pas plus à la philosophie qu'au droit de définir la dignité. L'impossibilité de définir de la notion de dignité suscite un véritable malaise dans la sphère juridique (**Section 1**), malaise se traduisant par une qualification de la notion en notion à contenu variable (**Section 2**).

³⁵⁷ Cité par P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*. LGDJ, Paris, 1962, 286p.

SECTION 1

L'IMPOSSIBILITE DE DEFINIR LA NOTION DE DIGNITE

238. L'existence de définitions, tant dans les dictionnaires généralistes que dans des dictionnaires juridiques et philosophiques, rend cette discussion sur l'inexistence d'une définition quelque peu aberrante et nous pousse à nous interroger. Quelle est donc cette notion dont on croyait connaître une, voire même plusieurs définitions, et pour laquelle finalement dans le meilleur des cas on revendique une définition, et dans le pire on proclame qu'elle serait indéfinissable ? (§1). Le flou sémantique, fournit à certains l'occasion d'une appropriation de la notion de dignité, en posant une définition circonstanciée, dans un but bien précis, celui de servir des intérêts prédéfinis. Les conceptions partisanses se multiplient (§2).

§1 : LA DIGNITE COMME NOTION INDEFINISSABLE, UNE SITUATION DERANGEANTE

239. Il nous suffit d'ouvrir les dictionnaires, qu'il s'agisse d'un dictionnaire de noms communs ou d'un dictionnaire spécialisé, pour trouver une définition de la notion de dignité. Il y a donc un paradoxe entre les affirmations selon lesquelles la notion ne serait pas définie et les définitions que l'on relève dans ces dictionnaires. Deux hypothèses peuvent être émises pour expliquer ce paradoxe. La première hypothèse est qu'il s'agit de définitions dépassées de la notion de dignité qui n'ont plus lieu d'être. La revendication doctrinale porterait alors non pas sur une définition mais sur une *redéfinition* de la notion. La seconde hypothèse consisterait à dire que finalement il ne s'agit tout simplement pas de la même notion, qu'en fait, il y aurait dans les différents dictionnaires, une notion de dignité qui ne serait pas celle relevée en droit ; le droit positif manifesterait alors sa volonté d'obtenir une définition pour cette notion «juridique » de dignité.

240. La réalité de la sémantique tranche alors nettement avec cette polémique autour de la sémantique. Il faut alors s'arrêter tout d'abord sur l'existant, ce que l'on prenait pour la ou les définitions de la notion de dignité, afin d'essayer de comprendre ce qui se cache derrière cette

affirmation alors déroutante de l'inexistence d'une définition pour une notion pourtant définie. La réalité sémantique (A) contraste avec cette polémique autour de la sémantique (B).

A) LA REALITE SEMANTIQUE

241. Il s'agira d'analyser (2°) après les avoir relevé (1°) les définitions proposées par les dictionnaires « généralistes » ainsi que celles figurant dans les dictionnaires spécialisés, philosophiques et juridiques.

1° Les définitions relevées

a) La définition de la dignité dans les dictionnaires généralistes

242. Si l'on s'en réfère aux dictionnaires de la langue française, la notion de dignité est définie. Pour n'en citer que deux, on peut relever la définition figurant respectivement dans le Littré et celle figurant dans Le Robert.

243. Dans le Littré³⁵⁸ on relève quatre acceptions.

- a) Fonction éminente dans l'Etat ou l'Eglise.
- b) Se dit des choses où l'on sent éminence et noblesse.
- c) Gravité dans les manières.
- d) Respect qu'on se doit à soi-même.

244. Dans Le Robert³⁵⁹ on relève trois acceptions principales:

- a) Fonction, titre ou charge qui donne à quelqu'un un rang éminent.
- b) Respect que mérite quelqu'un, grandeur, noblesse. Principe de la dignité de la personne humaine selon lequel un être humain doit être traité comme une fin en soi.
- c) Respect de soi, amour propre, fierté, honneur.

245. Plusieurs remarques peuvent être faites ici. Tout d'abord, il y a toujours au moins trois acceptions pour la seule notion de dignité, dans les deux dictionnaires, ce qui signifie déjà au moins que la notion de dignité serait connue pour être une notion polysémique. Ensuite on est frappé d'emblée par la place accordée à la notion de respect, toute la dignité se retrouverait

³⁵⁸ *Le Littré*, 2006.

³⁵⁹ *Le Petit Robert*, 2006.

alors exprimée en terme de respect, la dignité inspire le respect de soi, des autres, la dignité est le respect, la dignité ne serait-elle alors que respect ?

246. Dans les deux dictionnaires une distinction est faite avec une autre acception de la notion qui en réalité renvoie à une distinction traditionnelle entre *dignitas* et dignité³⁶⁰. Cette distinction est en fait la traduction de deux notions que nous pensons devoir distinguer. Il ne s'agit à notre sens pas de la même notion mais bien de deux notions distinctes, la notion de dignité, notion morale et la *dignitas*, notion qui renvoie à une fonction, une charge.

247. La notion de dignité, dans une perspective généraliste, c'est-à-dire dans son sens le plus communément admis, renvoie à une notion non moins chargée de sens et surtout d'implications, la notion de respect. On ne peut s'empêcher ici de ressentir l'empreinte de Kant. En effet, que nous a enseigné le troisième impératif catégorique qui contient l'idée de dignité, si ce n'est l'obligation de respect qui incombe à chacun, respect envers soi-même et respect envers les autres ? Il s'agit dans les deux définitions d'une traduction de la notion kantienne de dignité même si seule la seconde définition renvoie explicitement au maître allemand. On ne trouve pas dans ces définitions ce qui justifie ce respect, la dignité est simplement assimilée au respect. Une fois encore, il s'agit d'un raccourci de la notion kantienne, seule étant retenue la conséquence de la présence de dignité en l'homme. En effet, dans ces définitions, le respect est la dignité. La dignité il est vrai implique le respect, mais dignité est-elle synonyme de respect ? On voit alors poindre ici un goût d'inachevé, ces définitions qui se veulent générales de la notion apparaissent finalement n'embrasser qu'une seule réalité en matière de dignité.

248. Cependant la dignité ne doit pas être circonspecte au seul respect. Ces définitions générales sont finalement très réductrices. Si la dignité n'était que le respect, il serait inutile alors d'inventer un autre terme que celui-là qui est un terme qui se suffit à lui-même. Le respect n'est que la conséquence, (même s'il s'agit d'une conséquence essentielle) de la notion de dignité. Est éludée dans ces définitions la haute charge symbolique de la notion ainsi définie en terme de respect. Rien ne permet au vu de ces définitions d'expliquer l'agitation qui règne autour de la notion, traitée comme une notion finalement banale par les dictionnaires généraux. La notion n'a finalement pas tout le caractère de notion exceptionnelle dont la pare la doctrine philosophique et juridique. Est-ce alors pour cela que certains auteurs n'hésitent pas à poser la nécessité de définir la notion de dignité, faisant ainsi volontairement l'impasse sur les définitions proposées par les dictionnaires généraux ?

³⁶⁰ Distinction sur laquelle nous avons eu l'occasion de nous attarder

b) La définition de la dignité par des dictionnaires spécialisés

249. - *La définition de la dignité dans les dictionnaires philosophiques*

Dans le Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale³⁶¹, la définition proposée se « résume » à une reprise et une explication de la pensée kantienne. « C'est Kant qui a donné à cette idée l'expression désormais classique de dignité de l'être humain (en tant qu'être humain) »³⁶².

250. L'Encyclopédie philosophique universelle³⁶³ se réfère explicitement à la notion de dignité telle qu'elle a été développée par Pascal et Kant, en rappelant les points clés de la doctrine de ces auteurs en ce qu'elle concerne cette notion. Ainsi pour Pascal, on retient que: « l'homme est fait pour penser, c'est toute sa dignité et tout son mérite ». « La formule kantienne de la dignité pourrait alors s'entendre dans le principe moral selon lequel la personne ne doit jamais être traitée seulement comme un moyen, mais comme une fin en soi ».

251. André Lalande, ne fait que reprendre à son tour la définition, la vision kantienne de la notion. « On désigne sous ce nom le principe moral énonçant que la personne humaine ne doit jamais être traitée comme un moyen mais comme une fin en soi ; autrement dit que l'homme ne doit jamais être employé comme moyen sans tenir compte de ce qu'il est en même temps une fin »³⁶⁴. L'auteur ne s'embarrasse pas et se contente de reprendre littéralement la formule kantienne.

252. - *La définition de la dignité dans les dictionnaires juridiques*

Gérard Cornu³⁶⁵ retient trois acceptions de la notion de dignité :

- a) fonction ou titre hautement honorifique. Ex. maréchal de France, grand-croix de la légion d'honneur.
- b) L'honneur d'une personne. V. respect, injure, offense, considération.
- c) Plus généralement, la valeur éminente qui s'attache à une institution (dignité de la justice) ou à tout autre personne (dignité de la personne humaine).

³⁶¹ M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. PUF, 3^{ème} édition, 2004.

³⁶² M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. V° « Dignité ».

³⁶³ A. JACOB. (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle*, Tome II. Les notions philosophiques. PUF, 1990.

³⁶⁴ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V° « Dignité ».

³⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007. V° « Dignité ».

2° L'analyse des définitions relevées.

253. Ce qui frappe dans les définitions relevées, c'est la forte empreinte kantienne qui se dégage de toutes les définitions. Dans certains cas, la référence à Kant est explicite, dans d'autres cas, elle apparaît en filigrane. La notion de dignité sera donc kantienne ou ne sera pas. Toutes les définitions convergent vers cette affirmation. La question qui nous vient est alors de savoir s'il est possible de penser la notion de dignité dans une perspective autre que kantienne ? Cette question est d'autant plus pertinente que ce sont les dictionnaires philosophiques eux-mêmes qui consacrent la dignité telle que dépeinte par Kant.

254. Dans tous les cas, en lieu et place de la confusion annoncée, on trouve une unité autour d'une manière de concevoir la dignité. La dignité c'est l'obligation finalement qui m'est faite de toujours tenir compte de cette valeur spéciale qui est en chacun de nous en tant que nous sommes des sujets moraux, responsables et qui inspirent le respect. Cette obligation de respect est source de droits et de devoirs, droit au respect de sa dignité et devoir de respecter sa dignité et celle des autres. La dignité implique la réciprocité, elle est dans la relation de moi avec moi-même mais aussi de moi avec les autres. La dignité nous oblige à prendre de la distance envers nous-même, en effet on est à la fois débiteur et créancier d'une obligation de respect, envers les autres, mais également envers nous-mêmes.

255. Nos interrogations semblent trouver des réponses. A ceux qui affirment alors qu'il y aurait trop de définition de la notion, ou alors que la notion serait définie de plusieurs manières sans qu'il n'y ait de lien entre les définitions, on va opposer les définitions constatées et relevées ainsi que l'unité qui s'en dégage. Par conséquent l'affirmation selon laquelle la notion ne serait pas définie constitue un rejet explicite des définitions figurant dans les dictionnaires et un rejet indirect de la conception kantienne de dignité dont toutes ces définitions rendent compte implicitement ou explicitement. L'analyse de la conception kantienne de la dignité et le constat de son inadéquation avec l'homme évoluant en société, son inapplicabilité à cet être là décrété par Kant lui-même, expliqueraient alors cette revendication d'une définition ?

B) LA POLEMIQUE AUTOUR DE LA SEMANTIQUE

256. On peut alors s'interroger sur cette obstination du droit à revendiquer une définition pour une notion pourtant définie. L'absence de définition présentée comme un frein en droit, contraste avec l'impossibilité de définir la notion raisonnablement admise par la doctrine philosophique.

257. La doctrine philosophique tout comme la doctrine juridique ne reconnaît finalement pas plus de valeur aux définitions figurant dans les dictionnaires, puisqu'elle va même plus loin en prônant l'impossibilité absolue de définir la notion : il est de l'essence même de la notion de ne pas pouvoir être définie. Elle est insaisissable. Le juriste très pragmatique dénonce l'absence de définition d'une notion centrale et en appelle implicitement à une définition de la notion. Le philosophe peut-être plus à l'aise avec l'indéfinissable, l'insaisissable semble voir dans cette absence de définition la marque même de l'indéfinissabilité de la notion. On peut alors s'interroger sur cette obstination du droit à revendiquer une définition pour une notion pourtant définie (2°). Le juriste est alors embarrassé par ce qu'il considère comme une volonté délibérée du législateur de ne pas définir la notion (1°).

1° L'embarras du juriste

258. Définir, c'est selon M. le Doyen Cornu reprenant là une idée communément admise, poser des limites. La définition provient du latin *definitio* et renvoi à l'action de délimiter.³⁶⁶ La doctrine juridique s'accorde sur l'importance de la définition.³⁶⁷ Le droit ne peut fonctionner qu'à partir de catégories établies par lui ou grâce aux synthèses mises en place par la doctrine à partir des textes et de la jurisprudence.³⁶⁸ Le juriste revendique une définition pour pouvoir enfin utiliser la notion à bon escient, parce que chez le juriste l'absence de définition a bien souvent pour corollaire un certain désordre dans les utilisations, responsable

³⁶⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

³⁶⁷ On peut reprendre à notre compte l'idée développée par X. BIOY à propos de la notion de personne, l'auteur y souligne l'importance de la définition en droit positif, la définition conditionnant selon lui le rôle que vient à jouer une notion dans le droit positif. X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet de droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 303.

³⁶⁸ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*. LGDJ, Paris, 1980, 564p.

tout désigné de l'insécurité juridique. La définition incombe en droit au législateur, lorsqu'il crée des notions nouvelles, il se doit de les définir afin que le juge se borne à les appliquer. Dans les esprits, il paraît évident que c'est au législateur de définir les notions qu'il consacre. La définition apparaît comme une condition de garantie du sacro-saint principe de sécurité juridique, en ce qu'elle participe de l'idéal de clarté, de stabilité et de précision auquel doit satisfaire la loi³⁶⁹. Il y a alors chez le juriste une exaspération devant ce qu'il perçoit comme une volonté délibérée de ne pas définir la notion. M. de Bechillon affirme s'agissant de la notion de dignité que « Nul ne sait exactement de quoi il retourne [...] Pas la moindre bribe de définition abstraite.³⁷⁰ Lorsque Nicolas Molfessis, en parlant de la dignité, comme une notion devenue juridique, insiste sur le fait que : « en tant que notion juridique, elle va devoir être définie ». ³⁷¹ On comprend vite que la notion n'est pas considérée comme définie en droit. Ainsi, Mme Saint-James regrette que ni le juge constitutionnel, ni le juge administratif n'aient pris le soin de définir la notion de dignité qu'ils ont pourtant consacré et introduit officiellement respectivement en 1994 et en 1995. Plus exactement, l'auteur regrette que dans ses deux consécutions, la notion ne reçoive pas de « définition univoque ». Il y a donc selon l'auteur une définition par les deux juridictions mais chacune ayant finalement la sienne³⁷². C'est alors qu'un malaise s'installe, parce que si l'on ouvre un dictionnaire juridique, la notion y figure, suivie d'une définition.

259. Que traduisent par conséquent ces affirmations de l'inexistence d'une définition de la notion, de nécessité de la définir, si ce n'est le rejet pur et simple des définitions posées ? La revendication de définition des juristes laisse perplexe. C'est la sécurité de la notion qui les pousserait à en revendiquer une définition. Mais que font-ils des définitions proposées par les dictionnaires, y compris par les dictionnaires juridiques eux-mêmes, que dire de ces définitions ? Sont-elles impropres ? Parce que n'émanant pas d'une entité juridique habilitée à définir les notions qui sont utilisées en droit ? Ou alors ces auteurs, qui revendiquent une définition pour une notion pourtant définie, ne reconnaissent aucune valeur aux définitions proposées, les rejetant explicitement, ne les reconnaissant même pas, ne mentionnant même

³⁶⁹ Ch.-L de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXIX/XVI, chapitre XVI, tome 2, Garnier Flammarion, 1976, p. 302-303

³⁷⁰ D. de BECHILLON, Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? *RTD. civ*, 2002, p.47, spéc, p.60

³⁷¹ N. Molfessis, La dignité de la personne humaine en droit civil, in *La dignité de la personne humaine*, M-L PAVIA, T. REVET, éd. Economica, 1999, p.107-136, spéc p.122. Pour l'auteur « Devenue notion juridique, la dignité de la personne humaine va nécessairement subir l'attraction du système juridique, de ses rouages. Comme toute notion (sous entendue juridique), la dignité de la personne humaine ne saurait faire l'objet d'une protection absolue ; comme toute notion, elle va devoir être définie. »

³⁷² V. SAINT-JAMES, Réflexions sur la dignité en tant que concept juridique du droit français, *D* 1997, chroniquepp.61-66.

jamais leur existence.³⁷³ Que faut-il déduire d'une telle attitude, y aurait-il alors une notion de dignité qui ne serait pas celle définie par les dictionnaires et qui elle serait alors à définir ? Ou alors faudrait-il redéfinir la notion de dignité, les définitions figurant dans les dictionnaires ne reflétant en rien la réalité des problèmes posés?

260. L'absence de définition est pour cette doctrine source d'incertitude et responsable de tous les maux dont souffre la notion de dignité, comme si on pouvait définir la notion mais qu'on ne le faisait pas. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause les bienfaits de la définition surtout en droit. En effet la définition a parmi les nombreuses vertus qu'on peut lui reconnaître, celle de la prévisibilité. Ce qui peut paraître choquant, c'est cette volonté de rigueur, de la part d'auteurs qui finalement font preuve d'incohérence en revendiquant une définition pour une notion déjà définie

261. Un des moyens de résoudre le paradoxe, c'est de retenir la distinction établie par M. Baertschi entre définition conventionnelle et définition normative. Pour trouver une définition, on a recours au dictionnaire qui va nous renseigner sur le sens connu ou prétendu connu de tous d'un mot. M. Baertschi parlera ainsi du sens conventionnel par opposition au sens normatif. Le sens conventionnel s'entend du sens purement descriptif de la notion, le sens donné par les définitions figurant dans les dictionnaires. Le sens normatif (moral ou juridique) renvoie au sens de la notion lorsque le but est d'en tirer une règle.³⁷⁴ C'est donc une différence entre d'une part un sens descriptif bien connu et d'autre part un sens normatif absent. La revendication porterait alors sur un sens normatif de la notion, à distinguer du sens descriptif. Cette revendication d'une notion pourtant définie ne s'explique alors que si on distingue entre sens conventionnel et sens normatif. Ce serait alors une définition normative que revendique le juriste.

2° L'obsession juridique

262. Chez le philosophe il y a simplement le constat d'une difficulté réelle à définir la notion, du fait de l'impossibilité de saisir définitivement la notion. La vision philosophique de la définition de la dignité est négative, définir c'est aller contre l'essence de la notion. Le philosophe, lui est frappé par la puissance d'une notion qui ne se laisse pas saisir, enfermer

³⁷³ En effet, on constate chez les auteurs qui revendiquent une définition pour la notion de dignité, une absence totale de référence, aux définitions des dictionnaires, que ce soit pour critiquer ces définitions ou même pour les rejeter explicitement.

³⁷⁴ B. BAERTSCHI, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*, Labor et fidès 2005, 309 p.

dans une définition. La vision philosophique de la définition est, s'agissant plus encore d'une notion aussi essentielle que celle de dignité, un mal nécessaire. Il faut se résoudre à ne pas pouvoir saisir définitivement la notion de dignité, à ne pas pouvoir toujours la traduire en des termes précis et intemporels, valables universellement, à ne pouvoir en avoir finalement qu'une idée abstraite.

263. D'un point de vue philosophique il y aurait alors une difficulté réelle à définir la notion. La philosophie oppose une fin de non recevoir à cette revendication juridique de définition. La dignité n'est pas indéfinie parce qu'elle est indéfinissable. Ceci est dû en philosophie au fait que la notion de dignité est intimement liée à l'homme dont elle rend compte. Or étant donné que l'homme est inapprochable, qu'on ne peut vraiment jamais le connaître, la dignité qui participe de sa définition est elle aussi insaisissable.³⁷⁵ Il faut donc s'y résoudre. En tant que notion morale il faut prendre et garder ce que l'on sait de la notion de dignité. Il s'agit de l'humain dans l'homme, c'est de l'essence même de l'homme dont il est question, on ne peut donc pas figer dans une définition ce que nous ressentons intuitivement. La dignité relève d'un autre ordre que de celui de la définition elle est de l'ordre de l'intuition. Elle ne renvoie finalement à aucune réalité concrète au sens de palpable. On n'en fait pas l'expérience au sens empirique. Il ne faut pas pour autant en conclure que chacun finalement peut avoir sa conception de la notion. Il s'agit dans ce cas là de conceptions personnelles et personnalisées de la notion que l'on veut faire passer pour des définitions mais qui n'en sont pas puisqu'il ne faut jamais oublier que la notion est indéfinissable. Nous ne pouvons qu'approuver M. Jorion lorsqu'il affirme : « si les mots ont un sens, la notion de dignité humaine est ontologiquement supérieure à toute définition juridique »³⁷⁶.

264. Par conséquent cette revendication de définition devient suspecte et finit par lasser. Pourquoi s'obstiner dans une voie, celle d'une définition à tout prix au risque de ne même plus reconnaître la notion dont on réclame une définition ? On peut alors se demander s'il vaut mieux une définition même minimale que pas de définition du tout ?³⁷⁷ Est-ce donc cela que l'on souhaite pour la notion de dignité, une définition minimale pour une notion aussi

³⁷⁵B. BAERTSCHI *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies, op.cit.*, p.45. En effet selon, l'auteur « l'homme est un mystère dont la raison s'approche, sans jamais dévoiler entièrement tous les ressorts secrets, et c'est pourquoi les définitions ne peuvent le circonscrire. (...) Tandis que l'homme est à la fois tout et rien, et seuls les paradoxes peuvent approcher sa compréhension. Un être tissé de paradoxes échappe à la simple raison. Au cœur du mystère gît la dignité : elle est inaliénable en même temps qu'inapprochable ».

³⁷⁶ B. JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif. *R.D.P.*, n°1, 1999, p. 197.

³⁷⁷ Voir en ce sens B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?* PUF 2005, p.127, L'auteur montre qu'il existe plusieurs conceptions de la dignité dont certaines sont choquantes et ne se comprennent « qu'à la condition de retenir une définition minimale de la dignité ».

centrale ? Nous osons croire qu'il n'en n'est rien. Parce qu'en agissant ainsi, nous aurons en lieu et place d'une définition, une conception consensualiste de la notion qui ne sera finalement que ce que tout un chacun pourrait admettre de la notion de dignité, au minimum. La dignité ne peut être sacrifiée sur l'autel du compromis, en tant que notion morale c'est à l'homme qu'elle renvoie, et l'homme ne peut se réduire à un minimum admis par tous. L'homme c'est tout l'homme ou ce n'est rien, la dignité c'est toute la dignité ou ce n'est rien. Cette obsession de la définition est d'autant plus surprenante que la définition de la notion ne constitue pas la condition *sine qua non* de son utilisation en droit. C'est ce que souligne Mme Millon-Delsol. Elle montre bien que l'indéfinissabilité de la notion ne doit pas constituer un frein à son usage, mais qu'il est de l'essence même de la notion de dignité d'être indéfinie³⁷⁸. La dignité en soi est inconnaissable³⁷⁹. « La loi doit chercher à condamner les actes ou les attitudes non conformes à la dignité, plutôt que de définir ce qu'elle est »³⁸⁰. Ce qui peut sembler frustrant c'est la certitude que l'on peut définir mais que rien n'est fait dans ce sens. Pour certains auteurs il faut se rendre compte que vouloir que la loi soit claire relève plus d'une vue de l'esprit que de quelque chose de réalisable. Il y a quelque chose d'utopique dans cette volonté de limpidité dans la législation, car les lois sont faites par des hommes avant tout et ce qui transparaît souvent et heureusement c'est l'humanité de ceux qui font la loi. Il faut se résigner et accepter le fait que « certaines matières soient rebelles à la définition »³⁸¹. Et surtout, s'agissant de la dignité, le droit va devoir admettre qu'une définition « va se révéler impossible à trouver ».³⁸² Il serait peut-être temps de « renoncer à une vision positiviste et

³⁷⁸ C. MILLON-DELSOL, Les fondements de l'idée de dignité humaine. *Ethique*, 1992, n°4, p.91-97. Selon l'auteur, « les définitions cherchent une richesse, ou une profondeur, alors qu'elles ne peuvent par nature que saisir une extension. (...) la philosophie ressent cette dignité intrinsèque, mais ignore comment la justifier, et ne cesse de rechercher des fondements pour une évidence qui ne repose apparemment sur rien de logique ».

³⁷⁹ B. MAURER. *Le principe de respect de la dignité de la personne humaine et la convention européenne des droits de l'homme*. La Documentation française, 1999, 555p. spéc. p.40-42. L'auteur retient que « parvenir à la connaissance de l' »en-soi « est le but de toute recherche philosophique. Quel est donc l' »en-soi « de la dignité de la personne humaine ? En tout premier lieu, il y a accord de la grande majorité des auteurs pour reconnaître à la personne humaine la dignité, une dignité spécifique et fondamentale. (...) Mais au-delà de la recherche sur le concept de dignité humaine conduit, non pas certes à une impasse, ou à une voie sans issue, mais bien plutôt à une voie sans fin. La dignité, concept dynamique ne peut se définir. »

³⁸⁰ B. MAURER. *Le principe de respect de la dignité de la personne humaine et la convention européenne des droits de l'homme, op.cit.*, spéc.p.40.

³⁸¹ G. Cornu, Les définitions dans la loi et les textes réglementaires, rapport de synthèse, in Les définitions dans la loi et les textes réglementaires (suite et fin). *RRJ*, 1987-4, pp 1175-1185. l'auteur distingue les notions élémentaires et les notions cadres, les premières sont selon lui, rares ce sont des notions tellement élémentaires que le législateur les met en œuvre sans les définir, l'auteur parle de notion-étalon, et en donne trois exemples, vérité, justice et droit ;les secondes sont plus nombreuses, ce sont les notions-cadres,elles «se prêtent à une définition lexicale(laquelle doit se résigner à des circonlocutions, approximations et répétitions), mais excluent par nature, par vocation essentielle toute définition légale », il s'agit entre autre de l'intérêt de l'enfant, des bonnes mœurs, de l'ordre public, de l'iniquité manifeste.

³⁸² Voir en ce sens, B. JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, *R.D.P.*, 1999, n°1, p.215-216

rigoriste d'un système juridique pur et sans faille » pour admettre avec M. Delmas-Marty que le « le flou », fait partie intégrante du droit ³⁸³.

265. Si la notion de dignité est indéfinissable, il ne faut pas pour autant en conclure que l'on ne sait pas à quoi elle renvoie. Elle renvoie à l'essence de l'homme, elle a une triple dimension :

- elle est à l'échelle de l'humanité, ce qui distingue les hommes des autres êtres vivants
- elle est à l'échelle humaine, ce qui rassemble tous les hommes
- elle est à l'échelle individuelle, cette obligation qui est faite de toujours respecter l'homme, soi même comme humain et l'autre comme humain.

§ 2 : LA DIGNITE COMME NOTION INDEFINISSABLE, UNE SITUATION ARRANGEANTE

266. Le contexte est celui de la multiplication des définitions relatives de la notion. Les conceptions personnelles tentent de s'imposer comme des définitions normatives (A) ce qui conduit à des applications contradictoires et opportunistes de la notion (B). Le flou qui entoure la sémantique de la notion est alors arrangeant puisque chacun peut alors faire dire à la notion de dignité ce qu'il veut.

A) LA MULTIPLICATION DES CONCEPTIONS SUBJECTIVES

267. La sémantique qui est cette branche de la linguistique qui a pour objet l'étude de la signification des mots, distingue entre le sens en langue d'un mot et son sens potentiel. Le sens en emploi ou sens contextuel, ou encore sens en discours est celui qui est relevé au fur et à mesure des emplois faits de la notion. La définition du mot dépend par conséquent du contexte dans lequel on l'utilise. Le sens en langue ou sens potentiel est celui « sur lequel les usagers ont un savoir relativement stable et que les dictionnaires tentent de décrire à l'aide de définition »³⁸⁴. S'agissant de la notion de dignité, on voit émerger différents sens de la notion qui sont tributaires du contexte dans lequel on veut voir évoluer la notion. La notion de

³⁸³ S.GUILLEN, Dignité de la personne humaine et police administrative, in P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 423p.p.175-204

³⁸⁴ C.BAYLON, X.MIGNOT, *Initiation à la sémantique du langage*. Nathan/HER, 2000,255p.p.35-38

dignité, qui est indéfinissable, ne peut donc avoir de sens potentiel. Bien souvent, les études relatives à la notion de dignité procèdent, pour sa définition, à un « catalogue » des différentes approches relevées lors de l'utilisation de la notion. Il s'agit alors des différents sens en emploi de la notion. C'est la démarche retenue notamment par Mme Hennette-Vauchez et Mme Girard³⁸⁵. Elles retiennent ainsi trois « approches » de la notion de dignité. Une telle classification, « par approche » ne peut constituer une définition, mais est révélatrice d'une volonté d'unifier *a posteriori* des usages considérés *ab initio* comme « erratiques »³⁸⁶. De cette classification ressort un état des lieux des usages de la notion. Faut-il voir dans ses usages erratiques de la notion, les essais nécessaires, les ratés indispensables à la réussite d'une notion juridique en construction³⁸⁷ ? La réponse aurait pu être affirmative si ces conceptions personnelles n'accompagnaient pas des revendications de droits (comme c'est le cas notamment en matière d'euthanasie), si ces conceptions personnelles ne prétendaient pas à une légitimation juridique, masquant le fait que la conception adoptée constitue un moyen d'atteindre un but prédéterminé.

268. La doctrine dénonce la prétention de ces conceptions personnelles de la dignité à la légitimité juridique. Pour traduire cette réalité, Mme Maurer parle de dignité « pour soi ». Il s'agit de l'application de la distinction établie par Hegel entre la connaissance du *pour soi* et de l' *en soi* , et en vertu de laquelle, « la conscience ne parvient à la connaissance absolue que lorsque les concepts « pour soi » et « en soi » coïncident ». ³⁸⁸ La dignité « pour soi » est la compréhension que l'on se fait de la dignité. Il ne s'agit ni plus ni moins que de conceptions personnelles de la dignité. La dignité « pour soi » est conditionnée par l'éducation, le milieu social, l'image que les autres renvoient de soi³⁸⁹. Elle se construit au fur et à mesure que l'homme se développe, et elle peut alors varier en fonction des évolutions personnelles subies par l'individu. On perçoit immédiatement les limites d'une telle approche de la dignité. Au-delà du relativisme même auquel conduit cette manière de concevoir la dignité, son caractère extrêmement personnel, lié indéfectiblement à la personnalité de son auteur, en fait une conception marquée du sceau du subjectivisme. Une telle dignité peut entrer de plein fouet avec la dignité « pour soi » d'une autre personne. Mme Maurer l'oppose d'ailleurs à une dignité « pour nous » qui, elle, renvoie à la dignité telle qu'elle est envisagée par un groupe,

³⁸⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ et C. GIRARD (dir.) *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation, op.cit.*, p.24-25

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme, op.cit.*p.40-42

³⁸⁹ *Ibid.*,p.41

elle « exprime un consensus social » à un moment donné³⁹⁰. Cette dignité étant liée à l'histoire personnelle de chacun, il y aura autant de dignités que d'histoires personnelles, autant de dignités que de trajectoires personnelles.

269. La notion de dignité n'est donc pas une notion pour laquelle il existerait une multitude de conceptions, une multitude de dignité « pour soi » au sens ou l'a entendu Mme Maurer³⁹¹. Le danger réside dans le fait que cette dignité « pour-soi » sorte du cadre personnel et vienne se présenter comme une définition objective de la dignité.

270. M. Legros établit une distinction entre la variabilité du contenant et la variabilité du contenu³⁹². Cette distinction remet en cause la notion même de « notion à contenu variable ». Il faudrait, selon l'auteur, plutôt parler de notion à *contenant* variable. L'auteur définit la notion à contenu variable comme étant une notion « dont la dénomination, le signifiant restent constants, mais dont le domaine, le champ, le signifié sont mouvants, évoluant plus spécialement en fonction de facteurs spatio-temporels »³⁹³. Pour lui, la variabilité de la notion dépend de l'imprécision du signifiant. Ainsi, une notion définie de manière précise, ne donne pas lieu à un contenu variable, mais est par conséquent une notion à contenu fixe. En revanche, une notion pour laquelle le signifiant est imprécis donnera naissance à une notion à contenu variable. C'est selon l'auteur, l'imprécision du contenant qui rend « tous les débordements possibles, « et abolit les limites que devaient tracer le contenant »³⁹⁴.

271. S'agissant de la notion de dignité, la variabilité concerne donc bien le contenant, ce sont les conceptions personnelles qui sont érigées en définition, ce qui entraîne donc autant de contenants qu'il y a de conceptions personnelles. Le contenant est donc la définition donnée de la notion, et plus précisément dans notre hypothèse, le signifiant s'identifie à une conception personnelle donnée pour légitimer une utilisation que l'on souhaite faire de la notion. Le contenu n'est cependant pas variable puisque le contenant est précis, la conception personnelle est définie de manière précise pour s'appliquer à une hypothèse précise, elle semble faite sur mesure pour la situation à laquelle on veut l'appliquer. La démarche est la suivante, on souhaite aboutir à un résultat bien précis, pour ce faire, on va poser comme définition de la dignité, le sens qui sur le moment nous permet de parvenir à nos fins. L'intervention se fait alors directement sur le sens même de la dignité, sur le contenant. Le contenant est construit pour les besoins précis d'une cause précise, ce qui a pour conséquence

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² R. LEGROS, Les notions à contenu variable en droit pénal, in C. PERELMAN, R. VANDER ESILT (dir.), *Les notions à contenu variable en droit, op.cit.*, p.21-37

³⁹³ *Ibid.*, p. 21-37.

³⁹⁴ R. LEGROS, Les notions à contenu variable en droit pénal, *op.cit.*, spéc.p. 23

l'impossible généralisation de cette « définition circonstanciée ». Le risque est la multiplication des dignités ainsi construites, dans la mesure où, seule la fin compte, et ce n'est pas à la situation de s'adapter à la dignité, mais bien la dignité que l'on adapte à la situation.

272. M. Poisson, pour rendre compte de cette multiplication des conceptions personnelles de la dignité, établit une distinction entre une dignité construite et une dignité inconditionnelle. Cette distinction résulte d'une opposition entre droits et devoirs qui naissent de la dignité. En effet, la dignité est une notion qui fait naître le devoir de respect de l'humanité en sa personne, comme en celle des autres selon Kant, mais cette dignité confère également à l'individu des droits. Ces deux conséquences de la dignité sont strictement équivalentes, il ne doit y avoir aucune différence de degré entre l'une et l'autre. Les droits ne doivent pas être considérés comme supérieurs aux devoirs et inversement. Cependant, à l'époque contemporaine, une scission franche a été introduite entre les droits et les devoirs, au détriment du devoir de respect qui a été éclipsé. « Ainsi amputée de sa dimension obligatoire, parce que séparée de son lien avec le respect inconditionnel de la vie humaine, détachée de son fondement naturel, la dignité n'est plus le signe de la richesse d'une nature intouchable par l'homme, mais l'expression la plus achevée du pouvoir de l'homme et de sa liberté à disposer de sa propre vie »³⁹⁵. Le pouvoir absolu conféré par la dignité a été compris comme une habilitation faite à l'homme de décider, en quelque sorte, de ce qu'il veut faire de sa vie. De ce pouvoir absolu seule est restée « la capacité de choisir »³⁹⁶ reconnue à l'homme. C'est une vision réduite à dessein de la dignité qui vise à la satisfaction d'un intérêt précis. C'est dans ce sens que l'on parle de dignité construite, il s'agit d'une dignité dont le sens est construit pour une occasion particulière. « Dans cette perspective, tous les concepts, toutes les valeurs, toutes les normes relèvent purement et simplement de constructions de langage reposant de fait non pas sur une quelconque objectivité naturelle, mais sur les intérêts, à un moment donné, d'une culture qui voulait préserver sa position dominante »³⁹⁷. En effet, il peut y avoir autant d'approches qu'il y a d'auteurs, autant de conceptions qu'il y aura de causes à défendre.

B) LES UTILISATIONS PARTISANES DE LA NOTION DE DIGNITE

273. Le cadre est par conséquent propice à l'émergence de conceptions et autres approches personnelles de la dignité, même si finalement on peut mettre tout et son contraire derrière

³⁹⁵J-F. POISSON *La dignité humaine*. Les études Hospitalières, 2004, 124p.p.70-71

³⁹⁶ J-F. POISSON *La dignité humaine, op.cit.*,p.70

³⁹⁷ *Ibid.*, p.71

l'approche retenue. Certaines conceptions de la dignité, certains des sens révélés par l'emploi de la notion peuvent illustrer cette variabilité de contenant plébiscitée en matière de dignité. Il suffit pour s'en convaincre de revenir sur la question très controversée de l'euthanasie (1°) et de s'arrêter sur l'affaire du lancer de nains (2°) qui révèlent un parti pris plutôt qu'une utilisation objective de la notion de dignité, la notion de dignité est une notion à double vitesse, « un prisme à géométrie variable »³⁹⁸.

1°La dignité dans le débat sur l'euthanasie, dignité entre liberté et image de soi.

274. C'est parce qu'il n'y a pas une notion de dignité présentée comme la référence que l'on assiste à une utilisation de la notion dans des sens opposés, le flou est alors arrangeant. S'il est bien un domaine dans lequel le débat sur le sens de la notion de dignité prend toute son importance, c'est bien la question de l'euthanasie. Littéralement le terme « euthanasie » est dérivé du latin *euthanatos* et signifie la bonne mort, il faut comprendre la mort sans souffrance, ou encore « la mort qui est une noble fin »³⁹⁹. Si la norme kantienne était la norme de référence, alors on ne débattrait certainement pas de la question de l'euthanasie, car nul doute que Kant opposé au suicide, serait opposé à l'euthanasie qui est tout sauf dans une perspective kantienne, l'expression ultime de sa liberté. Parce que dans une perspective kantienne, il y a dans l'euthanasie une réification incontestable. Dans ces cas là parler de respect de la dignité a de quoi surprendre, à moins d'explicitier de manière claire quel sens on donne alors à la notion de dignité. En France, les partisans comme les adversaires de l'euthanasie se réfèrent au même terme de dignité. Ainsi on peut se demander comment la dignité peut justifier l'interdiction de l'euthanasie, être érigée par les « adversaires de l'euthanasie », comme le rempart absolu contre ce qui est considéré comme l'atteinte absolue, à la dignité, et être en même temps revendiquée par les « partisans de l'euthanasie » comme la manifestation ultime de sa dignité.

³⁹⁸P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*. Mélanges Christian BOLZE. Economica, 1999, 423p.

³⁹⁹J. DUPUIS, *De l'euthanasie*, Editions Tequi, Paris, 1991, 190p., p.16.

a) Le droit de mourir dans la dignité

275. Les partisans de l'euthanasie emmenés par l'association « pour le droit de mourir dans la dignité » retiennent de la notion de dignité une vision relative clairement affirmée, dans la mesure où ils soumettent la notion à des critères très subjectifs et relatifs. La dignité relative est alors composée de deux éléments, la « belle image » de son corps et le droit de rester maître de son destin. C'est ici une assimilation de la notion de dignité à celle de liberté personnelle (liberté s'entendant ici du droit de disposer de soi-même jusqu'au dernier moment, la liberté de choisir le moment de sa mort). Cette liberté personnelle s'exerçant parce que l'image que l'on a de soi dans la maladie ne correspond plus à l'image idéale que l'on a de soi. C'est ici la dignité-décence⁴⁰⁰, la dignité étant finalement cette « image de soi non dégradée ». Ainsi définie, la dignité relative subordonnée aux capacités, aux qualités de la personne humaine peut se perdre, par la déchéance, la dégradation, la souffrance, la dépendance. « La dignité relative conduit alors à une impasse, une position plus courageuse consiste alors à préférer la mort dans la dignité à une vie indigne⁴⁰¹ ».

276. Ce que les partisans de l'euthanasie revendiquent c'est le droit de chaque personne de ne pas s'imposer une image dégradée de soi, ni de l'imposer aux autres. La dignité a alors selon cette conception à voir avec l'image que l'on renvoie de soi à soi-même et aux autres. Cette dignité-décence, s'accompagne alors de la dignité-liberté, dignité-autonomie qui permettrait comme manifestation ultime de sa dignité de pouvoir choisir le moment de sa mort. Sans entrer sur un débat moral à propos de l'euthanasie, on peut cependant objecter ne rien voir dans ces revendications qui s'apparente à une définition de la notion de dignité. La notion est circonscrite à une vision personnelle qui est surtout tributaire de l'image que les autres et nous-mêmes portons sur nous.

277. La dignité serait donc la belle image de l'homme, une image dégradée ; un homme amoindri par la maladie, serait amoindri dans sa dignité. Nous sommes bien loin malgré tout de la notion de dignité « l'essence même de l'homme ». La dignité est ce qu'il y a d'humain en l'homme, ce qui fait de l'homme un être distinct des autres êtres vivants. Sans vouloir paraître moralisateur, il nous est difficile de comprendre en quoi l'image que l'on renvoie de soi participe de l'essence de l'humanité. En effet, l'essence de l'humanité n'est pas tributaire d'une « belle » ou « mauvaise » image, mais simplement du fait d'être ou non un Homme.

⁴⁰⁰ J-Y.GOFFI, *Penser l'euthanasie : Arguments déontologiques à propos de l'euthanasie*, PUF 2004, 193 p.,p.93

⁴⁰¹ A. GUILLOTIN, La dignité du mourant, in, P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 423p. p.317-333.

Admettre le contraire pourrait justifier des positions encore plus choquantes moralement. En effet, si la dignité est une question d'image, de regard porté sur soi par les autres, ou même par soi-même, « autrui aurait cette toute-puissance extravagante de décider si chacun possède ou non la dignité en fonction de telle imperfection ou de telle infirmité, de tel processus de vieillissement »⁴⁰². Si une telle conception de la dignité existe, c'est parce que la notion de dignité puisqu'elle participe de l'essence même de l'homme, est sans doute d'abord une notion intuitive⁴⁰³. La dignité est ressentie au plus profond de chacun avant d'être conceptualisée. Il ne faut pas en déduire que la notion de dignité nous appartient. Pouvoir ressentir ce qu'est la dignité ne signifie pas que ce soit « à chacun de définir pour soi-même ce qu'il considère comme digne ou indigne à vivre »⁴⁰⁴.

278. Il ne s'agit pas ici d'une critique des arguments développés par les partisans du droit de mourir dans la dignité, mais plutôt de comprendre le sens retenu de la notion de dignité. Ce sens en ce qu'il est extrêmement personnel, ne saurait participer de la construction d'un contenu objectif de la notion de dignité. Renvoyer à chacun le devoir de définir sa vision de la dignité, c'est finalement éluder le problème de la recherche d'une définition objective qui au fond n'est pas utile parce qu'elle conduirait peut-être à une remise en cause de la notion de dignité défendue ici. Dans ce débat sur la dignité, nous ne prenons pas position, simplement il faut admettre que revendiquer l'euthanasie sur une vision si étrange de la notion de dignité peut déranger. Il aurait peut-être mieux valu rester sur le terrain de la liberté personnelle, de l'autonomie, sans pour autant renvoyer expressément à la notion de dignité, car nous n'avons pas la vision d'une notion de dignité qui serait autonome, mais bien d'une notion de dignité confondue avec celle de liberté.

b) la dignité, ultime rempart contre l'euthanasie

279. Pour les adversaires de l'euthanasie la dignité est une valeur morale qui fait naître un droit et un devoir au respect de la nature humaine. On ne peut agir sur sa dignité ni en disposer. La dignité humaine est inamissible, quels que soient les dommages physiques ou psychologiques infligés par la maladie, quels que soient ses actes ou sa condition sociale. Ici

⁴⁰² J. RICOT, Le handicap porte-t-il atteinte à la dignité de l'homme, in N. AUMONIER, PH. BARBARIN, P. IDE, X. MIRABEL, M-O. RETHORE, J. RICOT, et P. TABOADA *La dignité humaine en question*. L'EMMANUEL, Paris, 2004, 534p. p.173-191

⁴⁰³ B. JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif. *R.D.P.*, n°1, 1999, p. 197.

⁴⁰⁴ J. RICOT, *op.cit.*, p.179, l'auteur reprend simplement les propos de M. CAILLAVET ancien sénateur et membre du CCNE

la dignité est dite absolue, en réponse à la dignité comme affaire de convenance personnelle. Il n'y a pas une définition de la dignité qui est posée mais plutôt une vision de la dignité comme une notion morale absolue. Les adversaires de l'euthanasie revendiquent la dignité là où ils pourraient peut-être tout simplement revendiquer l'indérogeable droit à la vie. Pour M. Edelman, le concept de dignité est avant tout « un concept pour la vie »⁴⁰⁵. C'est d'ailleurs sur ce fondement que la Cour européenne des droits de l'homme s'est appuyée dans l'affaire *Pretty*⁴⁰⁶. La Cour retient que : « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie ». On ne pourra s'empêcher de noter la faiblesse de l'argumentation développée par la Cour. On y verra cependant surtout la réaffirmation de la volonté de la haute juridiction de renvoyer aux Etats le soin de régler ces questions.

280. Il faut apporter quelques précisions sur ce lien entre dignité et droit à la vie. Il ne s'agit pas simplement d'affirmer de manière péremptoire que la dignité emporte une obligation de vivre. Il faut revenir ici à Kant, et à sa manière de concevoir la personne en tant que fin en soi. Il est fait défense à la personne de traiter toute personne simplement comme un moyen pour une fin. Cela signifie que la personne ne peut à la fois traiter les autres personnes, mais également elle-même en tant que personne comme un moyen. C'est pourquoi Kant juge le suicide incompatible avec la dignité. Dans l'euthanasie on retrouve la même logique, mais dans ce cas la personne se fait aider et elle est un moyen aux mains de celui qui lui « prête assistance ».

2° L'affaire du « lancer de nains », la dignité entre moralité et contingences sociales

281. Le caractère très relatif et surtout partisan du sens dans lequel est utilisée la notion de dignité ressort très vivement de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat⁴⁰⁷ dans l'affaire dite du lancer de nains. La haute juridiction nous donne de la notion de dignité une vision très relative alors qu'elle se donne des airs de conception absolue de la notion. La conception de la dignité, sa vision comme composante de l'ordre public, méritait qu'on s'y arrête. En effet, dans cette

⁴⁰⁵ B. EDELMAN, L'arrêt PERRUCHÉ : une liberté pour la mort ? *D.* 2002, chron. p. 2349.

⁴⁰⁶ CEDH. *Pretty c/Royaume Uni*, 29 avril 2002. *JCP. G* 2003, II 10062, note GIRAULT ; V.SOMMACO. Euthanasie. Peut-on reconnaître un droit à la mort ? *RGDM*, 2003, n° 91, p. 167.

⁴⁰⁷ CE. Ass. 27 octobre 1995 (2 espèces) *Dalloz*, 1996, jur.p.177 note G. LEBRETON, *JCP éd. G.* II. 22630 note F. HAMON ; N. DEFFAINS. *R.T.D.H.* 1996, p. 673-693. ; J-C. FROMENT. *R.D.P.* 1996, p. 549-564.

affaire, le Conseil d'Etat a jugé que « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ». Cet arrêt a fait l'objet de divers commentaires⁴⁰⁸ car c'est la première fois que le Conseil d'Etat faisait une référence explicite à la notion de dignité.

282. Il s'agit en réalité de deux affaires qui opposaient toutes deux la société fun production et M. Wackenheim, respectivement à la ville d'Aix-en-provence et la commune de Morsang-sur-orge⁴⁰⁹. La société « fun production » organisait des spectacles dans des boîtes de nuit, des spectacles consistant à lancer le plus loin possible, au-dessus d'un tapis de réception, un nain vêtu d'une combinaison de protection. Les maires des communes de Morsang-sur-Orge et d'Aix-en-provence prirent des arrêtés interdisant le déroulement de ces spectacles dans leur ville. M. Wackenheim, protagoniste principal du spectacle, et la société « fun production » saisirent alors les tribunaux administratifs de Versailles et de Marseille afin d'obtenir l'annulation de ses arrêtés. Les deux tribunaux prononcèrent l'annulation de ces arrêtés, cependant les motifs avancés différaient sensiblement. Le tribunal administratif de Versailles énonça « que même à supposer que le spectacle ait porté atteinte à la dignité de la personne humaine, son interdiction ne pouvait être légalement prononcée en l'absence de circonstances locales particulières ». Le tribunal administratif de Marseille retint que « l'attraction litigieuse ne portait pas atteinte à la dignité de la personne humaine et qu'ainsi elle ne mettait en cause ni la sécurité ni la moralité publiques ». Le Conseil d'Etat annula les jugements attaqués, en retenant que « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ». C'est donc en se référant à la notion de dignité que le Conseil d'Etat vient limiter la liberté de toute personne, car finalement c'est bien de liberté dont il était question dans ces affaires, de liberté opposée à la moralité. C'est d'ailleurs l'argument invoqué par M.Wackenheim qui soutenait quant à lui que les arrêtés portant interdiction des spectacles dans lesquels il se produisait, constituaient une atteinte d'une part à sa liberté de travailler, et d'autre part à sa dignité. M.Wackenheim rappela en effet sa situation sociale critique avant sa participation à ces spectacles. Il était sans emploi et vivait dans une précarité certaine dont l'aurait finalement « sauvé » sa participation à ces spectacles, lui permettant ainsi de retrouver sa place en tant que membre de la société. Selon lui alors plutôt que de le protéger malgré lui-même contre une atteinte à sa dignité engendrée par les spectacles, c'est l'interdiction qui portait atteinte à sa dignité puisqu'elle le replongeait dans la précarité.

⁴⁰⁸ P.FRYDMAN, L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police humaine. *RFDA*, nov-déc 1995, p.1204-1217

⁴⁰⁹ CE, Ass.27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-provence, *AJDA*, déc.1995, p.942 et s.

283. Ce sont donc finalement encore une fois deux conceptions de la dignité qui s'opposent. D'une part nous avons la vision de la dignité défendue par M Wackenheim, dans laquelle la dignité serait respectée à partir du moment où une personne retrouve grâce à un emploi, une place dans la société, place qu'elle avait perdu alors qu'elle était sans emploi. Cette vision de la dignité passant par un travail est défendue en droit du travail où on considère que le fait d'avoir un emploi participe de cette dignité, alors que le fait d'être sans emploi constituerait quelque part une atteinte la dignité de la personne⁴¹⁰. Le commissaire du gouvernement Patrick Frydman qualifie cependant en l'espèce une telle argumentation de pathétique. Il rappelle que « le concept de dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait en effet s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet »⁴¹¹.

284. D'autre part la dignité comme protection d'une personne même contre lui-même, représentée par la solution du Conseil d'Etat, en vertu de laquelle la protection de la dignité peut venir limiter l'exercice de la liberté individuelle. Le principe posé est clair, la dignité est une composante de l'ordre public et en tant que telle peut justifier des limitations à l'exercice de certaines libertés⁴¹². Aucune définition de la notion n'est proposée, on peut simplement déduire de son inclusion l'ordre public qu'il s'agit d'un concept qui n'a pas son champ d'application propre mais participe de la réalisation de l'ordre public. En même temps, la place accordée au principe de dignité par le Conseil d'Etat pour critiquable qu'elle soit est tout de même particulière, puisque la haute juridiction estime que la préservation de l'atteinte à la dignité ne nécessite pas la preuve de circonstances locales particulières. L'application du respect du principe de dignité surpasse par conséquent le cadre purement local et a une « vocation hégémonique »⁴¹³. La haute juridiction reconnaît par là la nature particulière de la notion de dignité, on ressent dès lors la force du principe. Sa portée permet de s'affranchir de certaines contraintes. En l'espèce s'agissant du pouvoir de police du maire, il n'est plus besoin dès lors que la dignité est « en danger », de tenir compte des circonstances locales pour mettre fin à l'atteinte, ou empêcher celle-ci de se produire.

285. L'inclusion de la notion de dignité dans celle plus large « d'ordre public » montre que le Conseil d'Etat a une vision réduite du contenu du principe. Le principe n'est au vu de la

⁴¹⁰ Voir en ce sens T. REVET, La dignité de la personne humaine en droit du travail, in *La dignité de la personne humaine*, op.cit.p.137-157, spéc.p.137

⁴¹¹ P.FRYDMAN, L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. *RFDA*, 1995, p.1204-1217.

⁴¹² Les libertés en jeu sont ici la liberté d'expression et la liberté du commerce et de l'industrie, cependant toutes deux se retrouvent limitées par le principe de dignité.

⁴¹³ L. WEIL, La dignité de la personne en droit administratif, in M-L. PAVIA, T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999,181p.,p.85-106, spéc.p.96

décision pas un principe autonome mais s'inscrit dans un cadre familial au juge administratif celui de l'ordre public. Il n'y a pas d'effort pour assurer à la notion une nature propre. La haute juridiction reste sur le terrain « balisé » de l'ordre public, dont on connaît le pouvoir dissuasif. Ce faisant, la haute juridiction administrative, impose sa vision de la dignité. Le dessein est louable, il s'agit de protéger les personnes « atteintes de nanisme », et au besoin de « les protéger contre elles-mêmes », contre un monde extérieur souvent cruel à l'égard de ceux qui sont différents. Mais le moyen est critiquable et derrière une vision de la notion de dignité qu'on nous présente comme une exigence intrinsèque de la notion, de dignité, nous ne voyons poindre qu'une acception supplémentaire. Acception tournée vers un but précis et qui ne peut constituer une définition reconnue par tous. Acception qui, surtout, participe de ce climat général d'instrumentalisation de la notion par manipulation de son contenant.

286. Quel est finalement le critère mis en avant par le Conseil d'Etat pour justifier l'atteinte à la dignité? Le spectacle en ce qu'il conduit à l'utilisation d'une personne atteinte d'un handicap comme un projectile constitue une atteinte à la dignité. En l'espèce c'est la vision kantienne de la dignité à n'en pas douter puisque ce qui choque c'est le fait que le spectacle consiste à « ravalé au rang d'objet une personne handicapée à raison même de son handicap »⁴¹⁴. Ce qui est condamné c'est la réification de la personne humaine. Cependant, ce qui sème alors la confusion dans notre esprit et suscite quelques interrogations, c'est que ce soit finalement la réification de la personne humaine *en raison de son handicap*. La précision est d'importance. C'est le Commissaire du gouvernement lui-même qui attire notre attention sur le fait que : « ce n'est pas n'importe quelle personne qui est lancée, mais spécialement et exclusivement un *nain* »⁴¹⁵. De plus c'est avec force et détails que l'accent est mis sur la satisfaction perverse que retireraient les spectateurs, confortant ainsi leur sentiment de supériorité face à des êtres humains qui seraient à leurs yeux des êtres « de second rang »⁴¹⁶. Faut-il en conclure que le lancer de personne non atteinte de handicap est plus tolérable ? A croire que oui ! Il est alors difficile de voir dans cette logique la notion de dignité de la personne humaine, qui exprime avant tout le fait d'être une personne en général, le fait d'être un homme quelle que soit sa condition physique. La dignité telle qu'elle résulte de la décision du Conseil d'Etat est une dignité de protection de la personne humaine vulnérable et pas de la personne humaine en général. C'est le regard bienveillant que porte la société sur les personnes en situation de handicap qui justifie en grande partie cette décision. C'est dans ce

⁴¹⁴ P.FRYDMAN, Atteinte à la dignité de la personne humaine et pouvoirs de police municipale, *op.cit.* p.1209

⁴¹⁵ P.FRYDMAN, Atteinte à la dignité de la personne humaine et pouvoirs de police municipale, *op.cit.*, p.1208.

⁴¹⁶ *Ibid.*

sens que M. Jorion relève que le Conseil protège en l'espèce le « droit d'une communauté donnée⁴¹⁷ ».

287. Non seulement la dignité, en l'espèce, ne protège alors qu'une catégorie de personnes, mais en plus elle s'avère contextuelle, tributaire des contingences sociales. Pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions présente l'interdiction des spectacles de lancer de nains comme s'imposant du fait qu'un tel spectacle ne puisse « trouver sa place dans une société civilisée ». Il ne s'agit plus finalement de la dignité mais de la manière dont la société conçoit ce genre de spectacle. Si la société l'avait toléré, il n'y aurait alors pas eu d'atteinte à la dignité ? Ce n'est pas tellement, on s'en rend compte la dignité que l'on veut défendre, mais ce que la société est prête ou non à accepter. Pour s'en convaincre revenons encore sur les conclusions de M. Frydman. Celui-ci à titre liminaire renvoie d'abord à l'intime conviction de chacun pour savoir si le lancer de nains est attentatoire à la dignité, reconnaissant alors tout d'abord que les sentiments peuvent être différents et les avis partagés, et qu'il « s'en trouvera pour ne pas trouver ces spectacles comme attentatoires à la dignité »⁴¹⁸. Cependant M. Frydman rappelle ensuite que le concept absolu de dignité « ne saurait s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet ». Le doute reste cependant permis sur le caractère « objectif » de la dignité ainsi défendue. Il n'est pas certain que le spectacle ait été considéré comme attentatoire en tous temps et en tous lieux même au sein de cette société civilisée. C'est une vision extrêmement subjective que nous livre le Commissaire du gouvernement suivi par le Conseil d'Etat. La dignité serait alors ce qui est acceptable aux yeux du corps social et ce que la majorité du corps social juge comme moralement choquant serait attentatoire à la dignité. Nombreux sont les auteurs qui ont d'ailleurs critiqué ce qu'ils considéraient comme un retour à l'ordre moral. Ainsi pour M. Lebreton le Conseil d'Etat « invite (...) clairement les maires à utiliser leur pouvoir de police pour faire obstacle à tout comportement ou manifestation susceptible de choquer profondément la conscience collective »⁴¹⁹.

288. Le malaise s'intensifie parce qu'alors même qu'il est affirmé que la dignité s'oppose à la réification de l'être humain, il ne se trouve aucun principe de dignité pour s'opposer à ce que certains considèrent également comme une réification de la personne humaine, la prostitution.

⁴¹⁷ B. JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, *R.D.P.* 1999, n°1, p.197

⁴¹⁸ P.FRYDMAN, *op.cit.* p.1207

⁴¹⁹ G. LEBRETON, Ordre public, ordre moral et lancer de nain, *D.* 1996, jurisprudence, p.177

La position du Conseil d'Etat pourrait nous amener à croire que la dignité s'oppose en général à ce qui réduit l'être humain au rang d'objet, mais il n'en est rien. La prostitution n'est pas dans les textes reconnue comme constituant une atteinte à la dignité de la personne humaine. C'est finalement à une dignité à deux vitesses à laquelle nous avons affaire. En droit pénal, une distinction subtile est faite entre d'une part la prostitution et d'autre part le proxénétisme. Seul le second est réprimé par le Code pénal qui sanctionne dans l'article 225-5, al 1^{er}, « le fait d'aider d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui ». La prostitution reste toujours une affaire de choix personnel, de mode de vie librement décidé, et ne paraît pas moralement choquante aux yeux de toute la société. Il est difficile tout de même de ne pas voir dans cette « activité » une réification de la personne. Mais il s'agit d'une réification tolérable qui ne choque pas outre mesure, et qui par conséquent ne constitue pas une atteinte à la dignité de la personne humaine. Pour tolérée qu'elle soit, cette activité n'en constitue pas moins une activité qui, en ce qu'elle aboutit à la réification d'une personne (reléguée au rang d'objet sexuel), au même titre que le lancer de nains, constitue une atteinte à la dignité. Qu'est ce qui différencie alors la personne qui se livre à la prostitution du « nain lancé » dans la mesure où celui-ci également affirme tout comme celle-là, exercer une activité qu'il aurait librement choisi ? Le regard porté par la société est déterminant, clément dans le premier cas et très sévère dans le second. Et c'est ce regard que l'on veut nous faire passer pour une vision objective de la notion de dignité ! Nous ne sommes pas convaincus.

289. Il ne s'agit pas ici pour nous d'affirmer que le lancer de nains ne constitue pas un ravalement au rang d'objet du nain, mais plutôt de dénoncer ici une dignité à double vitesse qui prendrait sa source dans la vision qu'a la société des choses. La dignité ne peut être réduite au regard que porte la société sur l'acte considéré comme attentatoire à la dignité, car c'est la une vision très contingente de la notion qui ne respecte pas le caractère absolu de la notion qui renvoie de manière intemporelle à l'essence de la personne humaine. Soit on considère que le fait de réifier la personne humaine, de la ravalier au rang d'objet est attentatoire à la dignité humaine et dans ce cas autant le lancer de nains que la prostitution ne sauraient être tolérés. Soit on considère que le fait de ravalier la personne humaine au rang d'objet n'est condamnable que dans les cas où ce ravalement est jugé choquant par la société, alors on ne condamne que ce que la société veut condamner. Mais dans ce cas là on ne parle plus de dignité concept objectif, mais véritablement de moralité⁴²⁰. La dignité est contre le ravalement de toute personne au rang d'objet, pas contre celui d'une catégorie de personnes

⁴²⁰ Pour une distinction entre dignité et moralité, voir nos développements *supra*, INTRODUCTION.

au rang d'objet. Dans le cas contraire il n'est plus question de la dignité. Cependant l'intention demeure tout aussi louable, il s'agit de la protection indispensable que doit apporter la société à ceux de ses membres qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité.

SECTION 2

L'IMPOSSIBILITE DE CLASSER LA DIGNITE DANS LA CATEGORIE DES NOTIONS A CONTENU VARIABLE

290. La notion de dignité n'est définie par aucun texte qu'il s'agisse du droit international ou du droit interne. Ces textes se contentent d'affirmer l'importance de la notion et lui accorde une place de choix dans l'ordre juridique, sans cependant en préciser la consistance. C'est bien souvent le commentateur juridique qui tente la plupart du temps de découvrir à quelle réalité matérielle et substantielle renvoie cette notion⁴²¹. Le juriste semble avoir pris son parti de l'absence de définition de la notion, en y voyant à tort une notion ouverte soit à la définition de chacun, soit au niveau de son application. Le souci de rigueur du juriste explique qu'il ne se résigne pas à considérer la notion comme indéfinissable. Cette obsession le pousse au contraire à « classer » la dignité dans une catégorie juridique existante : de là à voir dans la dignité une notion à contenu variable, il n'y avait qu'un pas qui a été franchi. Ainsi pour certains auteurs, la dignité est un standard « dont l'appréciation sera sans doute très proche de celle de bonnes mœurs et donc livrée, on peut le supposer au même processus de dégradation »⁴²². Pour d'autres encore, cette notion « est à n'en pas douter une notion à contenu variable dorénavant bien ancrée dans le droit des personnes »⁴²³.

291. Il faut alors tenter de comprendre si objectivement la dignité peut être classée dans la catégorie juridique des notions à contenu variable. La situation qu'on nous présente est celle d'un terme qui n'aurait pas de contenu identifié et dont on fait peut être un peu trop facilement une notion à contenu variable. Ce qui dérange c'est l'impression de rapidité qui se dégage de cette qualification. Finalement on se demande si la dignité n'est pas présentée comme notion à contenu variable à défaut d'avoir pu la définir. La dignité est indéfinissable,

⁴²¹ Cette attitude de la doctrine juridique est jugée impropre, parce qu'elle ne respecterait pas son rôle qui ne doit être que descriptif. « Si la doctrine remplit aussi une fonction de définition, celle-ci n'en principe pas les mêmes conséquences (sous entendu que le législateur ou le juge) : son travail est normalement descriptif ou explicatif. Or la présente recherche a établi que parmi les différents sens donnés au principe, la doctrine se focalise pour une large part sur *un* de ces sens. (...) Il ne s'agit donc non plus d'une description de la réalité sémantique du principe. (...) Il s'agit alors pour la doctrine qui effectue ce choix de marquer une préférence et d'indiquer une vérité selon laquelle le sens appuyé est celui que *doit* recouvrir le principe de dignité. On confirme l'hypothèse d'un discours doctrinal prescriptif. S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE et D. ROMAN, *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, *op.cit.*, p.23.

⁴²²J-C. GALLOUX. *De corpore jus*. Première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994. L.P.A. 14 décembre 1996. Voir également sur l'idée de la dignité comme un standard, S. GUILLEN, *Dignité de la personne humaine et police administrative*. Essai sur l'ambivalence d'un standard, in P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, *op.cit.*, p.175-204.

⁴²³ C. POMART, *La magistrature familiale. Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*. L'Harmattan, Paris, 2003, 575p. p.65.

nous l'avons dit, mais en tant que notion morale, elle renvoie à ce qu'il y a d'humain en l'homme. Elle permet de distinguer l'homme des autres êtres vivants. Il faut se souvenir que la notion de dignité n'est pas créée par le droit mais simplement « reçue » tant bien que mal par lui. Le droit subit donc bien plus l'impossibilité de définir la notion qu'il ne la crée. Il y a derrière les notions à contenu variable une idée de « notion instrument » qui dérange. Car même si on n'a pas de la dignité une idée précise, il ne faut pas en faire une notion instrument, parce qu'elle renvoie même de manière abstraite à ce qui fait de l'homme un être à part.

292. Il faut par conséquent essayer de comprendre si la notion de dignité est véritablement une notion à contenu variable, ou lors si le flou dont on entoure la notion n'est pas plutôt l'aveu de l'incapacité dans laquelle le juriste finalement se trouve pour la cerner. Le danger c'est cette volonté de faire rentrer impérativement la notion de dignité dans une catégorie juridique existante, à défaut d'avoir pu la cerner, on la qualifie de floue, comme s'il fallait absolument et comme si on pouvait absolument rendre compte rationnellement, juridiquement de tout. En tout état de cause la dignité ne correspond pas aux caractéristiques générales des notions à contenu variable (§1), cette impression se confirme lorsque l'on confronte la notion avec les différentes catégories de notion à contenu variable qui existent (§2).

§ 1 : UNE IMPOSSIBILITE JUSTIFIEE PAR LE CARACTERE INSTRUMENTAL DES NOTIONS A CONTENU VARIABLE

293. La notion à contenu variable peut être définie comme « une notion dont la dénomination, le signifiant, restent constants, mais dont le domaine, le champ, le signifié, sont mouvants, évoluent plus spécialement en fonctions de facteurs spatio-temporels »⁴²⁴. Mme Castets-Renard recense différentes expressions utilisées par la doctrine pour désigner ces notions « proches par leur caractère imprécis : les concepts mous, concepts soupapes, paragraphes-caoutchoucs, notions-cadres, standards juridiques, notions confuses, lacunes *intra-legem* »⁴²⁵.

294. La notion à contenu variable est présentée par une partie de la doctrine juridique comme un instrument qui participe de la technique législative⁴²⁶. L'imprécision entourant la notion

⁴²⁴ R. LEGROS, Les notions à contenu variable en droit pénal, in Les notions à contenu variable en droit. C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), in *Les notions à contenu variable en droit, op.cit.*

⁴²⁵ C. CASTETS-RENARD, *Les notions à contenu variable en droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, 503pp. spéc.p.20

⁴²⁶ Voir en ce sens notamment J. CARBONNIER Les notions à contenu variable en droit français de la famille, in C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit, op.cit.*p 99-112.

édictee par le législateur résulterait alors de sa volonté délibérée, dans un souci d'équité, de rendre la règle de droit plus adaptée aux situations de fait, aux cas concrets auxquels elle trouve à s'appliquer. Par le recours à la notion à contenu variable, le législateur, abandonnerait délibérément le soin au juge de déterminer de manière concrète le sens d'une notion pourtant édictee par lui. C'est la raison pour laquelle certains parlent des notions à contenu variable comme de lacunes *intra-legem*⁴²⁷. «Tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, floues, indéterminées, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce »⁴²⁸. Par l'édiction de notions à contenu variable, il y aurait une entente implicite entre le juge et le législateur, le premier recevant en quelque sorte du second le pouvoir de déterminer le contenu normatif de la notion. Cependant le législateur donne au juge des directives afin que celui-ci exerce sa mission dans un « cadre » plus ou moins délimité. Mais que dire des hypothèses où le législateur ne peut donner de directives d'interprétations parce qu'il se trouve lui-même dépassé par la notion dont il serait pourtant l'auteur ? C'est là toute la problématique en matière de dignité. S'agissant de la notion de dignité, on peut se demander si l'indétermination est vraiment voulue sciemment par le législateur ou si au contraire elle n'est pas subie par lui.

295. Le législateur a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises, lors de la réforme du Code pénal de 1994, lors de l'intégration de la notion dans le Code civil, autant d'occasions pour le législateur de préciser la notion ou ses intentions, de lui donner un contenu positif, autant d'occasions manquées. Le législateur ne parvient qu'à saisir la notion par une approche négative. Il ne « définit » la notion que par retranchement de ce qu'elle n'est pas, de ce qui lui

L'auteur y distingue, la variabilité comme technique législative, dans laquelle la variabilité est intentionnelle « préparée à l'avance », de la variabilité *ex post facto*, qui est « celle qui se produit par l'action imprévue des interprètes ; voir également dans le même sens C. POMART, *La magistrature familiale. Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*. L'Harmattan, Paris, 2003, 575p. P.46. Pour l'auteur, en droit de la famille, les notions à contenu variables constituent « l'instrument d'évolution de l'office du juge de la famille ».

⁴²⁷ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, Paris, 2003, p.37 « l'auteur de la loi fait d'abord preuve d'une intention normative spécifique lorsqu'il énonce des notions à contenu variable(...) il démissionne en usant de termes peu clairs et son retrait doit être compensé par le juge.(;;) Le législateur procède ainsi à une délégation en faveur du juge, chargé de parachever le contenu normatif des notions à contenu variable. L'interprète (..) n'est plus seulement chargé d'interpréter la loi, puisque par définition, le législateur n'a rien dit, mais contribue lui-même à élaborer le contenu normatif.

⁴²⁸ C. PERELMAN, *Essai de synthèse*, in, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir), *Les notions à contenu variable en droit Bruylant, op.cit.*, p.365.

porte atteinte. Il en donne par conséquent une définition en extension, ne s'attardant pas au fond sur ce qu'est réellement la notion, sur une définition en compréhension. Ainsi la notion est appréhendée sous l'angle de ce qui lui est contraire. Le livre II du Code pénal constitue un exemple révélateur, dans ce livre se trouve un chapitre V intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ». La notion de dignité est appréhendée par l'interdiction de comportements qui lui porteraient atteinte. Mais les définitions proposées ne sont que des définitions négatives, constituées par les atteintes portées à la notion au fur et à mesure que ces atteintes sont portées. Ce sont des comportements qui sont prohibés. Mais la dignité n'est pas qu'une norme qui renverrait à un certain comportement. Elle oblige, il est vrai, à observer un certain comportement mais celui-ci n'est que la conséquence de la dignité, il participe du respect de la dignité mais ne renseigne pas sur ce qu'est la dignité.

296. Le législateur se distingue par son laconisme. Tout se passe comme s'il consacrait une notion dont on sait tout. Rien dans les consécutions législatives ne peut indiquer, ne peut attester de la volonté de faire de la notion une notion à contenu variable. Eu égard à la technique d'élaboration des notions à contenu variables, eu égard au fait que ce sont des notions consacrées par le législateur dans une indétermination voulue⁴²⁹, recherchée, on a alors de la réticence à classer la notion de dignité dans cette catégorie. L'indétermination dont fait montre la notion de dignité relèverait alors d'un autre ordre, parce que derrière cette notion de dignité, il n'y a pas à l'origine la main créatrice du législateur. En effet, il serait faux de voir dans la dignité une notion volontairement indéfinie par le législateur. Comme nous l'avons vu, rien ne permet d'attester que le silence constaté du législateur dans ce que nous avons appelé le débat sémantique autour de la notion de dignité⁴³⁰, puisse être qualifié d'intentionnel. On ne peut pas affirmer qu'il renvoie véritablement au juge le soin de combler la lacune, qu'il aurait laissé le soin au juge de définir la notion. Ceci parce que le législateur n'a pas créé la notion de dignité. Il la reçoit tant bien que mal et s'efforce de lui accorder une place dans l'ordonnement juridique. Il n'y a aucune volonté législative derrière ce silence gardée autour de la notion de dignité car la notion de dignité ne se laisse pas définir. Elle se dérobe à toute définition, elle n'est pas aisée à saisir. Voilà ce qu'est la dignité, une notion

⁴²⁹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005, 440pp. spéc.p.90. S'agissant des notions variables, l'auteur retient que « certaines expressions juridiques sont intentionnellement terminées.(...) la particularité de ces notions est 1) d'être ouvertes, dans le présent et l'avenir, à une multitude d'applications que leur indétermination, au sein du cadre qui les dessine, rend possibles 2) d'avoir toujours et nécessairement besoin pour être appliqués à un cas particulier de la médiation d'un juge (ou d'un autre agent d'exécution), leur indétermination rendant nécessaire que cet agent vérifie, cas par cas, que les données de l'espèce entrent dans les prévisions-cadres du critère directif.

⁴³⁰ Voir nos développements, *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre 1, section 1, I.

indéfinie parce qu'indéfinissable. Par son silence, le législateur prend sans doute la mesure de l'insaisissabilité de la notion.

297. Cependant, cette absence de volonté d'instrumentaliser la notion ne saurait, à elle seule, suffire à exclure la notion de dignité de la catégorie des notions dites « à contenu variables. » En effet, le critère de la volonté d'instrumentaliser une notion ne suffit pas, à lui seul, à rendre compte de l'existence d'une notion à contenu variable. Cependant, la confrontation de la dignité aux différentes catégories de notions à contenu variable achève de nous convaincre du caractère impropre de cette qualification.

§2 : UNE IMPOSSIBILITEE JUSTIFIEE PAR L'INCOMPATIBILITE DE LA DIGNITE AVEC LES DIFFERENTES CATEGORIES DE NOTIONS A CONTENU VARIABLE

298. On recense en général trois catégories de notions à contenu variable (A), qui se révèlent à tour de rôle inadaptées à la notion de dignité (B).

A) LES DIFFERENTES CATEGORIES DE NOTIONS A CONTENU VARIABLE

299. Les auteurs pour classer les notions à contenu variable, pour en dresser une typologie, s'appuient sur le degré d'imprécision de la notion. Ainsi de la plus précise à la moins précise, la répartition des rôles entre le législateur et le juge varie. Les auteurs ne sont pas toujours d'accord sur le contenu des différentes catégories de notions à contenu variable. On relève le plus souvent trois catégories de notions à contenu variables. Le classement le plus fréquent intervient au sein des notions à contenu variable entre standards, notions-cadres et notions floues⁴³¹. Cependant certains auteurs ne distinguent pas au sein des notions à contenu variables, entre ces différentes catégories et emploient indifféremment l'une ou l'autre expression, les différentes catégories étant alors interchangeables⁴³².

Il faut noter que peu importe que les auteurs opèrent ou non une distinction au sein même des notions à contenu variables entre différentes catégories, une place particulière est toujours

⁴³¹ Voir. En ce sens notamment C. POMART, *La magistrature familiale : op.cit.* spéc.p.57- 65 ; Voir également. C. CASTETS-RENARD. *Notions à contenu variables en droit d'auteur, .op.cit.*, spéc.p.29-38

⁴³² G CORNU, *Linguistique juridique, op.cit.*, p.90. L'auteur ne distingue pas les notions floues des notions cadres.

réservée aux notions qualifiées de standards qui font l'objet d'un consensus tendant à les exclure des notions à contenu variable. Pour la majorité des auteurs ces notions, dont le sens est de plus en plus précis, n'ont plus véritablement leur place au sein des notions à contenu variables. C'est pourquoi les auteurs soit n'y font pas référence⁴³³ lorsqu'ils parlent des notions confuses, soit les mentionnent pour mieux les exclure des notions confuses⁴³⁴.

300. On remarque que les avis divergent à propos du critère de classification à retenir, à propos de la valeur accordée à chacune des notions, et enfin à propos du rôle accordé à la notion dans la technique de « délégation » législative.

301. Mme Pomart dans sa thèse distingue trois grandes catégories de notions à contenu variable, le critère de distinction retenu étant le degré plus ou moins élevé d'indétermination de la notion. Ainsi de la notion au degré d'indétermination la moins élevée, à celles dont l'indétermination est le plus élevé, on retrouve, respectivement, les notions « standards », les notions-cadres et les notions floues⁴³⁵. Cependant il est une autre classification qui a également retenu notre attention, celle retenue par Mme Castets-Renard qui distingue également entre les standards, les notions cadres et les notions floues. Cependant le critère de distinction retenu est sensiblement différent. Ainsi à la différence de degré d'imprécision préconisée par Mme Pomart, l'auteur oppose une véritable différence de nature comme critère de distinction entre ces différentes catégories de notions à contenu variable. Ainsi pour l'auteur, le standard est plus précis que la notion-cadre, mais la notion floue se définit par rapport à la notion- cadre. Autrement dit selon l'auteur sont des notions floues, des notions qui ne sont pas des notions-cadres⁴³⁶.

⁴³³G CORNU, *Linguistique juridique*, *op.cit.*, p.90

⁴³⁴ V. en ce sens C. POMART, *op.cit.* p.59, selon l'auteur »l'appartenance des « notions standards » à la catégorie juridique des notions à contenu variable paraît de plus en plus discutable au fur et à mesure que leur systématisation s'accroît réduisant quasi-totalement leur adaptabilité

⁴³⁵C. POMART, *op.cit.*, *spéc.p.57- 65* Au sein même des notions à contenu variable, l'auteur distingue, les notions-cadres, les notions floues et les standards. Pour distinguer entre ces trois catégories, l'auteur utilise le critère du degré d'indétermination, classant ces notions de la moins indéterminée, la notion standard, à la plus indéterminée, la notion floue. Le premier degré d'indétermination renvoie aux notions qualifiées de « standards ». Ces notions ont toutes une définition doctrinale communément admise. Il ne s'agit plus de notions à contenu variables véritablement malléables.⁴³⁵ Le second degré d'indétermination est constitué par les « notions-cadres », l'indétermination est davantage marquée, mais le pouvoir interprétatif, et normatif du juge est plus limité puisque le législateur lui adresse des directives d'interprétation⁴³⁵La dernière sous-catégorie est constituée par les « notions floues », ce sont les notions à contenu variable dont le degré d'indétermination est le plus considérable, (...) elles permettent l'intervention maximale du juge et l'adaptabilité la plus grande.⁴³⁵

⁴³⁶ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, *op.cit.*p.213.Selon l'auteur, « les notions floues représentent les notions qui ne peuvent être qualifiées de notions-cadres. Elles se définissent à *contrario* de ces dernières. Elles ont un caractère résiduel et ne semblent pas véritablement constituer une catégorie d notions. » L'auteur va même plus loin puisqu'elle considère que ces notions floues n'ont aucune portée normative. » p.219 » le législateur ne réalise aucune prédétermination de la norme en consacrant des notions floues, privant ces dernières de normativité. Elles n'ont ainsi pas de véritable contenu normatif et il est

302. Pour Mme Pomart, cette catégorie des notions floues est la « plus intéressante, elle permet en effet l'intervention maximale du juge et l'adaptabilité la plus grande » ces notions participent véritablement dans l'esprit de l'auteur de la technique de délégation du pouvoir du législateur au juge, et l'auteur ne remet nullement en cause le caractère positif ou normatif de ces notions⁴³⁷ ». Pour d'autres la présence de telles notions est purement accidentelle et ne révèle aucune intention normative, et traduit alors une « dérive du rôle législatif »⁴³⁸. Ainsi Mme Castets-Renard distingue au sein des notions à contenu variable, entre celles qui ressortent d'une volonté politique clairement affichée et celles qui ne présentent pas ce caractère instrumental et n'ont pas cette finalité politique⁴³⁹. Les notions qui présentent ce caractère instrumental sont les notions-cadres, les autres notions qui se définissent par retranchement des notions cadres sont des notions floues. Il y a donc chez les deux auteurs une classification des notions de la plus précise (le standard) à la moins précise (la notion floue). Mais alors que dans un cas cette imprécision maximale de la notion permet une plus grande adaptation de la règle de droit aux faits et participe de la normativité, dans l'autre l'imprécision est le signe perceptible du malaise entourant une notion qui n'est pas juridique.

B) LA CONFRONTATION DE LA DIGNITE AVEC LES DIFFERENTES CATEGORIES DE NOTIONS A CONTENU VARIABLE

303. L'analyse des différentes notions à contenu variable nous rend alors quelque peu dubitatif sur inclusion de la dignité dans ces notions. La dignité a été qualifiée tour à tour de standard juridique (1°) de notion-cadre (2°), de notion floue (3°). Ces qualifications sont-elles justifiées ?

probable que le juge ne le applique pas, les privant de positivité. Les notions floues présentent ainsi un taux de positivité très faible, plus probablement nul et ne sont alors plus du droit. »

⁴³⁷ C. POMART. *op.cit.* spéc.p.60-63

⁴³⁸ C. CASTETS-RENARD, *op.cit.* Spéc.p.213-222 Pour l'auteur, en édictant les notions floues, le législateur « ne souhaite même pas créer une norme, entendue comme une règle de conduite obligatoire. (...) soit le législateur fait preuve d'une maladresse rédactionnelle, en énonçant par accident des notions inutiles dépourvues de fonction au sein de l'ordonnement juridique, soit il énonce des notions floues à des fins étrangères à la règle de droit. »

⁴³⁹ *Ibid.* ,p. 40. De telles notions qualifiées de notions floues, ne sauraient constituer une technique législative dans la mesure où elles n'expriment guère un choix politique du législateur (...). L'analyse de la volonté politique du législateur révèle alors une certaine déviance au moment d'énoncer certaines notions à contenu variable, caractéristique des notions floues. Le législateur élabore en effet ces notions sans intention de créer une norme. Leur portée normative est défectueuse et leur application par le juge risque d'être ensuite d'être problématique.

1° La dignité, standard juridique ?

304. Le standard peut être défini comme « un type de disposition indéterminée, plutôt utilisé par le juge, dont le caractère normatif est l'objet de contestations et qui met en jeu certaines valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité »⁴⁴⁰. C'est « une technique de formulation de la règle de droit, un instrument de mesure mis en œuvre par celle-ci »⁴⁴¹. Il s'agira alors d'une règle mesurant un comportement par comparaison avec un comportement dit normal, à un modèle. On peut citer comme exemple la notion de « bon père de famille », en vertu de la quelle, il s'agit pour qualifier le comportement d'un individu, de se référer au comportement qu'aurait eu « le bon père de famille » placé dans la même situation

305. La mise en œuvre de standard suppose l'existence et la reconnaissance d'une norme, d'un modèle. Il faut distinguer les standards qui incluent la normalité juridique de ceux qui incluent la normalité sociale. Entrent ainsi en compte les faits sociaux dans l'élaboration d'une moyenne, la moyenne est ainsi d'ordre social, adaptée au monde réel⁴⁴². La dignité peut-elle constituer un modèle, une moyenne, peut-elle servir en quelque sorte d'outil de comparaison, à la lumière duquel on considérerait d'autres comportements ?

306. Nous ne pensons pas que la notion de dignité soit réductible à un standard, il suffit pour s'en convaincre d'essayer de voir un exemple d'utilisation dans ce sens de la notion. L'utilisation de la dignité comme standard peut être illustrée par l'affaire du lancer de nains⁴⁴³. En effet, nous pensons que l'assimilation à la dignité à un standard dans cette affaire est pertinente. Tout d'abord d'un point de vue formel, le fait que le Conseil d'Etat lui-même vienne inclure la notion de dignité dans celle d'ordre public. Or nous savons que la notion d'ordre public est considérée comme un standard⁴⁴⁴. D'autre part lorsque l'on s'attache à la décision du Conseil d'Etat au fond, la haute juridiction retient que « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine »⁴⁴⁵. Ce sont surtout les conclusions du Commissaire du gouvernement Frydman qui révèlent cette utilisation de la notion de dignité comme un standard social. En effet, pour le commissaire du gouvernement,

⁴⁴⁰ S. RIALS. *Le juge administratif français et la technique du standard*. LGDJ, 1980, p.3

⁴⁴¹ S. RIALS. Les standards, notion critique du droit, in, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir), *Les notions à contenu variable en droit Bruylant*, op.cit., p.43

⁴⁴² S. RIALS. *Le juge administratif français et la technique du standard*, op.cit.p.26-35

⁴⁴³ V. nos développements, infra, Première partie, Titre second, Chapitre 1, section 2, §, B.

⁴⁴⁴ V. en ce sens notamment S. RIALS. *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit.p.38-40 ; voir également C. POMART, op. cit.p.58. et C. CASTETS-RENARD, op.cit.p.100

⁴⁴⁵ CE ass. 27 octobre 1995. *AJDA*, 20 déc.1995, p.942-944.

une telle attraction ne « paraît pas trouver sa place dans une société civilisée »⁴⁴⁶. L'attraction du lancer de nains a été jugé intolérable, moralement choquante, eu égard à ce que la société attend de ses membres. Nous avons cependant vu les conséquences d'une notion de dignité ainsi considérée comme une norme de référence, posant une exigence de comportement. En effet, une telle conception a pour conséquence notamment d'assimiler la notion de dignité à ce qui est ou non moralement acceptable, la dignité devenant alors tributaire de ce qui est ou non acceptable pour une société donnée.

307. Il s'agit d'un problème d'ordre général concernant les standards en tant que notion à contenu variable. En effet, certains auteurs, leurs dénie de plus en plus le caractère de « notions à contenu variable ». Dans la catégorie des notions à contenu indéterminé, les standards ont une place particulière, parce qu'il ne s'agit plus véritablement pour une partie de la doctrine de notions véritablement indéterminées, mais dont le contenu est au contraire relativement fixé et surtout ce ne sont plus des notions véritablement malléables. Par conséquent les standards ne constituent plus des notions à contenu variable *stricto sensu*⁴⁴⁷, certains auteurs vont même plus loin en rappelant que cette notion de standard n'est guère plus usitée de nos jours, elle serait alors tombé en désuétude⁴⁴⁸. En tout état de cause, la notion de dignité ne peut pas être considérée comme un standard.

2° La dignité, notion-cadre?

308. Par l'édition de notions-cadres, le législateur ne délègue pas complètement au juge le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la norme qu'il crée. En effet, ces notions s'accompagnent bien souvent de directives d'interprétations ce qui laisse une marge de manœuvre réduite au juge lors de leur application. « Ces notions ne sont pas totalement vagues et indéterminées puisqu'elles évoluent au sein d'un cadre délimitant leur interprétation »⁴⁴⁹. Les notions-cadres sont considérées comme de véritables outils de politique législative. Leur mise en œuvre traduit une volonté délibérée du législateur qui, en édictant de telles notions, a « conscience de créer une norme floue, mais plus encore choisit délibérément d'être imprécis »⁴⁵⁰. Il s'agit

⁴⁴⁶ P. FRYDMAN, Atteinte à la dignité de la personne humaine et pouvoirs de police municipale, *RFAA*, 11 (6) nov.-déc.1995., p.1205-1217.

⁴⁴⁷ V. en ce sens C. POMART, *op.cit.*p.89. Pour l'auteur l'appartenance des « notions standards » à la catégorie des notions à contenu variable paraît de plus en plus discutable

⁴⁴⁸ V. en ce sens, S.RIALS, Les standards, notion critique du droit, *op. cit.*, p.40.

⁴⁴⁹ G. CORNU *Droit civil : introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, Domat droit privé, 12ème éditions* 2005.

⁴⁵⁰ C. CASTETS-RENARD. *Notions à contenu variable et droit d'auteur, op.cit.*p.78

alors véritablement pour le juge d'édicter des notions imprécises mais en même temps de tracer un cadre pour l'application de ces notions⁴⁵¹.

309. La notion de dignité ne paraît pas s'identifier à une notion-cadre. Il suffit pour s'en convaincre de prendre deux exemples de consécration législative de la notion. Il s'agit de l'article 16 du Code civil et du nouvel article L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle. L'article 16 du Code civil dispose que « la loi assure la primauté de la personne et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Cet article exprime dans des termes très généraux la perspective dans laquelle la loi doit être édictée. La dignité y est présentée comme une finalité de la loi, comme une finalité de tout texte de loi. On ne saurait voir dans cet article l'énoncé d'une notion-cadre, mais plus certainement d'une disposition- cadre. Le législateur finalement rappelle les principes dans lesquels la loi doit être édictée. Il s'agit plutôt à un principe directeur ultra-directif⁴⁵².

310. La même analyse peut être menée s'agissant de l'introduction de la notion de dignité par le législateur dans le Code de la propriété intellectuelle. A l'occasion de la transposition en droit interne française de la directive européenne n°98/44⁴⁵³ sur la protection des inventions biotechnologiques, le législateur⁴⁵⁴ introduit dans le titre IV relatif à la protection des inventions biotechnologiques, un nouvel article L.611-17 du Code de la Propriété intellectuelle. Cet article dispose que « ne sont pas brevetables, les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire ». Cette disposition ne vient pas véritablement donner un quelconque éclaircissement à la notion de dignité. On n'y voit pas non plus la dignité comme une notion-cadre, mais plutôt comme une norme à laquelle doit se conformer l'invention technologique pour être brevetable. La mention de la notion de dignité au même titre que la notion d'ordre public et celle de bonnes mœurs pourrait laisser entendre qu'il s'agit au même titre que ces deux notions d'un standard. Mais nous l'avons déjà vu la notion de dignité ne peut être considérée comme un standard, parce qu'elle surpasse l'idée réductrice de moyenne. La notion de dignité ne résulte pas d'un compromis, d'une norme de comportement à observer, elle est une finalité. La mention de la notion de dignité dans cet article semble davantage participer au courant législatif visant à tenir compte de

⁴⁵¹ G. CORNU. *Regards sur le titre III du livre III du Code Civil : des contrats et des obligations conventionnelles en général : essai de lecture d'un titre du code : D.E.A de droit privé*, Les cours du droit, 1977, p.56.

⁴⁵² V. nos développements *infra*, Première partie, Titre second, Chapitre 2, Section 2, §2

⁴⁵³ JOCE n° 1 213 DU 13 JUILLET 1998.

⁴⁵⁴ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004. JO. n° 276 du 27 novembre 2004, p. 20151.

toutes les valeurs fondamentales dans nos sociétés. On ne peut en déduire l'édiction par le législateur d'une notion-cadre, mais plus vraisemblablement la réaffirmation par le juge de valeurs à respecter impérativement, surtout dans des domaines où le risque d'atteinte à la personne humaine semble élevé.

3° la dignité, notion floue?

311. Nous l'avons vu, c'est à propos des notions floues que les avis semblent diverger. Certains y voyant des notions accidentelles, dépourvues de toute normativité. D'autres y voient au contraire l'outil le plus efficace pour asseoir le pouvoir du juge en matière de création de la norme. Dans tous les cas, les avis convergent pour reconnaître que les notions floues sont les plus indéterminées des notions à contenu variable. Les auteurs cependant se divisent sur le point de savoir si par l'édiction des notions floues, il y a une volonté réelle du législateur d'établir une norme extrêmement indéterminée afin de permettre l'adaptabilité la plus grande possible de la règle de droit au moment de sa confrontation aux faits. Ainsi pour Mme Pomart, la notion floue participe véritablement de cette technique législative de délégation par le législateur de son pouvoir de fixer la norme au juge et, la notion floue a par conséquent un intérêt certain⁴⁵⁵. Si l'on s'en tient à la conception de la notion floue défendue par Mme Pomart, on comprend qu'il s'agit de notions-instruments, laissées à l'appréciation souveraine des juges. Notre intention n'est nullement de porter de jugement sur une telle méthode, qui peut s'avérer importante dans certains domaines, notamment en droit de la famille. Cependant, une telle technique est incompatible avec l'idée même de dignité qui ne peut être adaptée aux circonstances de fait. C'est le fait que l'interprétation de la norme floue soit tributaire du contexte dans lequel elle est amenée à intervenir qui nous dérange. En effet, la dignité en tant que notion morale est intemporelle. Cette idée est abstraite nous n'en disconvenons pas, mais il est de l'essence de la dignité d'être abstraite, ici au sens d'insaisissable de manière concrète.

312. Pour étayer notre propos, nous pouvons établir une comparaison entre la notion de dignité et une notion dont le caractère de notion à contenu variable n'est plus à démontrer, la notion d'intérêt. En droit de la famille on relève, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de la famille. La notion d'intérêt est un véritable outil qui permet l'accroissement du rôle du juge en droit de la famille. C'est un outil reconnu par la pratique judiciaire habilité ainsi par l'autorité législative. L'intérêt de l'enfant est ainsi à rechercher lorsqu'il est mis en œuvre, par

⁴⁵⁵ Voir en ce sens C. POMART, *op.cit*, p.60-62

oppositions aux autres intérêts en jeu. Lorsque le juge doit se prononcer dans une affaire impliquant un enfant, cet intérêt doit primer sur tout autre intérêt avec lequel il pourrait être mis en concurrence. Lorsqu'il s'agit de rechercher l'intérêt de la famille, cet intérêt est compris comme devant le plus souvent primer sur celui de chacun des membres de celle-ci. La notion d'intérêt est floue certes, mais on sait qu'il faut faire primer cet intérêt sur tout autre intérêt concurrent. C'est un ordre de priorité donné au juge, lorsqu'il doit intervenir dans une affaire impliquant la famille, l'enfant. Le flou s'estompe alors lorsque l'on sait quel intérêt il faut rechercher, celui de l'enfant, celui de la famille, selon les situations, cet intérêt recevra un sens différent. Ainsi dans une affaire, l'intérêt de l'enfant pourra être de ne pas vivre avec l'un ou l'autre de ses parents, dans un autre au contraire, il sera au contraire de vivre de manière alternative avec l'un et l'autre.

313. S'agissant de la notion de dignité, l'essence de l'homme à laquelle elle renvoi s'entend toujours dans le même sens. La notion n'est alors pas véritablement floue mais plutôt abstraite. C'est alors son appréhension qui est floue, le flou s'entendant alors par le fait de ne pas savoir finalement comment traduire en droit cette essence de l'homme. Si on voit dans la dignité une notion floue, on y voit une habilitation faite au juge de rechercher à toujours privilégier cette dignité dans les affaires impliquant la personne humaine. La notion de dignité n'est pas en elle-même une notion à contenu variable, elle serait plutôt un principe directeur, qui n'aurait pas un effet normatif direct mais pourrait donner naissance à des notions à contenu variable orientées dans le seul but d'assurer le respect de la dignité de la personne, telles que la notion de l'intérêt de la personne humaine. La notion de dignité telle que pensée et explicité par la morale, la philosophie est une notion qui est tout sauf contingente. Elle renvoie en philosophie et en théologie à l'homme dans sa différence, sa suprématie par rapport aux autres êtres vivants ; elle est intemporelle, liée à l'idée de l'humanité.

314. Nous serions alors davantage tentés de voir dans la dignité une notion floue au sens où l'entend Mme Castets-Renard. Selon l'auteur, les notions floues résultent plutôt d'une dérive du rôle législatif. Le flou n'est alors que pure maladresse⁴⁵⁶. Elle n'y voit donc pas des notions véritablement normatives. Nous serions tentés de partager cette vision. En effet, il apparaît que la notion de dignité telle qu'elle est consacrée par le législateur, dans le Code civil et même dans le Code de la propriété intellectuelle, ne semble pas pourvue d'une valeur normative flagrante. De tels articles se rapprocheraient davantage de pétitions de principes. Le

⁴⁵⁶C. CASTETS-RENARD, *op.cit.*, p.102.

législateur réaffirmant ainsi les valeurs auxquelles est attachée notre société, sans vouloir véritablement créer une norme d'application directe. Le flou est donc accidentel, l'expression d'un malaise. La dignité n'est floue que pour le juriste qui veut traduire juridiquement l'excellence de l'homme, qui veut surtout trouver un nouveau fondement juridique pour de nouveaux droits ou pour renforcer les règles de protection déjà existantes. La dignité étant cette formule magique incontestable, la contester étant se poser en ennemi de l'homme.

315. Pour certains, la notion de dignité est une notion floue, il ne s'agit pas spécifiquement de la catégorie des notions à contenu variable. Elle est floue parce que difficile à cerner. Pour le juriste en tout cas, parce que pour le philosophe et pour le théologien, on sait de quoi on parle lorsque l'on parle de la dignité. Même s'il est vrai qu'en philosophie on diverge sur le fondement de cette dignité, on n'est cependant pas divisé, sur le fait qu'il s'agisse de l'essence de l'homme. N'est-ce surtout pas en droit l'expression d'un malaise devant une notion que l'on voudrait tellement juridiciser mais sans pour autant tenir compte de sa spécificité ?

316. Le législateur autant que la doctrine sont embarrassés par cette notion qui n'est pas transposable en l'état, de la sphère morale à la sphère juridique. La dignité est un principe directeur ultra directif, indéfinissable, mais posant des exigences à réaliser. Ces exigences appellent la juridicisation de la notion.

CHAPITRE 2

LA RECHERCHE INFRUCTUEUSE D'UN CONCEPT JURIDIQUE AUTONOME DE DIGNITE

317. L'ancienneté des interrogations philosophiques suscitées par la notion de dignité contraste avec l'intérêt récent du droit pour la notion. La consécration en droit dans des textes même de dimension internationale et de grande envergure ne saurait à elle seule entraîner la naissance d'un concept juridique autonome de dignité. Cette impression est confortée par l'attitude du droit qui dans une large majorité a érigé la notion kantienne de dignité en source du principe juridique. L'omniprésence de la notion kantienne de dignité dans le discours juridique, prescriptif et descriptif atteste de cette difficulté qu'a le juriste à se détacher des origines morales de la notion. Et l'on peut même douter qu'il y ait réellement une volonté juridique de la détacher définitivement du contexte philosophique dans lequel elle a pris forme et auquel elle doit sa consistance.

318. Peut-on alors parler de l'existence d'un concept juridique autonome de dignité ? L'autonomie de la dignité s'entend de son indépendance franche à l'égard de la philosophie morale et de la religion. La notion de dignité peut-elle se détacher définitivement de ses origines morales et s'affirmer en tant que principe juridique pur de toute référence métaphysique ? La notion de dignité pour « devenir juridique », doit-elle renier ses origines morales, sous peine « d'injuridicisabilité » ? La recherche d'un concept juridique autonome de dignité s'avère infructueuse, la dignité résistant à toute tentative de « purification » par la juridicisation (**Section 1**). La juridicisation s'avère cependant incontournable, pour permettre la concrétisation de la dignité. Le droit se voit alors reconnaître un rôle spécifique, celui de la réalisation des exigences de dignité (**Section 2**).

SECTION 1

LA DOUBLE NATURE MORALE ET JURIDIQUE DU PRINCIPE DE DIGNITE

319. La question de l'autonomie du droit par rapport à la morale renaît à l'occasion de la juridicisation du principe moral de dignité. C'est alors l'occasion de confronter les différentes positions doctrinales (§1). D'autre part les acteurs de la juridicisation ne semblent pas animés d'une réelle volonté de faire du principe juridique de dignité un principe autonome. La dignité apparaît en effet dans la majeure partie des textes juridiques comme un postulat éthique (§2).

§1 : LA CONTROVERSE DOCTRINALE

320. L'idée même de la juridicisation emporte reconnaissance d'un principe qui n'est originairement pas juridique, dans la mesure où il s'agit de faire passer dans le droit un principe originellement hors du droit. La doctrine juridique est divisée sur le point de savoir si le concept utilisé par le droit est un concept juridique⁴⁵⁷ ou si la notion de dignité utilisée par le droit n'est que la notion morale, philosophique utilisée « en l'état » en droit⁴⁵⁸. La juridicisation de la notion de dignité s'inscrit dans un contexte intellectuel hostile à la « juridicisation » des valeurs morales, favorable à une séparation entre morale et droit, entre valeurs philosophiques et droit. Il faut d'abord se départir des affirmations erronées qui entourent ce que l'on appelle la « juridicisation » de la notion de dignité, notamment l'affirmation de la naissance d'un principe juridique de dignité, qui serait le principe né après la seconde guerre mondiale et qui serait un principe juridique. Cette affirmation est contredite par l'histoire et la mention de la dignité dans les textes internationaux et nationaux de l'immédiat après-guerre. En effet, la primauté après la guerre est la réaffirmation de la notion de dignité, mais réaffirmer ne veut pas dire autre chose que affirmer ce qu'il y avait déjà avant, il ne s'agit pas de l'émergence d'un concept juridique nouveau, mais bel et bien de la reprise par le droit d'un concept préexistant au droit. Il ne s'agit que de la découverte d'un principe moral utilisé par le droit, quoi qu'en dise une partie de la doctrine juridique. C'est au

⁴⁵⁷ Voir en ce sens notamment, S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE et D. ROMAN. *Voyage au bout de la Dignité : Recherche généalogique sur le principe juridique de la dignité de la personne humaine*. Rapport de recherche dactylographié, *op.cit.*

⁴⁵⁸ Voir en ce sens notamment, C. NEIRINCK, La dignité ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique, in P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*. Economica, 1999, p. 39-50, selon l'auteur, la dignité est un concept que le juriste découvre et utilise facilement, avec une certaine délectation, (...) la notion était avant tout et demeure essentiellement philosophique.

droit de le faire advenir juridique en réalisant les impératifs de dignité, les exigences de dignité. Pour une partie de la doctrine, le fait même de la juridicisation entraîne l'émergence d'un concept juridique nouveau et autonome (A). Une autre frange de la doctrine, soucieuse d'affirmer le caractère dépassé de la querelle entre jusnaturalistes et positiviste, est interpellée par la résistance qu'offre la notion de dignité à l'une ou l'autre des natures (B).

A) LA REVENDICATION DE L'AUTONOMIE DU FAIT DE LA JURIDICISATION

321. Il convient de définir la notion de juridicisation (1°) avant de se demander si le fait même de la juridicisation emporte autonomisation de la notion de dignité par rapport à ses origines philosophiques (2°).

1° La définition de la notion de juridicisation

322. On peut envisager trois manières de « juridiciser » une notion, c'est-à-dire trois manières de la faire « advenir juridique ». La juridicisation peut s'entendre par le fait pour la dignité d'être devenue « une composante » du système juridique, la simple présence de la notion dans le discours et le vocabulaire juridiques suffisant à lui reconnaître la nature de principe juridicisé. Il s'agirait d'affirmer que la dignité est juridique même si elle n'a pas encore reçu l'adoubement par sa mention dans un texte législatif. S'agissant de la dignité, on constate le rôle important joué par la doctrine juridique pour en faire un principe juridique. Soit la doctrine appelle de ses vœux une « positivisation » de la notion afin de reconnaître à la notion le caractère de principe juridique, soit, elle considère tout simplement que malgré l'absence de toute mention de la notion dans un texte de loi, elle est un principe juridique. Il s'agit du discours doctrinal prescriptif révélé par le rapport *Voyage au bout de la dignité*⁴⁵⁹. Les auteurs en effet, mettent en évidence le fait que la doctrine sortant de son rôle traditionnel qui est de décrire le droit tel qu'elle l'observe, tel qu'il est fait notamment par la loi et par ceux qui sont chargés de l'appliquer, endosse un habit moins convenu en transformant un discours habituellement descriptif en discours éminemment prescriptif. Ainsi la notion de dignité est telle que la doctrine l'institue en tant que principe juridique, en mettant en avant surtout

⁴⁵⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, et D. ROMAN, *Voyage au bout de la Dignité : Recherche généalogique sur le principe juridique de la dignité de la personne humaine*. Rapport dactylographié, *op.cit*

l'importance du principe plus que sa « positivisation ». La positivisation pour ces auteurs n'est qu'une formalité puisque le principe n'est pas institué juridiquement par sa reconnaissance par le Conseil Constitutionnel. Cette reconnaissance ne faisant qu'officialiser une nature jusque là officieuse.

323. La juridicisation peut également s'entendre d'une judiciarisation, ou d'une juridictionnalisation. Il s'agit d'un recours systématique aux tribunaux, dans le but de faire valoir ses prétentions, ou plus généralement d'affirmer ses droits. Ce faisant, le recours à la dignité comme fondement de ses revendications, en l'absence de tout texte juridique, entraînerait une juridicisation de la notion. La juridictionnalisation de la notion de dignité s'entendrait alors de l'utilisation de cette notion comme fondement de certaines revendications par les parties devant les tribunaux, soit par les parties au procès, soit par les juges. Le rapport *Voyage au bout de la dignité*⁴⁶⁰ met en exergue le fait que cette notion est souvent invoquée soit par les parties, soit par le juge lui-même ; lorsqu'il s'agit du juge celui-ci peut soit reprendre l'argument des parties et « le faire gagner », soit tirer d'office lui-même l'invocabilité de la notion de dignité.

324. La juridicisation peut s'entendre enfin de manière plus convenue par la « positivisation ». Il s'agit de la mention de la notion dans les textes juridiques, notamment dans la loi ou les conventions internationales.

325. En droit interne français, il faut attendre le début des années 90, pour voir apparaître les premiers textes « positivant » la notion. C'est au code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, que revient la primeur de cette « positivisation » de la notion. On assiste à une pénalisation de certains comportements dits attentatoires à la dignité. L'élan positiviste est ensuite suivi par le Conseil constitutionnel quelques mois plus tard, le 27 juillet 1994. Le « mot est lâché » et il sera repris par un certain nombre de textes par la suite, notamment en droit médical et dans le droit de la bioéthique. Le mouvement est en marche et la positivisation semble bien lancée, elle s'est poursuivie notamment avec la loi du n° 2004-800 du 6 août 2004⁴⁶¹ introduit l'article L611-17 au Code de la propriété intellectuelle. Ce texte réaffirme le caractère non brevetable des inventions dont l'exploitation serait contraire à la dignité, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

326. S'agissant plus précisément de la notion de dignité, force est de constater, sa présence dans le discours juridique, dans les textes de droit nationaux et internationaux, et enfin, son

⁴⁶⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, et D. ROMAN, *Voyage au bout de la Dignité : Recherche généalogique sur le principe juridique de la dignité de la personne humaine*. Rapport dactylographié, *op.cit*

⁴⁶¹ *JO*, n° 276 du 27 novembre 2004, p.20151 ;

utilisation devant les tribunaux aussi peu systématique que soit ce recours⁴⁶². La notion de dignité est alors si on s'arrête à ces approches de la juridicisation, un principe juridicisé. En effet, il est récurrent dans le discours juridique et dans la « littérature juridique », il est juridictionnalisé et « positivé ».

327. La question qui se pose est alors naturellement celle de l'autonomie de cette notion par rapport à la notion philosophique dont elle ne peut contester l'antériorité.

2° La juridicisation comme preuve suffisante d'autonomisation

328. Le principe de dignité qui apparaît dans les textes de droit est-il un concept juridique nouveau ? Ou alors ne s'agit-il que du concept philosophique « transformé » en concept juridique ? La juridicisation a-t-elle entraîné la création d'un concept juridique autonome de dignité qui n'a plus aucun rapport avec la notion philosophique ? Faut-il nécessairement que la dignité quitte le « cadre du droit naturel pour s'inscrire dans celui du droit positif ⁴⁶³ ? Pour certains auteurs, il ne fait aucun doute, que le principe de dignité juridicisé est un principe juridique nouveau, le caractère moral de la notion est passé sous silence.⁴⁶⁴ Le fait même de la juridicisation entraînerait alors son autonomie par rapport à la philosophie et à ses origines morales. C'est notamment la position défendue par Hans Kelsen, qui pose de manière générale l'idée que la positivisation d'une notion morale entraîne naissance d'une norme juridique « autonome »⁴⁶⁵. Kelsen⁴⁶⁶ rappelle ainsi la nécessité de distinguer au sein du droit entre les principes de la morale, de la politique ou de la religion qui vont inspirer la création de normes juridiques dont le contenu leur sera conforme, et les normes juridiques ainsi créés qui seules constituent du droit positif selon Kelsen. Il rappelle la nécessité de maintenir la séparation entre les principes juridiques et les principes de la morale, de la politique, des mœurs, afin d'éviter la confusion entre la morale, la politique et le droit. En effet, à partir du moment, où l'on considère qu'un principe est positivé parce qu'il est incarné par un des actes formateurs du droit dont il a largement influencé le contenu, et que l'on qualifie ce principe

⁴⁶² Ce sont les conclusions du rapport de recherche sur l'utilisation du principe dans la jurisprudence. S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. PUF, 2005, 318p.

⁴⁶³ B.MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? *Dalloz*, 1996, chron. p. 282.

⁴⁶⁴ Voir En ce sens S. BOUCHENE, Principe de dignité et droit de la personne, *Déontologie, et soin*. Juin 2002, vol.2, n° 2 .p. 270-274. Voir également en ce sens B. EDELMAN *La personne en danger*. PUF, 1999, 550p.

⁴⁶⁵ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*. PUF, 1996, 604p.p.154.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p.156

de juridique de ce seul fait, « la frontière existant entre le droit positif d'un côté et la morale et la politique d'un autre est effacée »⁴⁶⁷.

329. Il est par conséquent indispensable de bien distinguer les principes juridiques et les normes juridiques, ce sont seulement les secondes qui doivent selon Kelsen être considérés comme partie du droit positif. Les principes de la morale, de la politique, qui ont présidé et influencé l'élaboration des normes juridiques, peuvent être qualifiés de principes juridiques, parce qu'ils ont influencé la création de normes juridiques. Cependant ils conservent nécessairement leur caractère de principe de la morale, de la politique. Et en tout état de cause, ils ne peuvent être juridiquement obligatoires, ce caractère n'étant réservé qu'aux seules normes juridiques conformes au niveau du contenu à ces principes extra juridiques. Il n'y a donc pas transformation des principes de la morale et de la politique en principes de droit positif. Il y a bien au contraire création de normes juridiques, indépendantes, et dont la validité est indépendante des normes de morale, de politique avec lesquelles elles n'ont en commun que le contenu. La norme morale ou le postulat sociopolitique conserve son caractère qui est différent du caractère juridique, il n'est pas métamorphosé en droit, pas plus que le comportement d'un homme qui est conforme à une norme morale n'est une transformation de la norme morale. Admettre le contraire revient à superposer droit et moral, ce qui est inacceptable pour Kelsen. La condamnation de cette confusion est péremptoire: « la morale et le sociopolitique d'un côté, et le droit de l'autre, sont deux niveaux différents de devoir-être et ou des sphères différentes des normes »⁴⁶⁸. Dans une perspective kelsenienne, il y a lieu de maintenir la distance entre le principe moral de dignité et son pendant juridique, la norme juridique obligatoire de dignité. On peut ainsi affirmer l'existence d'un principe moral de dignité, tout en constatant la création d'une norme juridique de dignité.

330. Si on s'arrête à cette thèse développée par Kelsen, on peut alors affirmer que la notion de dignité positivée est une norme juridique indépendante du principe moral de dignité auquel elle emprunte son contenu. La fragilité de la ligne de démarcation entre le principe moral et la norme juridique à laquelle elle fournit son contenu amène à émettre quelques réserves sur cette autonomie en général et sur l'autonomie de la norme juridique de dignité en particulier. S'agissant de la notion de dignité, force est de constater qu'elle affiche de manière ferme son irréductibilité à l'une ou l'autre nature, elle affirme avec détermination sa double nature malgré la juridicisation.

⁴⁶⁷ H. KELSEN, *Théorie générale des normes, op.cit.*, p.156

⁴⁶⁸ H. KELSEN, *Théorie générale des normes, op.cit.* p.157

B) LE MAINTIEN DE L'AUTONOMIE MALGRE LA JURIDICISATION

331. La théorie de la transformation de Jossef Esser fournit une caution non négligeable à cette affirmation selon laquelle la juridicisation n'annihile pas toute velléité morale dans un principe juridique dont le contenu est fourni par la morale (1°). Ceci étant particulièrement vrai pour le principe de dignité qui se situe aux confins du droit et de la morale, comme le montre la thèse de l'éthique publique et de l'éthique privée (2°).

1° La théorie de la transformation de Josef Esser

332. Pour Josef Esser, les principes extra juridiques qui influencent la création de normes juridiques, que ces normes soient créées par le législateur ou par la jurisprudence des tribunaux, deviennent partie intégrante du droit positif. Il y a donc transformation de ces principes qui ont influencé la création de normes juridiques en principes du droit positif. Cette théorie est fondée sur une conception très large de la notion de « principe juridique ». Sont considérés comme principes juridiques, des principes qui « ont été incarnés institutionnellement par des actes (créant du droit) de la législation, de la jurisprudence ou de la vie juridique »⁴⁶⁹. Dans cette optique, appartiennent au droit positif, « même si ce ne sont pas des règles de droit (*rules*) parfaites et indépendantes, les prétendues idées juridiques générales, les *rationes legis*, les principes généraux formant les valeurs et la base du système, mais aussi les principes juridico-éthiques et de justice d'un cercle juridique (...) Tous y appartiennent tant qu'ils acquièrent la validité dans une des formes concrètes d'ordre juridique »⁴⁷⁰. Ces principes qui à l'origine sont hors du champ juridique, seront « des guides ou des *principi informati* pour les organes créant du droit comme le sont toutes les maximes et règles fournissant des solutions traditionnelles à des problèmes, qui incorporent l'expérience juridique »⁴⁷¹. Pour Esser, le seul critère pour qualifier un principe de juridique est sa réception dans l'ordre juridique, quelle qu'en soit la forme et la portée. Il faut cependant garder à l'esprit que cette formalisation n'entraîne pas une autonomisation du principe

⁴⁶⁹J. ESSER *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (Principe général du droit et norme dans la pratique juridictionnelle du droit privé)* Tübingen 1956 cité par H. KELSEN *Théorie générale des normes. op. cit.* p. 134

⁴⁷⁰ J. ESSER, *Principe général du droit et norme dans la pratique juridictionnelle du droit privé* Tübingen 1956, cité par H. KELSEN, *Théorie générale des normes. op. cit.* p. 154

⁴⁷¹ J. ESSER *op.cit.*, cité par H. KELSEN, *Théorie générale des normes. op. cit.*, p. 155

juridique ainsi créé. Le principe à l'origine de la norme juridique de même que la norme juridique dont il a inspiré le contenu se voient tous deux reconnaître le statut de principe juridique, et tous les principes juridiques sont des éléments du droit positif protégés « procéduralement »⁴⁷². En vertu de cette règle, le principe moral est transformé en principe juridique, mais il ne rompt pas avec ses origines morales. C'est l'application de cette théorie qui permet de rendre compte de la double dimension du principe de dignité. Le principe de dignité est de manière incontestable un principe moral. Et à partir de ce principe moral, on voit émerger des normes juridiques dont le contenu semble conforme au principe moral de dignité. Ces normes sont majoritairement d'origine législative, mais on voit également émerger des normes juridictionnelles articulées autour du principe de dignité. De ce fait, si l'on suit le raisonnement développé par Esser, le principe de dignité est donc un principe positivé puisque des normes juridiques lui sont conformes. Il y aurait malgré tout la « survivance » du principe moral de dignité qui serait alors également une composante du droit positif, au même titre que les normes dont le contenu lui est conforme.

2° La distinction de l'éthique privée et de l'éthique publique

333. La juridicisation de la notion de dignité est critiquée par une certaine partie de la doctrine en ce que sa consécration signerait « un retour éclatant du droit naturel »⁴⁷³ Mme Gimeno Cabrera propose de dépasser cette opposition qui marque avant tout « une recrudescence de la critique entre les jusnaturalistes et les positivistes (...) et qui n'a d'autre intérêt que celui de l'élaboration de systèmes théoriques »⁴⁷⁴. La thèse élaborée par le recteur Peces-Barba permet d'attester cette double dimension morale et juridique de la notion de dignité malgré la juridicisation. La notion de dignité ne saurait être réduite soit à une simple notion morale soit à une simple notion juridique, puisqu'elle « se situe aux confins de ces deux sphères »⁴⁷⁵. La notion de dignité est donc un élément de connexion de la morale et du droit sans nécessairement que l'un l'emporte sur l'autre. Il ne faut donc pas craindre l'intégration de la notion de dignité dans le droit pour cette seule raison qu'elle constitue une valeur, relevant à ce titre du droit naturel. Bien au contraire, il faut garder présent à l'esprit que « le droit a

⁴⁷² J. ESSER, *Principe général du droit et norme dans la pratique juridictionnelle du droit privé* (Tübingen 1956, cité par H. KELSEN, *Théorie générale des normes. op. cit.* p. 154.

⁴⁷³ C. NEIRINCK, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.39-50

⁴⁷⁴ V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol* op.cit.p.125

⁴⁷⁵ V. GIMENO-CABRERA, *op.cit.*

besoin de la morale et la morale occupe une place importante dans le droit »⁴⁷⁶. Le droit est nécessairement influencé par la morale, mais dans certains cas, c'est le droit qui donne une nouvelle orientation à la morale, ainsi : « Il est des situations dans lesquelles le droit obéit à des exigences morales et par conséquent où la morale légitime certaines actions du droit, où les exigences morales constituent une sorte de catalyseur, mais il en est d'autres où la règle de droit s'assigne pour fonction de faire évoluer la morale sociale dominante ou une morale sociale minoritaire »⁴⁷⁷. Le droit et la morale ont donc toujours été nécessairement liés « la morale et le droit sont deux ordres normatifs différents entre lesquels il existe une connexion essentielle et inéluctable. »

334. La notion de morale est ambivalente, il y a d'une part la morale critique qui correspond à l'édiction « des règles de conduite que l'individu s'impose à lui-même »⁴⁷⁸, et d'autre part la moralité légalisée qui correspond à un « système de valeurs reconnu par un droit positif donné »⁴⁷⁹. Alors que la dimension personnelle de la morale ne produit des effets qu'à l'égard des individus, la dimension sociale prétend orienter le comportement d'un groupe d'individus. Le concept de morale critique désigne l'ensemble des normes morales utilisées par les individus pour critiquer la société, il s'identifie à la morale sociale et permet de critiquer la règle de droit, l'ordre juridique »⁴⁸⁰. Il se peut alors que la morale jusque là critique devienne la morale légalisée, lorsqu'une règle de droit vient prendre en compte les impératifs moraux contenus dans cette morale individuelle. On ne peut plus dans ce cas dire qu'il s'agit parlant de cette règle de morale intégrée dans le droit, justement d'une règle morale, mais on parlera d'une règle de droit reflétant une certaine morale⁴⁸¹. La juridicisation d'un principe moral ne gomme pas ses origines, et les origines morales d'un principe ne constituent pas un obstacle à sa juridicisation. La juridicisation de la notion de dignité ne constitue pas l'insertion dans le droit d'un principe moral, mais participe de ce mouvement dit de légalisation de la morale. La notion de dignité serait alors un principe non plus appartenant à la sphère morale, mais bien un principe juridique exprimant une certaine morale. « Le respect de la dignité de la personne humaine s'impose donc à double titre, par elle-même,

⁴⁷⁶ V. GIMENO-CABRERA, *op.cit.*p.123

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p.221.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 125

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p.125

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p.151

⁴⁸¹ *Ibid.*, p.153 : « l'intérêt de la distinction morale critique/morale légalisée consiste à mettre en évidence la part de moralité existant dans la règle de droit qui doit être considérée comme une des sources de la règle de droit et non comme la règle elle-même ».

parce qu'elle est une règle d'éthique autonome, et du fait d'une contrainte extérieure, parce qu'elle a reçu un prolongement juridique »⁴⁸².

335. M. Fierens affirme ainsi : « Le droit, (...) l'éthique, (...) et la morale (...) entretiennent forcément et pour toujours des liens étroits, surtout lorsque sont en jeu les droits les plus fondamentaux. Leur influence est réciproque et circulaire. La question n'est pas de savoir si le droit concerne la morale ou l'éthique (une réponse positive est évidente) mais de savoir quelle instance est l'origine de la norme juridique et selon quelle procédure elle exercera son autorité. Ce qui compte de nos jours, dans nos démocraties laïcisées, est la prépondérance de l'autorité civile sur l'autorité morale ou religieuse dans l'élaboration de la norme et des jugements. Cela ne signifie pas que le droit n'a rien à voir avec la morale, ni qu'une notion morale ne peut trouver sa place en droit »⁴⁸³.

336. Si le fait même de la juridicisation, c'est-à-dire, le passage du non-juridique au juridique, l'intégration dans la sphère juridique d'une notion originellement hors du droit, ne suffit pas à lui seul à conclure à l'avènement d'un concept juridique autonome de dignité, l'analyse de la juridicisation du principe de dignité atteste de cet attachement du principe juridique à ses origines morales. Les acteurs institutionnels de la juridicisation n'ont pas pu ou voulu détacher le principe de ses origines philosophiques.

§ 2 : LE ROLE DES ACTEURS DE LA JURIDICISATION

337. La mention de la notion de dignité dans les textes de droit positif serait selon une partie de la doctrine constitutive de l'émergence d'une notion juridique de dignité. Les choses ne sont pourtant pas si simples, s'agissant de la notion de dignité, sa seule mention dans des textes juridiques majeurs, ne suffit pas à en faire un principe juridique effectif, notamment parce que le principe ainsi mentionné n'est autre que le principe moral élevé formellement au rang de principe juridique. Cette incapacité à détacher la notion de dignité de ses origines morales s'explique par le contexte de la juridicisation. A l'origine, la primauté est accordée à la mention du mot dans les textes, son effectivité juridique est quelque peu éludée. C'est ainsi qu'en droit international, la juridicisation prend des allures de « canonisation » du principe moral (A). En droit interne français, alors que la juridicisation intervient officiellement plus

⁴⁸² V. GIMENO-CABRERA, *op.cit.*, p.153

⁴⁸³ J. FIERENS La dignité humaine comme concept juridique, In J. FERRAND, H. PETIT *Fondation et naissances des Droits de l'homme. L'odyssée des Droits de l'homme*. Tome I. L'Harmattan.2003, p.171-184.

de cinquante ans après la seconde guerre mondiale, on ne peut pas parler d'un principe juridique autonome de dignité, mais bien plus du principe moral travesti en principe juridique (B).

A) LE POINT DE VUE INTERNATIONAL

338. L'apparition de la notion de dignité sur la scène internationale dans l'immédiat après-guerre vise à rappeler l'exigence éthique de respect de chaque homme et de tout homme. C'est donc bien la notion morale de dignité qui est reprise à l'unisson dans la plupart des textes juridiques internationaux. Le contexte particulier dans lequel intervient la juridicisation (1°), explique à l'origine que la priorité soit accordée à la consécration simplement formelle. L'efficacité juridique est reléguée au second plan, ce qui pousse à voir dans la notion de dignité ainsi juridicisée, le simple rappel de l'exigence éthique de dignité (2°).

1° Le contexte particulier de la juridicisation

339. Il y a à la sortie de la seconde guerre mondiale des raisons d'être inquiets. La question ne se pose pas seulement en termes d'inefficacité des Droits de l'homme. Avec les droits de l'homme on part de l'homme du fait d'être homme pour en tirer de conséquences, des droits plus précisément. Il y a donc d'une part l'homme et d'autre part les droits qui lui sont reconnus. C'est une chose de refuser à l'homme des droits qui lui sont dus par le seul fait d'être un homme. C'est autre chose de refuser de reconnaître l'autre homme comme son égal. Les atrocités commises lors de la seconde guerre mondiale sont d'un autre ordre. C'est le sujet qui a été bafoué, et ce qui est inquiétant c'est finalement le fait que cet homme exclu aurait pu être chacun de nous eu égard au caractère arbitraire et purement subjectif des critères ayant été retenus pour déterminer le maintien ou non dans l'humanité des uns et des autres. La gravité des faits pousse alors à une révolte de l'humanité, comme en atteste le fait que c'est à cette époque qu'émerge la notion juridique d'humanité, afin de réaffirmer l'égalité, la solidarité, la fraternité d'hommes entre eux. En effet, ce ne sont pas seulement des droits qui ont été refusés mais la qualité d'homme qui a été déniée. C'est la solidarité et la fraternité qui n'ont pas fonctionné, c'est le respect qui a été pris en défaut. On voit bien que ces épisodes tragiques nécessitaient la réaffirmation de certaines valeurs bafouées à cette période, et au centre de ces valeurs, le respect de l'autre en tant qu'humain.

340. La notion de dignité apparaît alors comme la notion qui semble le mieux à même de réaffirmer cette commune humanité bafouée. La dignité est célébrée par le droit dans une sorte d'euphorie post-traumatique qui conduit à éluder l'essentiel, les raisons de la redécouverte de la dignité et de son affirmation solennelle dans les textes. Le recours à la dignité est la volonté de rechercher une manière de protéger l'homme contre l'homme, la problématique est nouvelle, et seule la dignité en ce qu'elle est spécifiquement humaine semble pouvoir panser les blessures.

341. L'obsession, légitime au demeurant, eu égard aux événements, est celle de l'introduction de la notion de dignité dans le droit, dans les textes internationaux au moins. On a l'impression que l'introduction de la notion apparaît comme nécessaire pour permettre à elle seule de prévenir toute autre tentative de récidive. Tout se passe finalement comme si, l'absence de la notion dans les textes expliquait à elle seule les atrocités commises. S'il est certain que l'absence de la notion dans les textes peut laisser supposer une certaine ignorance de la notion, elle ne saurait suffire à expliquer toutes les dérives et surtout la mention de la notion ne saurait suffire à résoudre toutes les difficultés et à prévenir toutes les atteintes futures. Ce qui prime au départ, c'est la mention de la notion de dignité dans les textes internationaux, on s'attache alors bien plus au mot (sa présence rassure) qu'à ce que peut et doit amener à faire le mot. L'erreur a été et est toujours de croire au pouvoir juridique du seul mot, à son pouvoir dissuasif, à son pouvoir prescriptif. On assiste à une course au mot dans les textes internationaux et nationaux majeurs⁴⁸⁴.

342. La peur de la récidive entraîne une obsession de la dignité qui se traduit par une prolifération des textes mentionnant le principe. Cependant, la formulation explicite se fait au détriment de l'efficacité juridique. En effet, il importe avant tout de « réaffirmer » la croyance en la dignité, la « reconnaissance de la dignité inhérente à toute personne ». Il s'agit de formules destinées à rassembler derrière des croyances communes. La finalité immédiate ne semble pas être la volonté de réaliser une quelconque dignité, de tirer des conséquences juridiques effectives de ce principe. Le problème est que cette consécration juridique de la notion ne s'accompagne pas d'une formulation juridique péremptoire, effective. Il s'agit d'une consécration pour le mot et non pour les conséquences juridiques du mot. On se rend compte que l'on ne peut pas parler véritablement de juridicisation de la notion de dignité, au départ, mais seulement de consécration de la notion morale par le droit

⁴⁸⁴ Toute analyse sur la notion de dignité fait état de cette obsession du mot, il n'y a pas un texte d'ampleur international, pas une constitution nationale, qui ne mentionne le mot, quelle que soit la forme, la nature, sa place dans la hiérarchie des normes. Le mot dignité est bien présent.

2° L'efficacité juridique minorée

343. La dimension effective est à l'origine éludée. En effet, au lendemain de la guerre, la consécration de la notion est bien plus symbolique que juridique. On se retrouve en face d'un slogan politique qui n'est pas pourvu d'effets juridiques directs. C'est bien la notion morale qui est ainsi rappelée, c'est l'excellence de l'homme, de tout homme, de tout l'homme qui est mise en avant. Il semble alors que ce que l'on qualifie comme une juridicisation de la notion de dignité ne soit qu'une reconnaissance par les textes internationaux d'un principe qui aurait dû prévenir l'indicible. La proclamation se veut préventive, mais s'avère résolument tournée vers le passé dont elle ne tire pas nécessairement les leçons, en tout cas pas sur le plan pratique. C'est une dignité d'indignation et de réaction qui est consacrée, une notion passive et molle, qui ne semble pas avoir vocation à s'appliquer, mais plutôt à convaincre et à rassembler.

344. La priorité (au demeurant légitime) est la « réaffirmation de la dignité inhérente à tous les hommes »⁴⁸⁵. Mais, très vite on s'interroge sur l'effectivité réelle de la proclamation de la dignité. En effet, c'est bien à une dignité affirmée que l'on a affaire, la recherche d'effectivité ne semble pas être la priorité. On oublie alors que la dignité n'est pas de ces mots qui exigent nécessairement une inscription au frontispice des textes internationaux, pour que ce à quoi elle renvoie soit respecté. La dignité est un idéal qui appelle une réalisation et pas seulement une reconnaissance, une consécration juridique. On peut établir ici un parallèle avec la notion de droits de l'homme. Si une inscription dans les textes est nécessaire, elle n'est effective que si finalement cette consécration formelle s'accompagne de mesures concrètes visant à réaliser les principes ainsi proclamés.

345. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'il n'existe pas un principe de dignité de nature juridique, mais plutôt d'affirmer que le principe qui est présenté comme juridique n'est autre que le principe moral de dignité, utilisé par le droit. La dignité ainsi consacrée l'est dans l'urgence de la situation. Lorsque la notion de dignité est reçue par les textes internationaux, il s'agit avant tout de marquer une rupture avec le passé, avec la barbarie dont le monde a été témoin. La Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 est le premier texte à intégrer la notion de dignité au plus haut niveau. Son préambule proclame « la foi des peuples des Nations Unies

⁴⁸⁵ C'est la formule employée dans la plupart des conventions internationales consacrant le principe de dignité, comme fondement d'un nouvel ordre politique et juridique.

dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine (...) ». Cependant, c'est bien souvent la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui est présentée comme l'acte de naissance juridique de la notion. Son préambule énonce que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine constitue le fondement de la liberté, de la justice, et de la paix ». L'article premier de cette déclaration énonce que : « tous les êtres humains naissent égaux en droits et en dignité ». Au-delà du débat même aujourd'hui dépassé sur le caractère juridique contraignant de la déclaration, la question de la dignité et de son caractère de principe effectif, continue de susciter l'interrogation. Si l'on s'attache spécifiquement aux formules employées pour introduire la notion de dignité, le malaise persiste. En effet, la dignité est introduite dans la première phrase de la déclaration et y apparaît sous la forme non pas d'une prescription mais d'une constatation⁴⁸⁶, dans une formule qui s'apparente plus à un acte de foi qu'à une prescription juridique. Ainsi, aux termes de l'article premier de la déclaration, « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». La dignité est alors d'abord et avant tout réaffirmée. Elle n'est pas créée ni même découverte, elle est rappelée. La plupart des textes qui consacrent la notion le font sur le mode du rappel nécessaire, en témoigne la forme employée pour introduire la notion. La dignité est reconnue, réaffirmée, consacrée. La consécration de la dignité se fait sur le mode de l'évidence. Les deux pactes de 1966, le pacte relatif aux droits civils et politiques et le second relatif aux droits économiques, sociaux et culturels affirment tous deux que « conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constituent le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Il s'agit sans aucun doute possible de la dignité en tant que notion philosophique qui est consacrée, on ne peut alors tirer de ces seules déclarations la naissance d'un concept juridique de dignité. Il faut alors parler de la consécration de la notion de dignité par le droit international et non de la juridicisation de la notion de dignité.

346. Si l'on s'intéresse à la finalité de ces proclamations, on constate bien vite que le souci premier n'est pas tant de consacrer quelque chose d'effectif, mais bien plutôt de rassembler l'ensemble des hommes autour de leur commune humanité. « La déclaration de 1948 (...) vint pour ainsi dire au devant de la demande d'appartenance à l'humanité des victimes de

⁴⁸⁶ J. HERSCH, Les fondements des Droits de l'homme dans la conscience universelle. *La Déclaration universelle des Droits de l'homme 1948-98 : Avenir d'un idéal commun*. La documentation française, 1999, p. 35-44.

l'oppression nazie »⁴⁸⁷. La dignité ainsi proclamée, ainsi consacrée ne saurait alors être qualifiée de juridique, elle est éminemment politique. Cette dignité apparaît comme un slogan dans ces déclarations, si l'on s'en réfère au fait que les textes internationaux qui visent la notion de dignité reprennent tous la formule consacrée par la Charte des Nations unies. C'est une dignité qui martèle toujours et encore « plus jamais ça ». Le sentiment d'horreur était amplifié par une peur : celle d'une récidive »⁴⁸⁸. Cette similitude dans les formules employées démontre l'inspiration commune de nombre de ces textes. Et l'on doit admettre avec M. Mathieu qu'il s'agit d'une « figure emblématique, point de passage obligé d'une déclaration de droits⁴⁸⁹ ».

347. Il semblerait alors que ces textes aient donné même si tel n'était pas le but l'impulsion de la consécration de la notion de dignité sur un mode davantage symbolique que normatif. L'objectif affiché est la réaffirmation de la notion de dignité, la méthode est le martèlement des esprits mais la finalité ne semble pas être une recherche d'effectivité de la notion. Il apparaît peu rigoureux de poser la naissance du principe juridique de dignité après la seconde guerre mondiale et d'en attribuer la paternité aux déclarations d'après guerre. En effet, ces déclarations ne consacrent pas une dignité juridique, mais bien le rappel nécessaire d'une exigence éthique à laquelle le droit semble vouloir rendre hommage. Cette dignité paradoxalement semble trop tournée vers le passé pour pouvoir prospérer efficacement dans l'avenir. Cette impression de la dignité comme un principe moral « travesti » en principe juridique ressort également de l'analyse de la juridicisation en droit interne français.

B) LE POINT DE VUE INTERNE

348. L'analyse des textes de droit interne confirme cette impression que la notion de dignité retranscrite n'est que la reprise du principe moral de dignité (2°). La positivisation en droit français se fait sur le mode de la transposition pure et simple du principe éthique tel qu'il a été développé par la philosophie. La juridicisation de la dignité en tant qu'elle constitue un idéal s'avère délicate (1°).

⁴⁸⁷ M-A. RICARD. Le défi du politique, in T. De KONINCK, G. LAROCHELLE dir.), *La dignité humaine : philosophie, droit, politique, économie*. PUF, 2005, p.87-112.

⁴⁸⁸ E. ETHELAR, P. POLI. La dignité de la personne humaine en droit international, in -M. PONTIER (dir.), *La dignité*, PUAM 2003, p.81-112.

⁴⁸⁹ B. MATHIEU. Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain. *R.D.P* 1999, p.93-111.

1° La juridicisation délicate d'un idéal

349. On se rend bien compte que la constitutionnalisation tout comme le sacre juridique international de la notion (au travers des déclarations internationales), n'étant que formels, ils ne parviennent pas à faire disparaître ce sentiment que nous sommes en face non pas d'un principe juridique effectif, mais bien d'un principe moral travesti en principe juridique. La mutation ne semble pas avoir eu lieu. Il ne s'agit pas d'un échec imputable au seul caractère idéal de la notion de dignité, mais également au législateur qui ne se distingue pas par sa volonté affirmée de faire de la notion de dignité un principe juridique effectif. C'est ainsi que s'il est vrai que la notion de dignité en tant qu'elle est un idéal constitue un obstacle à sa propre juridicisation, le législateur français, prenant ou non la mesure de l'idéal, ne semble pas non plus résolu à rendre ce principe effectif en droit, se contentant bien trop souvent d'y recourir comme un slogan juridique. La notion de dignité ainsi positivée n'est rien d'autre que la notion morale de dignité que l'on affirme dans les textes de droit positif pour marquer l'adhésion du droit français à ce « patrimoine constitutionnel européen » auquel fait référence une partie de la doctrine constitutionnaliste⁴⁹⁰.

350. Il est vrai que la notion de dignité majoritairement reçue par le droit est la notion kantienne de dignité, c'est ce qui explique alors la difficile positivisation de cette notion qui serait surtout un idéal de la pensée⁴⁹¹. On pourrait alors objecter qu'il faut se tourner vers une autre conception de la dignité pour fonder la notion de dignité introduite dans le droit positif. Cependant, la critique faite à la notion de dignité kantienne est une critique que l'on peut faire à toutes les conceptions philosophiques de la dignité, dans des proportions différentes certes, mais le résultat est toujours le même : la notion de dignité est une idée et en tant que telle sa positivisation et dans une perspective plus large sa juridicisation, s'avère délicate.

2° Une juridicisation purement formelle

351. La première référence de la notion dans un texte de loi remonte à l'introduction par le Code pénal de la notion, à laquelle un Chapitre est entièrement consacré, dans le livre deuxième⁴⁹². Ce chapitre a été enrichi de nouvelles infractions. Tout d'abord les

⁴⁹⁰ X. BIOY *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, *op.cit.*, p. 57.

⁴⁹¹ Voir en ce sens nos développements, *infra* Première partie, Titre premier, Chapitre 2.

⁴⁹² C'est à l'occasion de la réforme du Code pénal de 1994 que la dignité fait son entrée « officielle » dans le droit interne français.

discriminations sont désormais constitutives d'une atteinte à la dignité depuis la loi du 16 novembre 2001⁴⁹³ relative à la lutte contre les discriminations, complétée par la loi du 4 mars 2002⁴⁹⁴ relative au droit des malades et à la qualité du système de santé. La loi du 18 mars 2003⁴⁹⁵ pour la sécurité intérieure enrichit le dispositif en introduisant une nouvelle infraction, la traite des êtres humains. C'est cependant le Code de la santé Publique que l'on trouve le plus grand nombre de références à la notion.

352. Deux approches de la notion de dignité se côtoient dans les codes. La première approche est fonctionnelle et renvoie à la dignité comme une attitude à avoir, un certain comportement à adopter. La seconde approche est une qualité de l'homme, le rappel de la spécificité de la personne humaine ces deux approches apparaissent indifféremment se mêlant dans un désordre textuel qui conforte l'idée selon laquelle la rigueur juridique n'est pas la priorité mais qu'elle a cédé le pas à la formulation explicite de la notion.

353. Il suffit pour s'en convaincre de s'arrêter quelques instants sur la positivisation de la notion, on comprend vite que le caractère idéal de la notion de dignité, son caractère abstrait semblent rendre la notion difficilement juridicisable. On peut alors s'interroger sur l'utilité de la positivisation de la notion de dignité s'il ne s'agit que de la reprise « en l'état » d'une notion philosophique dont on n'essaie pas nécessairement de tirer une conséquence juridique effective. C'est ainsi que la positivisation de la notion de dignité ne convainc pas, tant sur la forme que sur le fond, et s'apparente plus à ce devoir de mémoire collectif qui au lendemain de la seconde guerre mondiale s'est institué autour de la notion de dignité.

354. Cette positivisation purement formelle et de laquelle on ne peut tirer des conséquences juridiques directes, nous amène à nous interroger sur la juridicisabilité de la notion de dignité, d'autant plus que l'on se rend compte de la difficulté de trouver une forme juridique pour cette notion ainsi juridicisée. On peut parler d'un parallélisme de formules s'agissant de la consécration de la notion de dignité par le droit positif. Rien ne distingue ainsi l'article 16 du Code civil qui pose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », de l'article L.611-17 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que : « Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. » en effet, la dignité y est présentée comme une limite, à l'action humaine elle y est formulée comme un interdit dans les deux

⁴⁹³ loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001, *JO* du 17 novembre 2001, p.18311-18313.

⁴⁹⁴ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, *JO* du 5 MARS 2002.

⁴⁹⁵ Loi n° 2003-339 du 18 mars 2003, *JO* du 19 mars 2003.

cas. Dix ans séparent ces deux textes, mais le même goût d'inachevé les unit. En effet, toujours pas la moindre tentative de définition positive de la notion de dignité en 2004, bien au contraire, le même mystère continue d'entourer le contenu des interdictions ainsi proclamées. La seule certitude est que l'on tient avec la dignité une formule caméléon qui s'adapte à tous les textes et à toutes les branches du droit. L'article 16 du Code Civil joue le même rôle en droit interne que la Charte des Nations Unies, en droit international. En effet, c'est cette Charte qui avait posé la première la formule désormais consacrée de la « reconnaissance de la dignité inhérente à la personne humaine ». L'article 16 du Code civil donne au droit français « sa formule de dignité ». La loi doit assurer le respect de la dignité. En effet, qu'est-ce qu'interdire des inventions contraires à la dignité si ce n'est s'assurer du respect de cette dignité ? Cette formule inspire désormais les consécutions législatives de la notion, elle est d'ailleurs purement et simplement rappelée dans le Code de la santé publique qui se contente de reproduire l'article 16 du Code civil, dans son article L.2211-1 qui énonce : « comme il est dit à l'article 16 du Code civil, ci après reproduit ... ». On peut alors bien parler de l'émergence d'un slogan juridique de dignité, ou d'une « expression juridique de dignité ». Le Code de la santé publique est symptomatique de la dignité envisagée comme un slogan juridique, puisque pas moins de vingt-neuf articles ne visent cette notion. Le Code de la santé Publique ne fait que reprendre la même idée, la même formule et l'adapte aux nécessités de la pratique médicale. Ainsi, ce n'est plus la loi de manière générale qui assure le respect de la dignité, mais le médecin, les personnels des établissements de santé, les professionnels de santé de manière générale, ainsi là ce sont les professionnels de santé⁴⁹⁶ qui doivent mettre en œuvre tous les moyens à leur disposition tendant à assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort ; là c'est au malade lui-même à qui on rappelle ce droit au respect de sa dignité, et là encore dans une formule maladroitement, ce sont « les soins palliatifs » qui visent entre autres à « sauvegarder la dignité de la personne malade ». Les formules employées s'épuisent dans des formes variées qui n'en reprennent pas moins la même idée posée par l'article 16 du Code Civil.

355. On ne peut déduire cependant de la dignité ainsi positivée un principe juridique effectif ou pourvu d'une normativité juridique. Bien au contraire, plus même que l'absence de définition, ou de contenu véritable donné à la notion de dignité, sa mention récurrente et voire obsédante dénote d'une volonté du législateur de convaincre autant que de se convaincre de la nécessité de cette proclamation. Cette obsession de la formule traduit un certain malaise du

⁴⁹⁶ Article L.1110-2 du Code de la santé publique :

droit positif, malaise qui se justifie eu égard à la notion ainsi consacrée et à son potentiel de juridicisabilité. En effet, la notion de dignité dépasse le droit positif et le trouble, car celui-ci ne parvient pas à s'affranchir de cette obligation née avec les déclarations d'après-guerre, celle de mentionner expressément la notion de dignité. Peut-on affirmer de manière convaincante de la présence de la notion dans les textes de droit positif, l'émergence d'un concept juridique effectif ?

356. C'est bien en effet une recherche non juridique à laquelle cette mention de la notion renvoie. La mention de la dignité devient plus une formule incontournable, une exigence de forme plus qu'une exigence juridique de premier plan. En effet, que signifie concrètement le fait que le malade a droit au respect de sa dignité ? Cette expression a-t-elle moins de force que celle reconnaissant simplement le droit du malade au respect ? Ces deux formules sont identiques, mais la première s'impose avec plus de poids, emportant avec elle la mention d'une notion derrière laquelle tous se retrouvent. On semble retrouver dans la formule en même temps que l'obligation de respect, la justification de ce respect. Il y a donc un paradoxe, car la notion de dignité traditionnellement décriée par le fait qu'elle renverrait à un idéal abstrait vient au contraire rendre plus réel l'obligation de respect dû à tout un chacun. Il y a donc apparemment une plus-value certaine apportée par la notion qui à défaut d'être juridique est indéniablement psychologique.

SECTION 2

LA REPARTITION DES ROLES ENTRE DROIT ET PHILOSOPHIE

357. Il est nécessaire de limiter « la tentation du positivisme juridique à vouloir décider de la valeur de l'humain en limitant la dignité à la dimension et la portée que lui donne le droit »⁴⁹⁷. C'est pourquoi il est important d'affirmer l'ambivalence de la notion de dignité et de dégager de cette ambivalence une assise pour la juridicisation, tout en conservant une partie de la dignité « hors de portée » du droit. Ceci n'est possible qu'en admettant l'idée d'une collaboration entre droit et philosophie, le droit se voyant reconnaître la mission de rendre effective une notion qui existe hors de lui, en réalisant, en concrétisant les exigences de dignité (§1). De cette collaboration entre le droit et la philosophie s'agissant de la notion de dignité se dégage une nature juridique spécifique pour le principe de dignité, celle de principe directeur ultra directif (§2).

§ 1 : LA DETERMINATION D'UNE ASSISE POUR LA JURIDICISATION

358. Cette idée d'une collaboration entre droit et philosophie est inspirée très largement des doctrines philosophiques postulant une collaboration entre droit naturel et droit positif et plus précisément de l'hypothèse d'une collaboration avancée par Mme Goyard-Fabre pour rendre compte des rapports entre droit naturel et droit positif (A). Appliquée à la dignité, cette collaboration conduit à mettre à la charge du droit la réalisation des exigences de dignité (B).

A) L'HYPOTHESE DOCTRINALE D'UNE COLLABORATION ENTRE DROIT NATUREL ET DROIT POSITIF

359. La théorie sur les rapports entre droit naturel et droit positif élaborée par Mme Goyard-Fabre fournit un excellent cadre pour notre hypothèse. Cette théorie s'inscrit dans la perspective du dépassement de la querelle entre juristes et philosophes à propos de la définition de la notion de droit naturel et à propos des rapports entre droit naturel et droit positif (1°). L'auteur propose alors d'envisager les rapports entre le droit naturel et le droit positif sous l'angle d'une collaboration (2°)

⁴⁹⁷J-F. POISSON, *La dignité humaine*, Les études Hospitalières, 2004, 124p.p.98.

1° La question générale des rapports entre droit naturel et droit positif

360. Dans une perspective simpliste, le droit positif est le droit légal, c'est-à-dire posé par le législateur, et s'oppose ainsi au droit naturel qui existe indépendamment de toute positivisation⁴⁹⁸. Le droit naturel se voit reconnaître historiquement plusieurs fondements, la nature, Dieu et la raison.

361. L'auteur insiste sur la nécessité d'un dialogue entre juristes et philosophes tout en admettant que ce dialogue ne sera pas facile⁴⁹⁹. L'auteur met en garde sur cette tendance à dissocier nettement le droit positif et le droit naturel : « croire que le philosophe du droit est indifférent à la réalité positive ou à la mise en pratique de l'ordre juridique, ou croire que le juriste, même praticien, en vient tôt ou tard à considérer que le droit naturel, n'étant pas du droit au sens juridique du terme, est pour lui sans intérêt, constitue, dans un cas comme dans l'autre, une redoutable méprise »⁵⁰⁰.

362. Depuis longtemps la question des rapports entre droit et morale, entre droit positif et droit naturel, quelle que soit la manière de l'aborder, suscite de nombreux débats. La définition des notions de « droit » et de « nature » est au cœur des débats. Cette notion de droit naturel embarrasse alors tant le philosophe que le juriste : « le philosophe ne trouve pas en lui la netteté et la rigueur conceptuelles dont il est soucieux pour élaborer une théorie du droit ; et le juriste, qui applique les grilles catégoriales à l'expérience qu'il juridicise, considère le droit naturel comme un méta-droit qui n'a pas de vocation juridique »⁵⁰¹. Pour sortir de cet embarras, il faut tenter d'organiser une rencontre entre la « pensée philosophique et la réalité juridique » sur des valeurs qui sont réputées relever du droit naturel, qu'il s'agisse de la justice, de la liberté ou encore de l'égalité et de la solidarité. L'idée est alors que pour sortir de l'embarras, il ne faut pas se résigner à une vision strictement « positiviste » ou alors à une vision strictement « jusnaturaliste » des rapports entre droit positif et droit naturel. Il faut dépasser les *a priori* qui sont réducteurs. Mme Goyard-Fabre fait ainsi le pari d'une sortie de l'embarras par la rencontre des points de vue, juridique et philosophique, sur des valeurs qui « font l'exigibilité des règles juridiques »⁵⁰².

⁴⁹⁸ A. SERIAUX, *Le droit naturel*. PUF, 2^e édition, 1999, 126p.p.55

⁴⁹⁹S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Librairie Philosophique J. VRIN, 2002,372p.

⁵⁰⁰S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel, op.cit.*, p.11.

⁵⁰¹*Ibid.*,p.10

⁵⁰² *Ibid.*,p.10

363. Il faut alors tenter de dépasser cette méfiance qui s'installe s'agissant de la notion de dignité entre d'une part le « pôle jusnaturaliste » et le « pôle positiviste ». L'idée d'une possible collaboration entre normes de droit naturel et le droit positif est alors lancée, encore faut-il établir la nature de cette collaboration. Bien plus qu'une possibilité, l'auteur envisage cette « collaboration » comme la condition *sine qua non* pour surmonter l'idée que les normes de droit naturel ne sont pas juridicisables.

364. De part et d'autre s'élèvent des voix pour affirmer que « les concepts philosophiques ne sont pas solubles en droit »⁵⁰³, sous entendant par là que la juridicisation pervertit les valeurs absolues, ne parvenant pas à leur garantir le respect absolu auxquelles elles ont droit en tant que notions philosophiques. D'autre part, c'est l'idée d'un droit positif autosuffisant qui est défendu, un droit positif pur de toute référence axiologique, de tout réquisit méta-juridique. La notion de dignité est une notion philosophique, la question de sa juridicisation pose à nouveau le problème des rapports du droit naturel et du droit positif. En effet, en tant que valeur, la notion de dignité serait injuridicisable. Contre cette vision exclusive des rapports du droit naturel et du droit positif, Mme Goyard-Fabre propose une voie médiane qui est celle de la collaboration entre droit et philosophie.

2° L'hypothèse de la collaboration entre droit naturel et droit positif

365. Cette hypothèse d'une collaboration entre droit naturel et droit positif n'est pas inédite. En effet, le droit positif est présumé depuis longtemps entretenir « d'étroites connexions avec le droit naturel »⁵⁰⁴. Mme Goyard-Fabre innove en posant le droit naturel comme un *à priori transcendantal* pour le droit positif.

366. Plusieurs hypothèses ont été avancées pour rendre compte des relations entre le droit naturel et le droit positif. Tout d'abord, le droit naturel et le droit positif s'excluraient l'un et l'autre. Autrement dit poser l'un reviendrait derechef à exclure l'autre, c'est le rapport d'extériorité du droit naturel et du droit positif. Une seconde hypothèse revient à poser le droit naturel comme le fondement du droit positif. C'est le rapport d'inclusion du droit naturel dans le droit positif. La dernière hypothèse est celle qui nous intéresse particulièrement parce que les rapports entre droit naturel et droit positif sont envisagés sous l'angle d'une relation transcendantale dans laquelle le droit naturel aurait la fonction d'une idée régulatrice pour le

⁵⁰³ C. NEIRINCK La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.39-50

⁵⁰⁴ A. SERIAUX *Le droit naturel*. PUF, 2^e édition, 1999, p.57

droit positif. C'est pourquoi, nous exposerons sommairement les deux premières hypothèses avant d'envisager plus longuement les principaux points de la dernière hypothèse.

367. - *Le rapport d'exclusion du droit positif et du droit naturel*

Cette manière de percevoir les rapports entre le droit naturel et le droit positif revient à poser l'existence de l'un comme exclusive de l'existence de l'autre. C'est la position défendue par le positivisme juridique. Partant de l'idée de l'obsolescence des idées du droit naturel et de son caractère métaphysique et abstrait, et eu égard à l'importance de plus en plus accrue reconnue à la raison, se développe l'idée que le droit n'est droit que voulu et établi par l'homme. A l'époque des lumières, on assiste ainsi à une décrédibilisation marquée de l'idée de droit naturel, dont le rejet constitue un présupposé incontournable et s'exprime par l'adoption d'une position radicale, à savoir, l'idée d'un droit qui ne dépendrait que de la raison et du vouloir humain.

368. Selon la doctrine positiviste, le droit positif est alors entendu de manière restrictive, comme « l'ensemble des règles pratiques que l'homme (...) estime utiles à la société, dont il a seul l'initiative et qu'il projette de théoriser en un système ordonné »⁵⁰⁵. Le droit positif se distingue alors nettement du droit naturel, qui lui se produit de lui-même. Si les doctrines positivistes sont nombreuses, elles se retrouvent autour de cette idée selon laquelle « un ordre juridique ne fonde ses racines dans aucun sol ; il n'est tributaire d'aucun idéal ; il n'a besoin d'aucun principe de validité ou de légitimation »⁵⁰⁶. La vision du droit naturel qui ressort de ces courants est relativement négative. En effet, selon les courants, il est relégué au rang d'abstraction, de question métaphysique, relevant ainsi de la seule philosophie spéculative. Le droit positif n'a alors que faire de telles références entachées d'idéalisme et de moralisme. La critique est sévère, mais surtout, la position est intenable selon Mme Goyard-Fabre ; cette idée d'un droit positif auto-suffisant est purement et simplement une « gageure impossible à tenir », dans la mesure où elle aboutit à une « auto-négation du droit »⁵⁰⁷.

369. Pour démontrer les limites de ce positivisme radical, Mme Goyard-Fabre, reprend la distinction bien connue des juristes entre la lettre et l'esprit d'un texte. La lettre du texte renvoie à tout ce qui est dit explicitement dans le texte, aux mots employés, au texte considéré en soi, c'est-à-dire sans apport extérieur. L'esprit du texte renvoie à ce qui est implicite au contexte dans lequel s'inscrit le texte, à une lecture téléologique du texte, il faut rechercher l'intention supposée du rédacteur du texte. Ce recours à l'esprit du texte est alors un recours, à

⁵⁰⁵ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op.cit. p.131.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p.143.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p.129

des réquisits du droit naturel. Les valeurs du droit naturel transparaissent alors implicitement comme des non-dits philosophiques. Dans le droit positif se loge « malgré ses dénégations, une philosophie sous-jacente qui refuse de prendre conscience d'elle ». L'idée d'un droit positif pur, axiologiquement neutre n'est définitivement pas tenable : « dans un domaine où il est avant tout question des conduites de l'homme, les canons du positivisme ne sauraient avoir ni objectivité ni neutralité absolues, non pas parce que l'intelligence et la volonté qui construisent le droit s'opposent à la nature et au déterminisme qui la régit, mais parce qu'il y a dans les faits humains une âme et un sens qui font « l'esprit » du droit»⁵⁰⁸.

370. - Le rapport métaphysique d'inclusion du droit naturel dans le droit positif

Contrairement à la séparation nette entre droit positif et droit naturel préconisée par les doctrines positivistes, un courant philosophique dit classique postule la subordination du droit positif au droit naturel ; soit que le droit naturel constitue le fondement du droit positif, soit que le droit naturel constitue le modèle du droit positif, soit enfin que le droit positif constitue l'actualisation du droit naturel.

371. En tant que *fondement* du droit positif, le droit naturel est premier : « Même si le droit positif a vocation à organiser les institutions de la cité et à régir les comportements des citoyens, son existence ne nie en rien l'omniprésence d'une justice et d'un droit *naturels* qui, primordiaux, ont une vocation fondatrice »⁵⁰⁹. Le droit positif doit alors se conformer à l'ordre du monde qui lui préexiste, la nature a assigné à chacun une place et l'organisation de la cité doit être conforme à cette assignation originelle. Cette vision des rapports du droit naturel et du droit positif tient le droit naturel en haute estime, « par sa plénitude d'être et de valeur, il fonde idéellement la rectitude et la pertinence des lois positives »⁵¹⁰. Cette conception s'appuie essentiellement sur les théories du droit naturel développées par les anciens, notamment Platon ou Aristote. Le droit positif apparaît donc légitime seulement s'il se situe dans le prolongement du droit naturel. La limite de ce schème est son caractère utopique, conséquence de son idéalité essentialiste, qui s'accorde mal à la réalité du monde réel dans lequel le droit positif prend forme.

372. En tant que *modèle* du droit positif, le droit naturel est perçu comme une « lumière limpide qui éclaire et guide l'œuvre des hommes »⁵¹¹. Le droit naturel est donc l'archétype du droit positif. C'est essentiellement une vue développée par les théories qui fondent le droit

⁵⁰⁸S. GOYARD-FABRE. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. p. 155.

⁵⁰⁹*Ibid.*, p 162.

⁵¹⁰*Ibid.*, p 165.

⁵¹¹*Ibid.*, p. 175

naturel sur la volonté divine. Ainsi, les normes divines dont la beauté et la perfection sont soulignées, sont offertes aux hommes qui doivent s'efforcer de les imiter pour l'établissement des règles constituant le droit positif. La limite de ce schème est la capacité réelle du droit positif à imiter véritablement son illustre modèle : « le modèle naturaliste enserme une promesse de perfection qui ne sera jamais tenue »⁵¹².

373. En tant que *finalité* du droit positif, les fins du droit naturel en constituent l'horizon idéal et axiologique. Les notions de vertu, de bien commun, sont posées en fins de l'organisation de la cité : « Le droit naturel, ainsi pensé en termes de valeurs à travers sa propre fin, indique la voie que doit suivre le droit positif pour être authentiquement droit »⁵¹³. Le droit positif est donc tout entier ordonné par les fins qui sont celles du droit naturel. Si ces fins changent, évoluent au fil du temps, seule demeure cette conception téléologique du droit. La limite de ce schème est le risque de la démultiplication des fins du droit positif. En effet, dans la mesure où ce dernier actualise les finalités du droit naturel, le risque est celui de la substitution aux valeurs du droit naturel, de revendications individualistes avec l'avènement des « droits à » et celui de l'instrumentalisation du droit positif. « La dérive des fins du droit correspond à une fâcheuse montée de l'insignifiance : quand tout devient droit, plus rien n'est droit »⁵¹⁴.

374. Ces deux manières d'envisager les rapports du droit positif et du droit naturel, qu'il s'agisse du rejet du droit naturel, ou du rapport de subordination du droit positif par rapport au droit naturel, n'emportent pas l'adhésion de Mme Goyard-Fabre. Elle propose une autre manière d'envisager ce rapport. La philosophie kantienne fournit le cadre conceptuel dans lequel est examinée, cette nouvelle manière de concevoir ce lien qui suscite tant d'interrogation.

375. - Le droit naturel comme idée régulatrice

Il s'agit de placer la relation entre le droit naturel et le droit positif sous « l'exigence transcendantale de la raison »⁵¹⁵. Toute idée d'une supériorité du droit naturel sur le droit positif est écartée. En lieu et place la relation s'envisage sous l'angle de la complémentarité. Le cadre dans lequel se développe ce nouveau rapport entre droit naturel et droit positif est l'univers juridique. Ce droit naturel a besoin du droit positif comme celui-ci a besoin du droit naturel. Kant envisage le droit comme un système composé de deux niveaux⁵¹⁶. Le premier

⁵¹² S. GOYARD-FABRE. *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op.cit. p. 176

⁵¹³ *Ibid.*, p. 178.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 187.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 192

⁵¹⁶ E. KANT, *Doctrine du Droit*. Bibliothèque de la Pléiade. Gallimard, 1986.

niveau est celui de l'opposition entre le droit naturel et le droit positif. Le droit naturel-rationnel transcende le droit positif, qui lui désigne l'ensemble des règles instituées par l'Etat. Le second niveau relève d'une opposition au sein du droit naturel entre le droit privé et le droit public. Le droit privé correspond à l'homme à l'état de nature⁵¹⁷, « il s'agit d'une fiction produite par abstraction de l'Etat, c'est-à-dire ce que serait le droit privé indépendamment de son inscription dans un système de droit public»⁵¹⁸. Le droit public correspond à l'ensemble des règles qui permettent le passage de l'état de nature à l'état civil.

376. L'état de nature contient des rapports de justice *possibles* mais ils ne peuvent se réaliser que dans l'état civil, par des règles juridiques qui les instituent en tant que rapports juridiques réels. Kant raisonne à partir de l'exemple de la propriété. A l'état de nature, le fait qu'une chose extérieure soit mienne, c'est à dire que l'usage qui en serait fait par un autre me lèse n'est qu'une possibilité. « Il y a bien de la propriété mais elle se réduit à la place que j'occupe. (...) Mais la décision par laquelle j'en prends possession est unilatérale. L'adversaire a autant de titre que moi à l'occuper, en l'absence d'un état civil qui donnerait force légale à un droit de propriété»⁵¹⁹. La juridicité du droit positif lui provient de ses exigences *à priori* du droit naturel, mais seulement parce que déjà dans le droit naturel, ces exigences elles mêmes sont normatives. « Ce n'est pas l'Etat qui définit ce qui est de droit, mais c'est au contraire ce qui est de droit qui définit la mission juridique »⁵²⁰. On n'est donc plus comme avec les hypothèses précédentes, sur le mode du modèle fourni par le droit naturel au droit positif pour que le second imite le premier. Il s'agit de la même exigence qui est une exigence de la raison pratique et qui reçoit son effectivité et son efficacité de sa prise en compte par le droit positif. Le droit naturel est une idée régulatrice⁵²¹. En tant que telle, il « est donc un guide et impose une tâche»⁵²². Cette tâche est celle du droit positif qui est alors second, mais sans que cela ne signifie qu'il soit inférieur au droit naturel ou que celui-ci le fonde. Ce rapport doit plutôt s'envisager sur le mode de la complémentarité. En effet, ni le droit naturel ni le droit positif ne sont auto-suffisants. Le droit positif a besoin du droit naturel parce que sans les exigences rationnelles de celui-ci, il est condamné à n'être qu'une tête qui peut être belle, seulement il

⁵¹⁷ Voir également S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*. Librairie philosophique J. VRIN, 1996, 292p. p.68 « le droit naturel désigne une condition anté-juridique qui se rapporte à une capacité morale du sujet ».

⁵¹⁸ A. RENAUT, *Kant aujourd'hui*, Editions Aubier, 1997, 512p.

⁵¹⁹ C. DUFLOS, *La raison du droit*, Editions Michalon, 1999, 120p.p.62

⁵²⁰ C. DUFLOS, *La raison du droit*, *op.cit.*.p.80.

⁵²¹ L'idée régulatrice s'oppose chez Kant à l'idée constitutive. Alors que la première se dit d'un idéal vers lequel on doit tendre, la seconde conditionne les objets de l'expérience.

⁵²² S. GOYARD-FABRE. *Les embarras philosophiques du droit naturel*, *op.cit.*,p.199.

est dommage qu'elle soit sans cervelle »⁵²³. Le droit naturel a besoin du droit statutaire parce que sans la contrainte qui caractérise ce dernier, il ne peut rendre effectives les promesses de juridicité que ses exigences recèlent. Cette conception criticiste des rapports du droit naturel et du droit positif tranche avec les conceptions traditionnelles, en ce qu'au lieu de poser ce rapport de manière verticale, en déduisant le droit positif du droit naturel, le rapport est posé de manière horizontale. Le droit naturel apparaît dans cette architecture du droit, à côté du droit positif.

B) LE ROLE SPECIFIQUE DU DROIT : LA REALISATION DES EXIGENCES DE DIGNITE

377. Sur le mode des relations de complémentarité révélées entre droit naturel et droit positif, le droit et la philosophie se répartissent les rôles s'agissant de la notion de dignité. Non pas que cette répartition intervienne de manière formelle, officielle, mais cette conclusion se déduit de la manière dont l'un et l'autre rendent compte de la notion de dignité. La répartition des rôles y est alors certes informelle, mais bien réelle. Cela est surtout vrai s'agissant du droit qui joue un rôle bien précis en abordant la notion de dignité sous l'angle de son respect. La notion de dignité apparaît en droit comme une idée régulatrice au sens kantien, une exigence *a priori* de la raison que le droit s'attache à rendre effective. Pour ce faire, le droit s'assigne pour mission : « la sauvegarde et le respect du principe de dignité »⁵²⁴.

378. Pour retrouver cette assise, il faut s'intéresser à la notion de dignité elle-même dont l'ambivalence permet d'organiser une répartition claire des rôles. Il y a une dichotomie dans la notion de dignité entre la dignité en tant que descriptif de la condition humaine et les exigences de cette dignité. La dignité impose ainsi un devoir-être (1°). L'important n'est donc plus de fonder rationnellement la dignité mais d'en assurer le respect. Le droit doit donc veiller au respect de la personne et fournir à celle-ci les conditions de sa réalisation (2°)⁵²⁵.

⁵²³ E. KANT *Doctrine du Droit*, *op.cit.*p.478

⁵²⁴ C'est l'angle de juridicisation choisi par le Conseil Constitutionnel français, mais qui est révélateur de la manière dont le droit en général comprend la notion de dignité, comme une notion dont il faut prévenir et sanctionner les atteintes.

⁵²⁵ Tout comme l'appréhension de la dignité par la philosophie et la religion, l'important n'est plus tant en droit d'établir rationnellement la dignité, puisque cette certitude d'une excellence de l'homme gagne également le droit. Il faut alors organiser le respect de cette excellence.

1° L'ambivalence de la notion de dignité

379. La vision de la dignité comme une notion ambivalente n'est pas nouvelle en soi. En effet, la doctrine philosophique et la doctrine juridique ont insisté sur cette idée et se sont d'ailleurs retrouvées sur la nécessité « de dire la dignité de deux manières » et sur les raisons de cette ambivalence. La pertinence de notre hypothèse peut alors être contestée. Cependant il ne s'agit pas pour nous de redire d'une autre manière ce qui a déjà été dit, mais bien de proposer une manière inédite de comprendre l'ambivalence. Il s'agit de dégager de l'ambivalence une nouvelle assise pour la juridicisation.

380. Philosophes et théologiens se retrouvent sur le fait que la dignité n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un point de départ. L'homme peut agir ou non, agir conformément à cette capacité ou non. C'est ainsi que s'établit une distinction entre l'être de l'homme et son action, son agir. Ce que l'homme est lui donne la possibilité d'agir, mais la manière dont il agit n'aura aucune influence sur ce qu'il est. « La distinction qui s'annonce ici entre la dignité de l'homme et les devoirs qui y sont liés, eux-mêmes reliés d'une manière directe à cette dignité et susceptible de la parfaire, ouvre la possibilité de distinguer entre la dignité d'un sujet et la dignité de ce qu'il agit »⁵²⁶. Dans la tradition religieuse, l'homme reçoit sa dignité de sa création à l'image de Dieu, mais cette dignité n'est que le commencement, cette dignité lui confère la possibilité d'atteindre la perfection divine. On attend de l'homme qu'il se conforme à sa nature, à sa dignité. « Si nous comprenons à la lumière de la foi et de la sagesse les débuts de notre création, nous découvrirons que l'homme a été fait à l'image de Dieu pour imiter son créateur, et que la dignité naturelle de notre race consiste en ce que la ressemblance de la beauté divine brille en nous comme un miroir.(...) En effet, l'homme créé à l'image et à la ressemblance de Dieu, n'a pas dans sa nature d'autre dignité que celle d'imiter la bonté de son créateur »⁵²⁷. Ceci laisse supposer que l'homme n'est pas parfait, mais il est capable de perfection, c'est cette aptitude à la perfection qui constitue sa dignité. Cette capacité est la même pour tout homme, mais l'homme peut choisir d'actualiser cette capacité ou non.

⁵²⁶ . J.F POISSON, *La dignité humaine, op.cit.*, p.95.

⁵²⁷ SAINT LEON LE GRAND , *Sermo in Nativitate Domini* cité par J.F POISSON, *La dignité humaine*, Les études hospitalières, 2004,p.46-111

381. C'est très paradoxalement⁵²⁸ le langage courant qui va inciter la doctrine juridique à reprendre cette distinction entre l'être et l'agir de l'homme, c'est ce que constatent un certain nombre d'auteurs⁵²⁹. En effet, dans le langage courant, il n'est pas rare que l'on parle de « perdre sa dignité », ou alors il n'est pas rare que l'on reconnaisse à certains plus ou moins de dignité qu'à d'autres. Ces variations dans la dignité ne sont pas admissibles dans la mesure où tout le combat mené pour la reconnaissance de la dignité a été mené au nom de l'universalité, pour une dignité qui spécifie l'excellence de chaque être humain et de tout être humain.

382. C'est ainsi que prend forme une distinction devenue classique en droit entre une dignité dite « fondamentale »⁵³⁰, « ontologique »⁵³¹, « radicale »⁵³², ou encore « essentielle »⁵³³ et une dignité « actuée », « opérative », « personnelle » selon les auteurs. Tous ces termes qualifient une seule et même réalité, la distinction entre une dignité liée à l'être de l'homme et une autre liée à son agir. Devant la multiplicité des termes retenus pour traduire cette ambivalence de la notion, il fallait opérer un choix. Nous retiendrons la distinction entre la dignité « essentielle » et la dignité « personnelle ». Ces termes permettent de saisir

⁵²⁸ Le paradoxe vient du fait que le langage courant est bien souvent dénigré, relégué au rang de langage sans grande importance, or c'est lui qui oblige les auteurs à redécouvrir cette distinction entre une dignité qui se perd et une dignité inamissible.

⁵²⁹ C'est part cette référence à la confusion transparaisant du langage courant que M. Poisson débute son exposé sur les deux manières de dire la dignité. J.F. POISSON, *La dignité humaine, op.cit.*, p.95. Cette « confusion langagière » est également le point de départ de la distinction entre les deux dignités chez Mme Maurer. B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*. La Documentation française, 1999, 555p.spéc.p.51.

⁵³⁰ C'est Béatrice Maurer qui développe le mieux cette idée d'une dignité à double dimension en distinguant entre une dignité dite fondamentale et une dignité « actuée ». L'auteur part d'un paradoxe, elle constate que « la dignité n'est pas quelque chose de relatif, la personne n'a pas plus ou moins de dignité par rapport à une autre personne. Il ne saurait être question de valeur, de hiérarchie, d'une plus ou moins grande dignité. C'est pourquoi la dignité fondamentale de l'homme est une, c'est un absolu. Elle est totale, indestructible, inamissible. Ceci nous conduit à nous interroger sur l'expression « perdre sa dignité ». *A priori*, si la dignité est cet absolu, elle n'a aucun sens. Pourtant l'expression est utilisée. Il nous faut soit reconnaître qu'il n'est plus question de la dignité au sens fondamental, soit montrer qu'en deçà d'un certain seuil qu'il faudrait définir-, l'homme n'appartient pas ou plus à l'humanité. Selon cette seconde alternative, l'homme doit acquérir sa dignité fondamentale et ne pas la perdre ; en cas de perte il perd sa qualité d'homme ». L'auteur rejette cette seconde alternative et pour conclure que la seule explication acceptable est la première alternative : « Si la première alternative s'avère juste, le terme « dignité » peut être utilisé de façon différente. Plus précisément, nous dirons que la dignité a deux dimensions. Une personne, tout en gardant sa dignité, que nous qualifierons de « fondamentale » peut connaître des conditions de vie tellement avilissantes ou agir de façon si contraire aux principes d'humanité qu'elle « perd sa dignité ». Mais alors, ce n'est pas la dignité d'être humain qui est remise en question mais la dignité de son action. Une est la dignité de l'être humain, dignité absolue s'il en est, autre est la dignité de son action, dignité aux multiples manifestations. » B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*. La Documentation française, 1999, 555p.spéc.p.50-58

⁵³¹ A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. PUAM, 2003, 472p. L'auteur distingue entre la dignité ontologique et la dignité « actuée ».

⁵³² J-F. POISSON, *La dignité humaine, op.cit.*, p.96. L'auteur distingue entre la dignité radicale et la dignité opérative.

⁵³³ M. SCHATTNER *Souffrance et dignité humaine, pour une médecine de la personne*. Mame, Paris, 1995.p.130. L'auteur distingue entre dignité essentielle ou fondamentale et dignité personnelle. Le terme « essentielle », renvoyant à ce qui relève de l'essence, de l'être même de la personne.

immédiatement la nuance entre une dignité qui relève de l'essence même de la personne, et que par conséquent tous les hommes ont en partage (dignité essentielle), et une dignité qui « appartient » à chaque personne prise individuellement (dignité personnelle).

383. Cette distinction porte en elle le souci de protéger en l'homme cette essence. Elle vise également à rendre compte du fait que l'homme est un être social, il est appelé à vivre, à se développer en société. Il s'agit alors de distinguer entre « l'être humain et sa personnalité »⁵³⁴. Plusieurs différences existent entre ces deux manières de dire la dignité M. Poisson⁵³⁵ en relève au moins trois :

-La première tient à leur origine et à leur terme : alors que la dignité radicale (ou dignité ontologique ou fondamentale) commence et s'achève avec l'existence du sujet, la dignité opérative (ou dignité actuée ou dynamique) est changeante et susceptible d'aller et venir, à mesure que les opérations du sujet sont conformes à ce que la nature et le bien commun lui permettent de faire ou de choisir.

-La deuxième distinction tient au fait qu'alors que la dignité opérative est susceptible de variation, « on peut la dire sur le mode du plus ou du moins ». La dignité radicale se caractérise par sa permanence. Insusceptible de variation, elle est absolue de son origine à sa fin. La dignité radicale est attachée à la présence de la nature dans un sujet, et la présence de la nature dans un sujet ne peut être dite selon le plus et le moins : « on n'est pas plus ou moins homme, on est homme ou autre chose »⁵³⁶. Alors que l'on ne peut pas être plus ou moins homme, on peut être plus ou moins parfaitement homme. En fonction de ses choix, chaque individu se conforme plus ou moins à ce que sa nature spirituelle exige de lui, il accomplit plus ou moins cette perfection que son être présuppose⁵³⁷.

-Enfin, « la dignité radicale ne peut être le fait de l'homme alors que la dignité opérative ne dépend que de lui »⁵³⁸. C'est ici dire que la dignité essentielle est hors de portée de l'homme puisqu'elle est confondue avec lui, elle le signifie. La dignité personnelle s'emplit de ce que chacun veut et fait de sa vie, elle est présumée contingente puisqu'elle accompagne l'homme dans sa vie de tous les jours. On retrouve d'ores et déjà toutes les caractéristiques de ce que l'on pourra qualifier de dignité « sociale ». Il s'agit de la dignité que l'on doit reconnaître à l'homme dans ses relations avec ses semblables, dans ses relations en société.

⁵³⁴B. MAURER *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme, op.cit., spéc.p.51*. La dignité fondamentale étant celle de l'être humain et la dignité « actuée » étant attachée à sa personnalité.

⁵³⁵J-F. POISSON, *La dignité humaine, op.cit., p.96 et s.*

⁵³⁶J.F POISSON, *op.cit.p.98-101*

⁵³⁷*Ibid.*

⁵³⁸*Ibid.*

384. L'intérêt de cette distinction entre une dignité de l'être et une dignité de l'agir, réside dans cette volonté de faire sortir la dignité de toute idée de vouloir humain. Il s'agit d'assurer la permanence de la personne, et de faire reposer le statut ontologique de la personne sur des critères indépendants du vouloir humain. La distinction entre la dignité essentielle et la dignité personnelle est alors non pas une différence simplement de degré, mais une différence de nature.

2° La nécessité de l'intervention du droit

385. L'enjeu est ici de déterminer une assise pour la juridicisation. Cela présuppose d'admettre que toute la dignité n'est pas « juridicisable » et que la juridicisation de la dignité est nécessaire. Le droit ne crée pas la dignité, elle ne dépend pas de lui. Il va se « contenter » de la recevoir et d'en assurer le respect. Cette répartition des rôles est annoncée par M. Poisson lorsqu'il affirme : « Il faut présupposer l'homme libre pour dire dans les lois les conséquences de la liberté, tant du point de vue de son pouvoir que du point de vue des limitations à lui apporter »⁵³⁹. Le droit doit donc intervenir pour protéger ce qui fait la spécificité de l'homme (dignité essentielle) et pour fournir à l'homme les moyens d'actualiser cette essence (dignité personnelle). C'est en cela que la dignité est ambivalente, en ce qu'elle établit un état qui impose un devoir-être. De cet état, de ce *sein* on va essentiellement avec Kant déduire un *sollen*, un devoir-être. Le *sollen*, s'agissant de la notion de dignité renvoie donc d'abord avec Kant aux impératifs catégoriques, et plus modestement avec l'intervention du droit, aux exigences de dignité.

386. Le respect et la promotion de la personne constituent alors les deux principales exigences de la dignité. Le respect s'entend de l'interdiction de traiter autrui comme un moyen, mais toujours et surtout comme une fin. La promotion, c'est l'obligation de fournir au titulaire de la dignité les conditions propices à son développement. Il faut à la fois permettre au titulaire de la dignité de réaliser les potentialités de sa dignité, d'actualiser celle-ci, mais en même temps, le fait d'être digne impose un devoir-être. Ce passage du métaphysique au juridique *via* l'éthique était déjà sous-jacent chez Kant et chez Lévinas chez lesquels le rôle du droit se dessine dans la relation que les hommes entretiennent entre eux. Kant et Lévinas préparent l'entrée du droit dans la relation entre les êtres raisonnables pour le premier, et l'Autre et le Moi pour le second.

⁵³⁹J.F POISSON, *op .cit.*,p.46-111

387. Il faut alors se souvenir des raisons du recours à la dignité. La dignité n'est en effet pas convoitée *per se*, mais bien pour le statut moral qu'elle confère à son titulaire. C'est là que le besoin du droit se fait sentir. Si pendant longtemps, le recours à la dignité s'est expliqué par le souci de l'excellence de l'homme et de sa supériorité par rapport aux autres êtres vivants, aujourd'hui, le recours à la dignité s'explique par la protection que cette « valeur » confère. C'est le statut moral que confère cette notion qui est « convoité » et qui a été « juridicisé ». L'enjeu d'une telle détermination métaphysique est alors éthique et *in fine* juridique. Ce statut va donc déterminer le comportement que l'on doit avoir à l'égard de celui auquel on a reconnu une valeur ontologique. « Que l'homme soit un être raisonnable, la tradition métaphysique antérieure à Kant le disait déjà. La nouveauté est d'en avoir déduit une exigence éthique »⁵⁴⁰. Cette exigence éthique n'est autre que le respect de la personne. . De cet aspect métaphysique Kant a fait dériver un aspect éthique : « Kant nous expose en quelque sorte l'idéal d'une société d'êtres raisonnables acceptant librement et volontairement de se respecter mutuellement en tant que partenaires dans toutes les transactions qu'impose la vie en société »⁵⁴¹. C'est en cela que le droit s'annonce chez Kant, dans ce passage de la métaphysique à l'éthique. Il y a donc la reconnaissance implicite d'une société de personnes, la perspective même de cette société est juridique, puisque c'est le droit qui s'intéresse aux relations entre les personnes, c'est lui qui régit la vie en société.

388. Le besoin du droit se fait sentir lorsque l'on insiste plus sur les conséquences éthiques, et que la métaphysique est reléguée au second plan, ou tout simplement passée sous silence comme dans la philosophie de la responsabilité développée par Lévinas. Si chez Kant, l'éthique est déduite de la métaphysique, les philosophes personnalistes modernes, se placent d'emblée sous une perspective éthique pour rendre compte de la personne. On pense immédiatement à Lévinas pour lequel l'éthique est la philosophie première⁵⁴². Lévinas ne parle pas de respect mais de responsabilité pour autrui, quoi qu'il en soit, il envisage tout comme Kant une obligation de déférence à l'endroit d'autrui. Même si la responsabilité lévinassienne n'attend pas la réciprocité exigée par le respect kantien, l'essentiel, est le fait même que tout comme Kant, Lévinas insiste sur la nécessité de tenir une certaine conduite à l'égard de la personne. Tout comme chez Kant, le cadre est celui de l'intersubjectivité. Le point de départ chez l'un et l'autre est la reconnaissance d'une commune humanité, le sentiment d'une valeur ou d'une qualité que les sujets de la relation ont en partage.

⁵⁴⁰ L. SENTIS Penser la personne. *Nouvelle Revue Théologique*. Septembre-Octobre 1994, p.679-873.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² E. LEVINAS. *Ethique comme philosophie première*. Payot & Rivages, 1998, 119p.

389. Lévinas fait passer la relation éthique au premier plan, la responsabilité est ce qui nous constitue comme sujet, la responsabilité est première. Il est vrai que Lévinas ne s'embarrasse pas des raisons ontologiques de cet engagement, il bannit même toute idée de la métaphysique comme un point de départ, mais on ne peut qu'être tenté de faire reposer l'engagement du Moi sur cette valeur éminente que je reconnais en l'autre puisque l'ayant en moi-même.

390. En tout état de cause, Lévinas entrouvre également une porte pour le droit dans cette relation entre Moi et l'Autre. Il ne s'agit pour être exact du droit en tant que tel, mais de la justice qui « s'invite » sous les traits du tiers. Ce Tiers est destiné à équilibrer la relation entre le Moi et l'Autre. Le Moi est en effet responsable pour autrui sans contrepartie, sans attendre une réciprocité, il y a donc une inégalité que Lévinas tente de réparer au travers de sa théorie de la Justice. Le Tiers constitue donc « le troisième homme par lequel commence la justice »⁵⁴³. Chez Lévinas, l'entrée du Tiers constitue le « second acte de l'intrigue éthique », le tiers représente « l'élément d'entrée et d'inscription du politique »⁵⁴⁴ et inscrit la responsabilité dans une perspective universelle. « Le tiers fait entrer la responsabilité éthique dans la dimension d'une responsabilité juridique et politique, (...) il n'appelle pas de manière immédiate le sujet moral à la responsabilité. En revanche, il peut juger de ce qui se joue entre autrui et moi et veiller à rétablir une symétrie lorsque la responsabilité vient à manquer »⁵⁴⁵.

391. Il ne suffit pas de relever la possibilité ou la nécessité d'une intervention du droit, encore faut-il déterminer une assise pour la juridicisation. Chez Kant le respect est déduit de la métaphysique et il ne peut devenir effectif que dans la société civile, c'est-à-dire dans une société où sont établies des règles de droit. L'assise de la juridicisation c'est donc cette attitude à adopter à l'égard du titulaire de la dignité c'est le respect avec Kant qui se mue en responsabilité chez Lévinas. La dignité n'a d'intérêt que par son incarnation, le respect et la promotion de la personne sont les deux exigences de dignité.

392. Le droit organise le respect et la sauvegarde de la dignité. Cette répartition des rôles est conforme avec la notion de dignité telle qu'elle est prise en compte par le droit. La notion de dignité en droit se donne sous le mode d'interdictions aux atteintes à la dignité, mais également sous obligation de conformité à la dignité de certains actes. C'est le cas notamment de la réception par le Conseil d'Etat de la notion, le respect de la dignité est érigé en

⁵⁴³ E. LEVINAS, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*. Librairie générale française, 286p.245

⁵⁴⁴ J-F. REY, *La mesure de l'homme : l'idée d'humanité dans la philosophie d'Emmanuel Lévinas*, Editions Michalon, 2001, 351p.

⁵⁴⁵ A. ZILINSKI *Lévinas : La responsabilité est sans pourquoi*. PUF, 2004, p.139.

composante de l'ordre publique⁵⁴⁶. C'est également le cas pour la juridicisation retenue en droit pénal. La notion de dignité y est appréhendée sous l'angle spécifique des prohibitions d'atteintes ciblées à ce que l'on identifie comme le respect du à la personne. Les actes incriminés sont autant d'attitude qui trahissent un manque de respect de la personne, matérialisé par une instrumentalisation, ou une réification de celle-ci⁵⁴⁷. Cette assise de juridicisation explique les affirmations de la doctrine juridique sur le fait que la notion de dignité une fois juridicisée, va devoir être relative au niveau de sa mise en œuvre, en effet, le droit ne se charge *que* du respect de la notion de dignité. Le caractère absolu s'applique donc non pas à la notion de dignité mais à son respect. La notion de dignité est absolue et inamissible dans la mesure où elle définit la personne, rien ne peut y attenter, elle ne peut être perdue. Dire que la dignité, notion absolue en philosophie, va être relativisée lors de sa mise en œuvre par le droit n'a de sens que lorsque l'on reconnaît que le droit n'est chargé *que* du respect de la dignité. C'est ainsi que l'on peut dire : « Si le respect de la dignité de la personne humaine est un impératif moral de caractère absolu rappelé par le droit positif, l'effectivité du principe est conditionné par le contenu qu'on lui attribue »⁵⁴⁸. Le contenu ainsi visé est celui du respect attaché à cet impératif moral lui absolu. Le droit se voit alors reconnaître en quelque sorte une obligation de moyen, tous les moyens doivent être mis en œuvre pour réaliser cette exigence de dignité, mais la notion de dignité reste elle absolue, malgré les variations de l'obligation de respect. La promotion de la personne peut être considéré comme une autre face du respect, il s'agit simplement cette fois de se placer sous l'angle d'une dignité à réaliser. La dignité est alors le point de départ de la personnalité, mais la personnalité doit pouvoir se développer. Et c'est le droit qui va permettre de donner à la personne les moyens de l'épanouissement de sa personnalité.

393. Cette nouvelle assise de la juridicisation a des conséquences sur la forme juridique de la notion de dignité. Plus que sa formulation juridique explicite, c'est à sa réalisation par des règles juridiques qu'il faut rechercher. La dignité est donc un principe directeur ultra directif. Elle impose des exigences, mais le contenu de ces exigences dépend du droit.

⁵⁴⁶P. FRYDMAN, Atteinte à la dignité de la personne humaine et pouvoirs de police municipale. *RFDA*. 1995, p.1204-1217.

⁵⁴⁷ Voir nos développements. Seconde partie. Titre second, Chapitre 2, Section 2. I

⁵⁴⁸ B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : Du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel, in, A. SERIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*. PUAM, 1996, 269p. p.212-236.

§ 1 : LA DIGNITE COMME PRINCIPE DIRECTEUR ULTRA DIRECTIF

394. Le flou qui entoure en droit la définition de la notion de dignité s'est répandu également autour de la forme juridique de la notion. Il est délicat aujourd'hui de prétendre assigner une forme juridique définitive à la notion et encore plus si on tente de la classer dans une des catégories traditionnelles, puisqu'elle se montre rebelle à ces catégories. La « démultiplication formelle »⁵⁴⁹ qui accompagne la consécration juridique de la notion de dignité nous amène à nous demander si plutôt que sa consécration sous des formes juridiques déjà existantes, ce n'est pas sa concrétisation dans des règles juridiques qu'il faudrait rechercher. La dignité devenant alors non pas un moyen mais la fin, ce vers quoi tendent les règles juridiques, la dignité étant un principe directeur ultra directif (A).

395. En effet, on peut se demander si finalement ce n'est pas l'absence de consécration formelle, l'absence d'enfermement textuel qui rendent la dignité si attractive mais surtout qui rendent compte de ce qu'est vraiment cette notion, une notion indispensable et incontournable dans la définition de l'homme mais une notion par essence réfractaire à toute tentative de normativisation tout au moins directement. ? Plus que sa formulation juridique explicite, n'est-ce pas sa concrétisation dans des règles juridiques qu'il faut rechercher ? C'est l'approche retenue dans le « droit du handicap ». On y note une présence forte de la notion de dignité. Cette présence est informelle, discrète, implicite mais oppressante. Ne dit-on pas que les actes valent mieux que les mots ? (La dignité est alors un principe qui appelle à une concrétisation par le droit (B)).

A) UNE NATURE PLUS CONFORME AUX CARACTERISTIQUES DE LA NOTION

396. Cette nature de principe directeur ultra directif, permet de sortir de cette surenchère des formes juridiques à laquelle on assiste s'agissant de la notion de dignité (1°). La notion de dignité ne se laisse enfermer ni dans une définition, ni dans une forme juridique spécifique, il s'agit d'une notion subliminale, omniprésente, d'un principe directeur ultra directif (2°).

⁵⁴⁹ L'expression est empruntée à S. EVAÏN, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*. Thèse dactylographiée, Cergy Pontoise, 1999. 430p.p.8

1° La recherche d'une forme juridique appropriée à la notion de dignité

397. Il s'agit ici de se demander si finalement les formes juridiques reconnues à la notion de dignité parviennent à rendre compte véritablement de ce qu'est la notion. Il faut cependant tout d'abord exclure la nature de droit pour la notion de dignité, d'abord pour elle-même ensuite pour la conséquence encore plus critiquable sur laquelle elle débouche, la consécration d'un « droit à la dignité ». La dignité est ce qui nous définit nécessairement et inéluctablement. Elle nous est acquise par la naissance du seul fait de notre appartenance à l'humanité. La dignité « désigne un état de fait, non un pouvoir accordé : l'homme est digne y compris contre la volonté de l'ordre juridique »⁵⁵⁰. Le seul « droit à » qui découle de la dignité est le droit au respect de sa dignité, corollaire du devoir de respecter sa dignité. La référence à un droit à la dignité traduit plus certainement une confusion, voire un raccourci terminologique entre le respect de la dignité et la dignité elle-même. Le « droit à la dignité » est alors la forme elliptique du « droit au respect de sa dignité ». Il faut également critiquer l'idée de la dignité comme un droit fondamental parce que la dignité constitue la raison d'être des droits fondamentaux, elle en constitue le point d'arrivée, mais en aucun cas elle ne saurait être considérée comme un droit fondamental⁵⁵¹.

398. Dans tous les cas ce n'est pas la consécration formelle de la notion de dignité qui l'a introduite en droit. En effet, le principe de dignité y était déjà présent mais non formellement explicité, il n'était tout simplement pas nommé. La question de la fonction à assigner, de la forme juridique à donner à la notion de dignité est une question centrale. Alors que la notion de dignité est longtemps restée hors du champ du droit, elle y est omniprésente depuis la seconde guerre mondiale. Il est vrai que le principe de dignité est devenu depuis cette époque tragique de l'histoire mondiale, un principe récurrent dans les textes juridiques internationaux et nationaux, un thème doctrinal. Cela ne signifie cependant pas qu'il n'existait pas avant, il n'était simplement pas explicite. En effet, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est imprégnée de la notion sans pour autant que la notion ne soit mentionnée expressément⁵⁵². La notion de dignité est alors pendant longtemps un principe sous-jacent mais un principe néanmoins très présent⁵⁵³.

⁵⁵⁰S. EVAIN, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, *op.cit.*, 140.

⁵⁵¹ Voir en ce sens nos développements supra, ce chapitre, section 1, 2ème paragraphe

⁵⁵² Voir nos développements *infra*, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre 2, Section I, § I

⁵⁵³ Voir en ce sens N. MOLFESSIS, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, M-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité humaine en droit*. Paris, Economica, 1999.p.107-136 selon l'auteur : « ce qui serait alors nouveau, ce n'est pas tant que le droit soit sensible à la dignité humaine ; c'est qu'il la nomme. La rupture serait

399. On remarque alors que depuis qu'il est nommé, on se focalise davantage sur la forme, sur la manière dont il est nommé, laissant finalement de côté ce qui est nommé. La forme a pris le pas sur le fond. Il est incontestable que le principe avait besoin d'être juridiquement consacré, car seule sa juridicisation pouvait lui assurer une certaine effectivité. Cependant la forme juridique n'est pas une fin en soi, ce qui importe avant tout c'est que la notion soit véritablement respectée, et cela aucune forme juridique ne semble le garantir. Poser la dignité comme un principe dont on doit tenir compte au moment de la création de la loi ne sert à rien ce sont les exigences de dignité qu'il faut poser en règles juridiques. On peut alors dire que la notion de dignité après plusieurs années d'intervention officieuse et silencieuse, fait une entrée remarquable et remarquée dans plusieurs branches du droit, sans pour autant que cette inscription formelle ne vienne résoudre définitivement le problème de son insaisissabilité par le droit. La notion de dignité ne semble pas prête à se voir enfermer dans une définition⁵⁵⁴, pas plus que dans une forme juridique précise⁵⁵⁵. La surenchère des formes à laquelle on assiste la notion de dignité, nous conforte dans l'idée que c'est sa concrétisation par des règles réalisant ses exigences qui doit être privilégiée.

400. Cette multiplicité des formes juridiques vient s'ajouter aux multiples conceptions personnelles existantes pour la notion et participe de ce désordre autour de la notion. Cependant tout se passe comme si finalement il n'était pas gênant que l'on ait pour une seule notion des formes juridiques extrêmement variées et parfois différentes. Les différentes formes juridiques reconnues à la notion traduisent la consécration juridique de la conception de la dignité retenue par l'organe qui consacre juridiquement la notion. A chacun des acteurs de la juridicisation, correspond un scénario spécifique. Quel est le rapport entre la dignité principe intangible de la loi fondamentale allemande de 1949 et la dignité principe malmené dans le droit de la bioéthique⁵⁵⁶ ? En effet, en droit de la bioéthique, il apparaît finalement comme un principe avec lequel on peut transiger à condition de conserver ce minimum incompressible qui donne bonne conscience mais qui ne parvient pas à faire disparaître cette

dans l'expression : à une présence informelle de la dignité de la personne humaine aurait succédé une consécration formelle » ; voir également S. EVAÏN, *Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*, *op.cit.*, p.15.

⁵⁵⁴ Voir nos développements, Première partie, Titre 11, chapitre I,

⁵⁵⁵ Voir en ce sens S. EVAÏN *Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*, *op.cit.*, P.18. L'auteur parle de « démultiplication formelle » s'agissant de la notion de dignité, pour rendre compte du fait que la notion de dignité est une notion à laquelle le droit a donné diverses formes juridiques, principe fondateur et fédérateur des droits sous l'angle du droit notamment international et européen, elle est un principe à valeur constitutionnelle en droit constitutionnel ; elle est explicitement une composante de l'ordre public en droit administratif ; elle s'envisage parfois comme un droit au respect de l'humanité de l'être en droit civil ; les atteintes à la dignité représentent encore une catégorie d'infractions pénales.

⁵⁵⁶ Voir en ce sens nos développements *supra*. Deuxième partie.

certitude d'avoir finalement transigé avec la dignité, d'en avoir fait un principe éminemment relatif?

401. Quel est le rapport entre la dignité principe à valeur constitutionnelle⁵⁵⁷ et la dignité composante de l'ordre public consacré par le Conseil d'Etat français⁵⁵⁸ ? En effet, dans le premier cas il est considéré comme la « matrice d'un certain nombre de garanties » selon la formule désormais consacrée, et dans l'autre il n'est finalement qu'un principe compris dans un autre principe, de principe matriciel il passe alors à principe dérivé. Quoiqu'il en soit, en changeant de forme juridique, il change également de « force, de portée » juridique. C'est alors il faut le reconnaître dans un certain désordre formel que la notion juridique de dignité paradoxalement prend forme et surtout affirme son insaisissabilité par le droit autant que cette intervention du droit vise à la figer dans une forme juridique définitive. La notion de dignité a-t-elle alors besoin d'être consacrée dans une forme juridique spécifique pour être efficace ? Son efficacité passe-t-elle nécessairement par sa consécration juridique explicite et sous une forme juridique explicite ?

2° L'hypothèse de la dignité comme principe directeur ultra directif

402. Pourquoi poser la dignité comme principe directeur ? Parce que s'agissant de la dignité on constate que l'on oscille entre une nature à mi-chemin entre le prescriptif et le recommandationnel⁵⁵⁹, alors que la dignité doit être un principe recommandationnel à effet prescriptif. La dignité n'a pas à choisir entre être prescriptive et être recommandationnelle. En effet, c'est une notion d'essence normative, elle prescrit nécessairement, que la prescription soit d'ordre juridique ou moral. Même si le droit semble tiraillé entre reconnaître à la dignité un rôle de principe juridique normatif et de principe fondement de principes normatifs, il faut reconnaître que « la notion de dignité ne se voit pas véritablement consacrer une dimension de règle de droit positif dotée d'une efficacité immédiate, mais plutôt celle de source de droits qui eux sont consacrés par le droit positif »⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ CC. 27 juillet 1994 . 94-343/344 DC. *Dalloz*, 1995, somm. comm. p.299, note L. FAVOREU, *Dalloz* 1995, jur. p. 237.

⁵⁵⁸ CE. Ass. 27 octobre 1995 (2 espèces) *Dalloz*, 1996, jur.p.177 note G. LEBRETON, *JCP.G.* II. 22630 note F. HAMON.

⁵⁵⁹ Cette distinction est introduite par Mme Goyard- Fabre qui oppose le recommandationnel au prescriptif., S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel. op.cit.*, p.11.

⁵⁶⁰ V. GIMENO CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol, op.cit.*,p.135.

403. Certaines formes juridiques « assignées » à la notion de dignité vont bien dans le sens d'un principe directeur, c'est le cas de lorsqu'elle est posée comme un principe interprétatif. La notion de principe interprétatif revêt essentiellement deux formes : soit il s'agit des principes dégagés par les philosophes du droit pour « présenter la pratique juridique dans son ensemble sous son meilleur jour et parvenir à un équilibre entre la pratique juridique telle qu'ils la trouvent et la meilleure justification de ce principe »⁵⁶¹; soit elle désigne des dispositions du texte constitutionnel ou du traité international destinées à guider l'interprétation du juge⁵⁶². Le principe interprétatif sert à apporter un éclairage sur des règles floues ou imprécises, il aide le juge à déterminer une direction pour un texte dont l'application dans un sens ou dans un autre ne va pas de soi. Il peut également permettre l'adaptation d'une règle de droit à des circonstances nouvelles. B. Maurer pose la dignité comme principe matériel d'interprétation pour la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁵⁶³. L'auteur voit dans ce principe, un « principe matériel d'interprétation », c'est à dire un principe essentiel à l'ordre européen que l'interprète utilise « pour surajouter un contenu matériel à la norme mise en oeuvre »⁵⁶⁴. Le principe matériel a pour but d'énoncer à la fois de manière générale et abstraite la finalité du texte ou de la disposition, il guide l'application de la norme et en permet la concrétisation.

404. Cette hypothèse avancée par l'auteur est confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *S.W.c/ RU*⁵⁶⁵. La cour énonce ainsi que « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pouvait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme surtout aux objectifs fondamentaux de la convention de l'essence même le respect de la dignité et la liberté humaine ». Dans cet arrêt pour la première fois la Cour qualifie le principe de respect de la dignité humaine « d'objectif fondamental de la convention », son application ne peut donc être réservée à une disposition spécifique. But de la convention, le principe matériel de respect de la dignité humaine est ainsi utilisé par l'interprète pour fonder une interprétation explicitement téléologique. Le principe matériel d'interprétation participe à l'organisation générale de la Convention en justifiant, en particulier, une approche hiérarchisée des droits, fondant l'indérogeabilité de certains (les art 2,3,4,7), des restrictions

⁵⁶¹ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, 1994, 468p., p.

⁵⁶² V. GIMENO CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, *op.cit.* p.269

⁵⁶³ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, p.238-259

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p.238-259

⁵⁶⁵ CEDH, 22 novembre 1995. Série A, vol. 335-B, p.187 et s.

aux autres droits, ou des limites à ces mêmes restrictions. Par ailleurs, toujours dans une optique globale, « il permet une approche générale et systématisée des violations, de donner une cohérence et un dynamisme à l'ensemble du système ».

405. Mme Gimeno Cabrera relève que la notion de dignité peut être considérée comme un principe interprétatif des droits fondamentaux. « Le respect de la dignité désigne à la fois le point vers lequel les droits fondamentaux tendent et les règles qui permettent d'apprécier l'admissibilité des atteintes portées aux droits fondamentaux »⁵⁶⁶. Le principe matériel d'interprétation sied bien à la notion de dignité en ce qu'il est d'application large et que le principe de dignité se révèle être ainsi un but vers lequel les dispositions interprétées doivent tendre. Cependant, parce que de tels principes n'ont pas de caractère obligatoire et qu'il ne s'agit pas non plus de prescriptions impératives, ils ne suffisent pas à rendre réellement compte de la dimension normative incluse dans la notion de dignité. Avec les principes matériels d'interprétation, on reste encore trop dans le domaine du recommandationnel. La notion de dignité est normative par essence, elle impose un devoir être, et dans cette optique, elle pose des exigences impératives. C'est là la caractéristique du principe directeur ultra directif, et de la dignité en tant que principe directeur ultra directif.

406. En tant que principe interprétatif, la dignité justifie. Elle explique certaines orientations et en commande d'autres. Mais il manque au principe interprétatif une dimension impérative. Il manque l'idée que l'interprétation finalement n'est pas libre, elle doit nécessairement s'exercer dans le cadre posé par la dignité.

407. On parle de principes directeurs du procès. Il s'agit de « l'ensemble des règles placées à la tête du Nouveau Code de procédure civile qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil (...) et d'établir certaines garanties fondamentales de bonne justice, ainsi nommées et bien qu'ayant la même valeur positive que les autres règles, (...) en raison du rayonnement que leur donne d'une part leur généralité d'application, (...) d'autre part la légitimité intrinsèque que leur infuse l'esprit de justice et d'équité qui les anime et donc leur aptitude en tant que maximes résumant la conception française du procès civil et porteurs de l'esprit de la loi, à guider l'interprète dans l'application du code⁵⁶⁷ ». Le principe directeur sert donc de guide au juge, il oriente. Simplement avec la notion de dignité on a une dimension supplémentaire, l'orientation est contraignante, puisque le point d'arrivée est connu, recherché. La dignité doit être le point

⁵⁶⁶ V. GIMENO CABRERA *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol. op.cit*p.273

⁵⁶⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique.*, Quadriga, PUF, 2005.

d'arrivée, la dignité est la finalité : « il n'est permis à personne (...) d'entraver la marche de l'homme vers cette perfection qui répond à la vie éternelle et céleste »⁵⁶⁸. Cependant la dignité ne fait pas qu'orienter, elle contraint à suivre une direction, elle est directive.

408. Directif se dit d'une règle souple destinée à orienter les sujets de droit ou à guider l'interprète dans la poursuite d'une certaine fin, sans enfermer sa mise en œuvre dans les prescriptions de détail⁵⁶⁹. On donne comme synonyme de directif, le standard. Le standard serait une norme directive, or on sait que la dignité ne peut être réduite à un standard⁵⁷⁰, tout comme s'agissant de la notion de principe directeur, la notion de règle directive, ne semble donc pas à même de rendre compte de ce qu'est la notion de dignité et des exigences qu'elle pose. On se rend donc compte que la notion de dignité est alors un principe directeur comme en atteste la récurrence de la notion de dignité dans le droit processuel, pénal ou civil, la notion est ainsi posée comme « un variable fil d'Ariane du droit répressif en action »⁵⁷¹, les dispositions de la procédure pénale française « tendent à garantir la dignité (...) »⁵⁷².

409. Cependant, il manque cette dimension impérative, le principe de dignité doit être directif, c'est à dire qu'il doit de manière impérative et de façon intransigeante, indiquer la voie à suivre. La dignité va alors être ce principe directeur ultra directif qui va orienter l'action du législateur tout en limitant sa marge de manœuvre. En effet, on ne saurait considérer la dignité comme un « simple principe directeur au risque de vider le principe à la fois de sa substance et de son efficience »⁵⁷³. La dignité doit alors être un principe directeur ultra directif, c'est-à-dire qui ordonne sans appel, et avec lequel on ne peut transiger.

410. La dignité apparaît notamment dans l'article 16 du Code civil, comme un principe directif tout au moins sur le plan formel, puisque le législateur formule de manière impérative que : « la loi assure la primauté de la personne humaine, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. » Elle apparaît également comme tel dans l'article L.611-17 nouveau du Code de la Propriété intellectuelle qui dispose : « ne sont pas brevetables, les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, cette contrariété ne

⁵⁶⁸ Léon XIII dans sa célèbre Encyclique *Rerum Novarum* de 1891, cité par G. LEBRETON . *Libertés publiques et droits de l'homme*. Paris, Armand Colin, 6ème éd. 2003, 538p. spéc p.58

⁵⁶⁹ G CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*

⁵⁷⁰ Voir nos développements. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre 1 Section 2, § II.

⁵⁷¹ G. DORVAUX, Dignité de la victime et dignité du délinquant : l'apport de la loi du 8 février 1995, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.397-407

⁵⁷² A. VITU, Dignité de la personne et procès pénal, in P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.387-395

⁵⁷³ B. MATHIEU et C. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. LGDJ, 2002, p.511.

pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire ». Cependant il ne s'agit là que de principes dont la portée contraignante est relative parce qu'au fond il est difficile de sanctionner la transgression d'un interdit lorsque l'interdit n'est pas déterminé clairement. Ces directives relèvent plus de l'ordre du « recommandationnel » que de celui du prescriptif véritablement contraignant.

411. La dignité on le voit ne peut donc être « réduite » à un simple principe directeur ni même à une règle directive. La dignité oriente, guide mais d'une manière impérative. Avec la dignité en droit positif, on se trouve alors dans une nouvelle ère qui se situe à mi-chemin entre le recommandationnel et le prescriptif. En effet, les dispositions relatives à la dignité en droit français, on le constate, font peut-être plus que recommander mais certainement moins que prescrire. Or la dignité recommande mais de manière impérative et derechef prescrit, indirectement mais nécessairement, la dignité doit donc être posée comme un principe directeur ultra directif, un principe qui recommande de manière prescriptive.

B) UNE NATURE CONFORME AUX APPLICATIONS CONSTATEES : L'EXEMPLE DE LA LOI DU 11 FEVRIER 2005 RELATIVE AU HANDICAP

412. La dignité et le handicap ont ceci de commun qu'ils nous interpellent tous en ce que ce sont deux notions qui réveillent nos sentiments les plus humains, deux notions devant lesquelles nous pouvons avoir plusieurs certitudes, nous sommes et devons tous nous sentir concernés.

413. Ces certitudes laissent aussitôt place au doute, lorsqu'on nous en demande une définition, on en arrive alors à la conclusion que ce sont deux notions chargées de sentiments humains mais des notions dont il n'existe pas une définition unique en droit, mais plutôt pour lesquelles il existe plusieurs conceptions parfois très personnelles.

414. La loi du 11 février 2005⁵⁷⁴ pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées pose pour la première fois une définition du handicap. Mais cette loi du 11 février 2005, nous conforte dans l'idée qu'une définition précise de la dignité n'est pas la condition *sine qua non* de son effectivité juridique. En effet, la notion n'y est pas mentionnée explicitement, mais la lecture de cette loi et des débats qui l'ont précédé nous livre une loi criante de dignité. La notion de dignité peut alors véritablement être

⁵⁷⁴ Loi n° 2005-102, JO n°36 du 12 février 2005, p.2353.

effective sans être nommée, cette loi du 11 février 2005, n'est sans doute pas une loi parfaite⁵⁷⁵, cependant elle pose des exigences qui sont des exigences de dignité. On peut voir dans cette loi l'illustration de la dignité comme principe directeur ultra directif. La dignité va venir jouer ici le rôle de principe structurant l'action donnant à l'ensemble des dispositions leur cohésion. La dignité en tant que principe directeur oriente, justifie. Elle va commander de toujours garder à l'esprit l'homme avant tout et dans tout. La dignité va donc expliquer la place importante accordée à la personne en situation de handicap dans la société, le but étant de parvenir à une égalité matérielle et de ne plus en rester à une égalité purement formelle.

415. La dignité commande d'intégrer la personne handicapée dans tous les moments de la vie, elle exige que soit mis fin à l'empathie et qu'au contraire la personne handicapée soit effectivement intégrée à tous les moments de la vie en société. Il faut en vertu de la dignité que la personne en situation de handicap soit maîtresse de sa vie, il faut lui donner les conditions de sa participation à la vie sociale. La dignité pose alors une exigence d'autonomie (1°) et impose une intégration sociale totale de la personne handicapée (2°).

1° L'exigence d'autonomie

416. La loi du 11 février 2005 vise à plus d'autonomie pour la personne en situation de handicap. L'objectif clairement affiché est pourrait-on résumer, la « participation de la personne handicapée au choix de sa propre vie. ». Cet objectif est matérialisé par d'une part la création de commissions des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, et d'autre part la recherche de l'avis de la personne handicapée dans la construction de sa vie. L'autonomie est selon l'acception commune librement inspirée par la définition du dictionnaire Le Robert, l'indépendance, la faculté d'agir librement. L'autonomie est une liberté morale, en tant qu'état de fait, opposé d'une part à l'esclavage des impulsions, de l'autre à l'obéissance sans critique aux règles de conduite suggérées par une autorité extérieure⁵⁷⁶. L'autonomie ne signifie pas n'avoir besoin de personne, c'est avoir et pouvoir exercer un contrôle et un choix dans la vie. La revendication d'autonomie des personnes handicapées va être une revendication pour « le même contrôle et les mêmes choix dans la vie

⁵⁷⁵ Voir notamment la critique de C. POMART, Le caractère non normatif de la loi n°2005-102 du 11 février 2005. Journée d'études du LERADP, « loi 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », non publié., l'auteur critique la normativité de la loi « il faut effectivement mettre au crédit de la loi nouvelle un certain nombre d'avancées réelles mais des insuffisances tout aussi réelles, des carences subsistent. »

⁵⁷⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op.cit.*

quotidienne que leurs homologues valides ». Comme n'importe qui d'autre, les personnes en situation de handicap doivent pouvoir penser et parler pour et par elles mêmes, être responsables de leur propre vie.

417. L'autonomie à laquelle on associe l'autodétermination est une manifestation première de la dignité de la personne. C'est même selon Kant le principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable⁵⁷⁷. L'autonomie de la volonté est cette propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi (indépendamment de la nature des objets du vouloir)⁵⁷⁸. L'autonomie est bien depuis longtemps au cœur du débat dans les revendications de la personne handicapée parce que cette autonomie est l'expression même de la dignité. Cette indépendance contenue dans l'autonomie est une revendication de la liberté de toute personne humaine. L'autonomie c'est la manifestation première de sa qualité d'être raisonnable. C'est donc un impératif, une exigence de dignité. La demande d'autonomie constitue par conséquent une revendication légitime de toute personne humaine, une revendication qui prend encore plus d'ampleur en matière de handicap. Il ne s'agit donc pas d'un privilège au sens ici d'avantage particulier qui serait accordé, mais d'une exigence de dignité. Ce n'est donc pas la dignité qui fonde l'autonomie mais l'autonomie qui participe de la dignité. La dignité est ce qui va ici exiger que soit garantie une autonomie effective pour la personne handicapée.

418. La problématique de l'autonomie se pose différemment selon que l'on soit en présence d'une personne atteinte d'un handicap d'origine mental, et les personnes relevant des autres catégories de handicap. La question se pose avec plus d'acuité s'agissant de la personne majeure protégée. En effet, la dignité exige la prise en considération du consentement de la personne dans tous les actes intéressant sa vie. La personne parce qu'elle a une dignité doit se voir reconnaître cette capacité à l'autodétermination, elle doit être maîtresse de ses propres choix. S'agissant de la personne majeure protégée, de la personne majeure « qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. (art.488 c.civ.), se pose légitimement la question de l'exercice de l'autodétermination. La loi du 3 janvier 1968⁵⁷⁹ a organisé un système de protection pour la personne majeure incapable. Cette loi a été modifiée par la loi du 5 mars 2007⁵⁸⁰ portant réforme de la protection juridique des majeurs. L'entrée en vigueur de la plupart des dispositions a été reportée au 1^{er} janvier 2009. La nouvelle loi ne bouleverse pas radicalement l'ancien système. Elle marque

⁵⁷⁷ E. KANT. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, éditions Bordas, 1988,p.72.

⁵⁷⁸ *Ibid*, p. 78.

⁵⁷⁹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968. *J.O.* du 3 Janvier 1968.

⁵⁸⁰ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007. *J.O.* du 7 mars 2007. p.4325.

cependant une volonté accrue du législateur de préserver la liberté du sujet. Le nouvel article 415 du Code civil rappelle à cet effet, que la loi est assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Cependant l'autonomie de la personne est ainsi fortement limitée dans le cas d'une mesure de protection. « Il se dégage des textes une véritable négation de la dignité dans le sens où la mise sous un régime de protection peut se traduire par une impossibilité totale de la part de la personne majeure protégée de faire produire des effets de droit à une quelconque manifestation de volonté de sa part »⁵⁸¹. En effet, la dignité impose la recherche à tout moment de la volonté de la personne. S'agissant de la personne incapable majeure cette exigence de dignité sera réalisée lorsqu'on s'efforcera autant que faire se peut de rechercher la volonté de la personne protégée. La dignité deviendra « la mesure du principe d'autonomie de la personne majeure protégée, (...) il est nécessaire à la fois de préserver la dignité de l'incapable majeur protégé comme pour tout être humain et d'en adapter l'application en tenant compte de l'incapacité juridique qui frappe la personne et surtout de l'altération de ses facultés mentales »⁵⁸². Il faut donc bien ici prendre en compte la situation particulière de la personne incapable, on doit avouer qu'il est plus qu'impératif d'adapter à cette situation particulière l'exigence d'autonomie.

419. On peut reprendre ici l'analyse faite par M. Baertschi qui distingue l'autonomie, l'autodétermination et la compétence. L'autodétermination est « une disposition psychologique ; or comme toute disposition psychologique, elle ne s'exerce pas toujours, d'abord parce qu'on ne choisit pas toujours et ensuite parce qu'on peut se trouver dans un état qui empêche tout choix⁵⁸³ ». La compétence est « une disposition actuellement non empêchée à choisir et à décider de ses actions, à se gouverner soi-même ; c'est l'autodétermination capable de s'exercer au moment requis, parce qu'elle en a les moyens ou le pouvoir, bref, l'autodétermination moins les obstacles (...) si bien que toute personne compétente est autonome mais non vice-versa »⁵⁸⁴. On peut donc dire que s'agissant de la personne majeure protégée, elle est autonome mais pas compétente. Par conséquent, la prise en compte de son handicap amènera à toujours rechercher autant que faire se peut son consentement, rechercher l'expression la plus juste de sa volonté afin de satisfaire cette exigence d'autonomie. Mais

⁵⁸¹ E. PAILLET, La dignité de la personne majeure protégée P. PEDROT (dir.). *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges Christian BOLZE, Economica, 1999, p. 283-300.

⁵⁸² *ibid.*, p. 292

⁵⁸³ B. BAERTSCHI, *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la personne*, PUF 1995, p. 126. l'auteur donne l'exemple d'une personne à la suite d'un évanouissement, cette personne est autonome, mais comme elle ne peut exercer cette disposition, on ira qu'elle n'est pas compétente. L'auteur dresse ensuite la liste des causes d'incompétence, aux causes d'incompétence totale telles que le coma ou le handicap mental, il oppose les causes d'incompétence partielle au rang desquelles figure entre autre l'ignorance et le handicap.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 127

dans les faits, cette personne autonome ne sera pas toujours en mesure d'exercer cette compétence.

420. S'agissant des autres types de handicap dans lesquelles les facultés mentales ne sont pas en cause et où *à priori* la personne est autonome et compétente. La question de l'autonomie en ce qu'elle s'impose comme une exigence de la dignité va imposer de donner à la personne handicapée les moyens de son autonomie. Cela signifie que tout doit être mis en œuvre pour que cette personne autonome puisse choisir sa vie en connaissance de cause. La dignité pose en tant que principe directeur ultra directif, un impératif : la personne doit pouvoir choisir sa vie. Il faut que la personne ait en sa possession les éléments pour exercer une compétence éclairée. Il ne faut donc pas entraver l'autonomie de la personne et en même temps maximiser cet impératif en donnant à la personne les moyens de son autonomie. La création des maisons départementales du handicap va dans le sens de l'aide à l'autonomisation. En effet, ces maisons exercent « une mission d'accueil et d'information, d'accompagnement des personnes et de leur famille »⁵⁸⁵. Ces maisons ainsi que l'équipe pluridisciplinaire et la commission des droits et de l'autonomie⁵⁸⁶ vont aider les personnes en situation de handicap à accéder à une autonomie effective.

421. La loi prévoit l'élaboration d'un projet de vie pour la personne handicapée⁵⁸⁷, et surtout que la personne soit associée à l'élaboration de ce projet. La dignité exige que dans les faits la personne soit l'auteur véritable de ce projet de vie. La famille et les personnes chargées de l'aider dans l'élaboration de ce projet ne doivent pas se substituer à la personne principalement concernée. Le projet de vie devant être le fruit de l'exercice par la personne de sa compétence éclairée, c'est à cette seule condition que la personne sera réellement autonome. La finalité est ici bien le respect de la dignité de la personne et l'autonomie participe ici de la réalisation de cet objectif capital. La dignité exige ici que l'appartenance de la personne handicapée à la communauté humaine soit effective. C'est donc attendre une politique législative qui va dans le sens de cette intégration sans condition. C'est revendiquer une intégration effective de la personne handicapée à tous les moments, à tous les niveaux de la vie. Si la personne handicapée est une personne humaine au sens ontologique, la dignité pour se réaliser exige l'intégration de la personne dans la vie sociale, c'est une personne humaine sociale. La dignité est toujours celle de l'homme, mais elle se réalise nécessairement

⁵⁸⁵ Art.L146-3 nouveau du Code de l'action sociale et des familles.

⁵⁸⁶ Art.L.146-8 et L146-9 et L241-5 du Code de l'action sociale et des familles

⁵⁸⁷ art. L.146-3 du Code de l'action sociale et des familles

dans la vie sociale. Partir de la dignité c'est donc s'orienter vers une intégration totale et réelle de la personne handicapée dans la société.

2° L'exigence d'intégration sociale

422. Nul ne saurait plus le contester, la personne handicapée est une personne dotée d'une dignité ontologique identique à celle de chaque Homme, membre de la communauté humaine. Revendiquer une dignité ontologique particulière⁵⁸⁸, c'est finalement se tromper de combat, la revendication doit se porter et c'est le cas avec la loi nouvelle sur la participation effective de la personne handicapée dans la vie sociale, sur la dignité sociale. En effet, la dignité ontologique est acquise à la personne handicapée par sa seule appartenance à la communauté humaine. Cependant la dignité ontologique est formulée de manière abstraite, et appliquée à tous du seul fait de l'humanité. La dignité ontologique n'est pas une fin en soi, elle est le commencement de quelque chose, elle est le point de départ d'une vie.

423. C'est ici toute la question d'une dignité que l'on qualifierait de sociale et qui prolongerait la dignité ontologique, la dignité sociale concernerait la personne humaine « être concret et situé »⁵⁸⁹. De la même façon que le droit va consacrer une conception philosophique qui fait de la socialité un attribut de l'humanité⁵⁹⁰, on retient l'émergence d'une dignité qui pourrait être qualifiée de sociale parce qu'elle prend en compte cette socialité composante de l'humanité. Si la dignité ontologique que l'on raccrochera à la qualité de personne humaine être raisonnable, est donc définitivement fixée, acquise, la dignité qui se rattache à la socialité, la dignité sociale est en ce qui concerne la personne handicapée en construction. Cette dignité sociale est alors celle qui surgit lorsque la personne handicapée évolue dans la société, c'est celle de sa socialisation. Cette dignité sociale n'est pas la dignité, elle participe de cette actualisation de la dignité commandée par l'ambivalence de la notion. Force est de constater que le chantier en ce qui concerne la dignité sociale pour la personne handicapée est loin d'être achevé, les fondations sont à peine posées. La dignité emporte un impératif de socialisation, un impératif d'insertion sociale qui va se traduire par l'obligation faite au législateur de réaliser l'intégration effective de la personne handicapée à tous les moments de vie. Cette notion de « dignité sociale » est précisément invoquée dans certains

⁵⁸⁸ Voir nos développements en ce sens, *supra*, Deuxième partie, Titre Premier, Chapitre 1, section 2, §I

⁵⁸⁹ Voir en ce sens G. PECES-BARBA, *Théorie des Droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2004, 497p. spéc. p.386

⁵⁹⁰ X.BIOY, *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux op.cit.*, p.417

textes constitutionnels, notamment en Italie⁵⁹¹. Elle est parfois largement utilisée par les juges ordinaires français, notamment en matière de droit du travail.⁵⁹² Cette dignité est en construction pour la personne handicapée parce que la place de la personne handicapée dans la société reste problématique. L'égalité que sous-tend la notion de dignité reste encore à réaliser.

424. La logique d'intégration qu'insuffle la dignité est une intégration dans tous les moments de la vie, c'est la normalisation du handicap. Cette normalisation est le résultat d'un long processus qui commence par la prise en considération de la personne handicapée comme personne humaine. On est ensuite amené à prendre conscience que cette personne humaine est en situation de handicap, c'est-à-dire dans une position qui la rend plus vulnérable. Ce qui implique de mettre en œuvre un système de protection qui sans stigmatiser le handicap vise à une intégration réelle de la personne dans tous les moments de la vie sociale. Il faut donner à la personne handicapée les moyens de sa socialisation, c'est là tout le sens de la dignité sociale

425. Il y a bien eu une volonté de faciliter l'insertion de la personne handicapée dans la vie sociale, mais cette intégration s'est faite sur le mode de l'opposition entre milieu normal et milieu protégé. On a alors organisé un milieu protégé dans lequel était censé évoluer la personne en situation de handicap. La dignité sociale, c'est le refus du milieu protégé et le vœu d'un milieu unique dans lequel évolueraient tous les êtres humains sans considération de race de sexe, de religion, de santé..... Cette formule relève du vœu pieu mais c'est dans cette direction que nous pousse irrésistiblement la dignité, et c'est la direction prise par la loi du 11 février 2005 qui témoigne d'une nouvelle façon de penser l'intégration de la personne handicapée que l'on rattache bien évidemment à la dignité. La dignité exige l'intégration dans la société déjà existante et non la reconstitution d'une société dans la société.

426. C'est ici le droit à l'insertion sociale préconisé par M. Tholozan le but étant de parvenir à voir dans la personne handicapée autre chose qu'un « non-travailleur »⁵⁹³. En effet, c'est d'abord une intégration par le travail qui a été mise en place. L'histoire de l'intégration de la personne handicapée, de l'action en sa faveur est avant tout l'histoire d'une socialisation par

⁵⁹¹ Voir notamment, La Constitution italienne du 27 décembre 1947 pose dans son article 3 « tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi ». Le constituant se place d'emblée dans une perspective de reconnaissance de « droits à un homme concret ». La révision constitutionnelle belge du 17 février 1994, le principe de dignité est inséré à l'article 23 qui prévoit : « chacun a le droit de mener une existence conforme à la dignité humaine ».

⁵⁹² B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. Paris : LGDJ, 2002, 791p.

⁵⁹³ O. THOLOZAN, La genèse de la protection juridique du handicap, in A. LECA (dir.) *Le handicap, droit, histoire et médecine*, PUAM 2004, p. 52

le travail. En France, les origines historiques de la notion juridique de handicap sont à rechercher dans l'évolution de la question du travail et surtout de la problématique moderne du travailleur frappé d'incapacité⁵⁹⁴. L'action de la communauté européenne en faveur des personnes handicapées s'est manifestée dans un premier temps en faveur des travailleurs handicapés. Mais aujourd'hui, avec l'accent qui est mis sur la citoyenneté européenne et les droits de la personne humaine qui s'y rattachent, c'est une politique communautaire en faveur de la personne handicapée qui s'ébauche et qui pourrait même déboucher un jour sur l'adoption de directives obligatoires⁵⁹⁵. Le travail est un outil efficace de socialisation, mais il n'est pas le seul. Il était alors impératif tout en continuant d'organiser l'intégration de la personne handicapée par le travail, d'organiser la situation de la personne handicapée au travers de tous les autres outils de socialisation, l'école, la formation professionnelle, l'accès aux nouvelles technologies, par exemple. C'est en ce sens que M.Tholozan préconise une « globalisation de la démarche d'insertion sociale du handicapé »⁵⁹⁶. Le rapport Bloch-Lainé publié en 1969 présente le handicap comme un problème de la modernisation. Cette évolution sociale favoriserait toutes les formes d'inadaptation dont le handicap est la forme la plus achevée⁵⁹⁷. Il faut par conséquent s'engager dans la voie d'un traitement global de la situation de la personne handicapée et permettre à cette personne d'accéder à la modernisation. La dignité exige que la personne handicapée soit reconnue dans tous les moments de la vie, que ce soit à l'école, au travail, mais aussi dans la vie civile et politique. C'est une exigence de dignité que l'intégration soit totale. A l'intégration par le travail correspondait une définition du handicapé en tant que travailleur. A l'intégration en tant que personne humaine, succède une définition qui part du principe que la personne handicapée est avant tout une personne humaine. La loi du 11 février s'inscrit bien dans cette logique de l'insertion sociale, mais une insertion à tous les moments de la vie ; de l'école au travail en passant par la vie politique, à la vie civile. La personne handicapée doit pouvoir accéder à la vie normale, le but à terme étant de faire disparaître cette opposition entre le normal et « l'anormal », entre milieu protégé et milieu normal.

427. Cette loi prend en effet en compte la situation la plus large pour la personne handicapée. Elle souhaite réaliser l'égalité par la prise en compte de la spécificité de la personne handicapée. La loi nouvelle part de chaque domaine pour y réaliser une réelle égalité de la

⁵⁹⁴ O. THOLOZAN, La genèse de la protection juridique du handicap, *op.cit.*,p.33

⁵⁹⁵ J. CHARPENTIER, L'action de l'union européenne en faveur des personnes handicapées, P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, paris, 1999, p.159-172

⁵⁹⁶ cité par O. THOLOZAN., *op.cit.* p.50

⁵⁹⁷ *Ibid.*

personne handicapée. La loi nouvelle part de la spécificité que constitue le handicap mais prend en compte également chaque forme de handicap. Il ressort de l'étude de cette loi une série de mesures qui, chacune à son niveau, participe de l'idéal d'égalité insufflé par la dignité. La participation sociale des femmes et des hommes vivant en situation de handicap ne peut se réaliser que si l'accessibilité de l'environnement urbain, du cadre bâti, des transports, des postes de travail (cette liste n'est pas exhaustive), est réellement mise en œuvre.⁵⁹⁸L'accessibilité participe alors de la dignité. Elle devient une obligation pour le législateur, car c'est la condition du plein exercice par la personne handicapée de sa qualité de personne humaine. C'est la condition de son développement en tant que personne humaine.

428. La dignité est visée à terme, elle est ici la finalité de toutes les mesures. On part de la situation concrète de la personne handicapée afin de supprimer les inégalités qui sont encore le principe dans la réalité.

429. C'est l'intégration sociale de la personne handicapée qui est un impératif de dignité en ce qu'elle participe de cette dignité sociale qui est le prolongement de la dignité ontologique.

La dignité parce qu'elle postule l'universalité, n'est pas étrangère à ce changement de perspectives, à cette réelle prise en compte de la situation des personnes handicapées, à leur intégration à tous les niveaux de la société, à tous les moments de la vie sociale. La loi pour l'égalisation des chances, la citoyenneté et la participation des personnes handicapées est une loi résolument porteuse de dignité.

⁵⁹⁸ *L'accès des personnes handicapées aux droits sociaux en Europe*. Rapport élaboré par M. MAUDINET., Editions du Conseil de l'Europe, 2003, p.127.

DEUXIEME PARTIE :
LES DEUX CONCEPTIONS DE LA DIGNITE RESULTANT
DE L'ORDRE JURIDIQUE

430. La notion « moderne » de dignité, celle dont rend si bien compte l'impératif kantien, pose avant toute chose qu'il faut en toutes circonstances respecter la personne. Ce respect est un respect envers soi et envers l'autre. C'est ainsi que la dignité est reçue au sein de l'ordre juridique. L'objectif de l'intervention de la règle de droit est de permettre d'incarner ce respect dans le réel. On peut alors comprendre que la dignité soit posée à l'origine comme un outil pour la protection de la personne. Cette protection est entendue dans un sens relativement large. Il s'agit de protéger la personne, mais également d'assurer la promotion de celle-ci au sein de la société. C'est à cette promotion que va s'atteler la règle juridique. L'homme est maintenant convaincu de cette éminence en lui. Ce qui l'intéresse ce sont les conséquences pratiques de cette éminence. L'homme est dans l'expectative, il se demande ce que la dignité peut faire pour lui. La réponse à cette question est unanime. La dignité impose de rechercher pour l'homme les meilleures garanties pour sa cohabitation avec d'autres au sein de la société. La société va être le théâtre de cette promotion de la personne. Tout le monde s'accorde à reconnaître que le fait d'être un homme justifie des droits. Les droits de l'homme vont alors apparaître comme un véritable outil de promotion sociale. La dignité de promotion est donc celle qui accompagne l'homme en tant qu'être social tout au long de sa vie. Il y a un véritable consensus autour d'une telle manière de concevoir la dignité qui va constituer un véritable outil de justice sociale. La dignité est alors sollicitée par le droit.

431. Dans le même temps, l'ordre juridique est appelé à arbitrer une querelle qui oppose la science à l'homme, ou plus précisément à l'humain dans l'homme. Il s'agit alors de répondre à cette question, que peut-on faire de l'humain sans heurter sa dignité ? Les réponses à cette question sont plus floues et moins tranchées. La dignité comme outil de protection de l'humain est alors accueillie avec beaucoup de réserves. Les principes ne sont pas admis comme s'imposant nécessairement. Il faut discuter avant de légiférer. Il faut même négocier pour tenter de rechercher un consensus acceptable par tous sur ce qui dans l'humain est définitivement « hors de portée », de la science. Ce sont là les deux conceptions de la dignité qui se dégagent de l'analyse de l'utilisation de la dignité dans le droit. En effet une systématisation de l'utilisation de la notion de dignité montre que ce principe est « utilisé » soit pour promouvoir la personne au sein de la société, soit pour la protéger contre les assauts répétés de la science devenue « cannibale ». Si la première conception fait l'unanimité (**TITRE PREMIER**), la seconde est sujette à discussion, à négociations (**TITRE SECOND**).

TITRE PREMIER :

CONSENSUS AUTOUR DE LA DIGNITE DE PROMOTION

432. L'omniprésence du principe de dignité dans le discours sur la vulnérabilité nous amène à nous interroger sur les rapports qu'entretiennent la dignité et le « droit de la vulnérabilité ». La dignité est présentée traditionnellement comme un principe fondateur, fondement d'un nouvel ordre politique, juridique et social que l'on voudrait empreint d'humanisme. La dignité serait le fondement de l'intervention du législateur, ce serait au nom de la dignité que le législateur interviendrait. Que signifie au juste intervenir au nom de la dignité ? Ce sont là toutes les questions auxquelles il faut s'intéresser lorsque l'on s'intéresse à la dignité en tant qu'elle joue un rôle en droit. Elle a il est certain un rôle à jouer, mais lequel ? Quel est donc ce rôle plus spécifiquement en « droit de la vulnérabilité » ? Il s'agit alors de s'interroger sur les rapports que la dignité entretient avec ce « droit de la vulnérabilité ». Le principe de dignité constitue-t-il le fondement de la protection de la personne vulnérable ? (**CHAPITRE 1**). Cette sollicitude de la société à l'égard de la personne vulnérable se traduit notamment par le recours aux droits fondamentaux qui constituent un véritable outil de promotion sociale. La dignité est alors posée comme le moteur de la promotion des droits fondamentaux (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1

LA DIGNITE COMME FONDEMENT DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE VULNERABLE

433. L'histoire montre que le regard que la société porte sur les personnes vulnérables a changé au fil des années, qu'il s'agisse des pauvres, des infirmes, des personnes handicapées et plus récemment des personnes en situation irrégulière qualifiées familièrement de « sans-papiers ». La notion de dignité n'est pas étrangère à ce changement. Ainsi, la pauvreté hier encore source de dignité et recherchée pour cette vertu, est à l'heure actuelle épinglée au rang des maux qui menacent la dignité de la personne humaine. L'histoire montre également que les rapports entre la dignité et la vulnérabilité se résument à l'origine aux rapports entre la dignité et la pauvreté. Ce n'est que récemment que l'on peut véritablement parler des rapports entre la dignité et la vulnérabilité entendu dans un sens plus large que celui de la seule pauvreté. La croisade menée au sein de la société moderne contre l'exclusion et les inégalités a conduit à poser de manière générale les rapports entre la dignité et tous les facteurs qui contribuent à « placer la personne dans une situation de vulnérabilité ». C'est pourquoi il conviendra de s'arrêter sur l'évolution des modes d'articulation de la vulnérabilité et de la dignité. Il est vrai qu'il s'agit surtout d'un cas précis de la pauvreté, mais nous pensons qu'il n'est pas illogique d'étendre ce raisonnement à la vulnérabilité dans son ensemble. En effet, la pauvreté est bien de nos jours également un des facteurs qui place la personne humaine dans une situation de précarité et par conséquent de vulnérabilité. C'est pourquoi l'exemple de la pauvreté nous permettra d'étendre nos propos à l'exclusion de manière générale et de manière encore plus large à la vulnérabilité. (**Section 1**). Il sera alors temps de jeter un regard critique sur le mode d'articulation retenu à l'époque moderne et qui consiste à établir une présomption d'atteinte à la dignité par la vulnérabilité (**Section 2**).

SECTION 1 :
L'EVOLUTION DU MODE D'ARTICULATION DE LA VULNERABILITE PAR
RAPPORT A DIGNITE AU TRAVERS DE L'EXEMPLE DE LA PAUVRETE

434. Il ne s'agit pas véritablement de retracer entièrement l'histoire de la pauvreté. Il s'agit surtout pour nous d'essayer de comprendre comment la pauvreté se trouve liée à la dignité. Comment d'une pauvreté présumée source de dignité (avec la vision du pauvre comme incarnation du christ) en est-on arrivé à une pauvreté attentatoire à la dignité ? Il s'agit de rechercher quand a eu lieu ce changement de perspectives et quelles en ont été les causes. Les rapports entre la dignité et la pauvreté sont historiques, le lien est ancien, seule sa nature a changé. On se rend compte que la pauvreté n'est pas perçue de la même façon selon les époques. D'une pauvreté source de richesse spirituelle et par conséquent même parfois salutaire, on est arrivé à une pauvreté qui mettrait en question notre humanité. Ce changement de perspectives est résumé avec pertinence par Mme Dion-Loye qui affirme : « Historiquement, la mutation des mots est peut-être une évolution des réactions à l'égard de la pauvreté. Or, à la manière d'un kaléidoscope, l'image change en fonction de l'époque ou du moment. L'image n'est pas fixe, mais se brouille. Elle est faite de réactions variables : ignorance, indifférence, mépris, peur, embarras, verbalisme suspicion, répression, enfermement, compassion, sublimation, philanthropie, charité individuelle ou collective, assistance, solidarité, aujourd'hui réinsertion. La pauvreté a mille visages et suscite mille réponses toutes imparfaites »⁵⁹⁹. C'est ainsi que la pauvreté va être posée comme source de dignité avant d'être considérée comme une honte pour la société. La pauvreté entretient avec la dignité des rapports contrariés qui reflètent les rapports contrariés des pauvres avec le reste de la société (§1). Le regard de la société sur la pauvreté a changé. Ce « fléau » s'envisage désormais en termes de « vulnérabilisation » de la personne. C'est pourquoi nous n'envisagerons plus la pauvreté de manière isolée, mais dans le cadre plus large d'un « droit de la vulnérabilité ». La personne vulnérable va être le titulaire privilégié de la dignité, les rapports entre la dignité et la pauvreté se trouvent « apaisés ». La vulnérabilité est réputée contraire à la dignité (§2).

⁵⁹⁹ S. DION-LOYE, *Les pauvres et le Droit*. PUF, 1997, 127p. spéc.p.8-9.

§ 1 : DIGNITE ET PAUVRETE, DES RAPPORTS CONTRAIRES

435. Peut-on en effet affirmer avec certitude que la pauvreté constitue une atteinte à la dignité ? Rien n'est moins sûr. Il suffit pour s'en convaincre tout d'abord de rappeler que la pauvreté n'a pas toujours été considérée comme une atteinte à la dignité. En effet, sous l'influence de l'Eglise, c'est même l'idée contraire qui est répandue, la pauvreté est source de dignité (A). Il est cependant vrai que le regard de la société sur la pauvreté change, le pauvre est mis au ban de la société, frappé d'indignité (B).

A) LA PAUVRETE SOURCE DE DIGNITE

436. La pauvreté peut être définie selon Michel Mollat comme « une situation *subie* ou *volontaire*, permanente ou temporaire, de faiblesse, de dépendance et d'humilité, caractérisée par la *privation* des moyens, changeant selon les époques et les sociétés, de la puissance et de la considération sociale : argent, pouvoir, influence, science ou qualification technique, honorabilité de la naissance, vigueur physique, capacité intellectuelle, liberté et dignité personnelles»⁶⁰⁰. Tout semblait avoir bien démarré puisque le pauvre, sous l'impulsion de l'Eglise est enfant de Dieu et cela va même plus loin, puisque la pauvreté doit être recherchée en ce qu'elle confère la dignité. Si l'on s'en réfère également à certains penseurs anciens, la dignité de l'homme se trouve parfois associée à sa misère. Grandeur et misère sont deux parties d'un même ensemble et définissent toutes deux l'homme. L'homme est ainsi perçu grand et petit, fort et faible à la fois. Sa dignité est à la fois dans cette force et dans cette faiblesse.⁶⁰¹ L'image du pauvre est glorifiée. Cette conception chrétienne de la pauvreté est symptomatique de toute une époque qui ne voit pas dans la misère les mêmes risques qu'aujourd'hui. En effet, dans la tradition chrétienne le pauvre est un bienheureux en dignité. Il n'a pas la richesse matérielle mais il a l'essentiel, la richesse spirituelle. Le pauvre originairement et dans une perspective chrétienne « tirait justement sa dignité de sa pauvreté »⁶⁰². On peut affirmer qu'à l'origine, toute la dignité de l'homme réside dans sa

⁶⁰⁰ M. MOLLAT, Les problèmes de la pauvreté, in M. MOLLAT (dir.), *Etudes sur l'histoire de la pauvreté : Moyen Age- XVIIe siècle*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1974, 855p., p.12-30.

⁶⁰¹ Voir en ce sens, nos développements, Première partie, Titre premier, Chapitre 1, Section 2, II.

⁶⁰² V. en ce sens D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*. LGDJ, Paris, 2002, 487p. spéc.p. 333, l'auteur rappelle ainsi que : « tout le discours de l'église sur l'éminente dignité des pauvres en témoigne : dans une

pauvreté : « la pauvreté confère une dignité (...) vivante du Christ sur terre, le pauvre se fait l'intercesseur de son bienfaiteur charitable auprès du ciel. Cette fonction du pauvre lui confère une dignité »⁶⁰³. Dans la tradition chrétienne, il faut accepter d'être pauvre, puisqu'il en va de la volonté de Dieu. Seul Dieu décide et ce que Dieu décide est bon. Il ne faut donc ni craindre la pauvreté, ni s'en plaindre. « L'Eglise nous enseigne que l'ordre humain est issu de la volonté divine. Aussi il est bon à chacun d'accepter humblement la place que Dieu lui a attribué dans l'ordre des choses. C'est Dieu qui a voulu qu'il y ait des pauvres et des riches et qui a assigné à chaque homme une fonction spécifique, propre à garantir l'ordre social »⁶⁰⁴.

437. L'Eglise invite donc à préférer les richesses spirituelles aux richesses matérielles. (...) La pauvreté est valorisée en référence au Christ et à ceux qui ont su se dépouiller des pesanteurs terrestres pour se rapprocher de Dieu⁶⁰⁵. L'Eglise en appelle même à la pauvreté volontaire. Elle invite ceux qui ont, à donner à ceux qui n'ont pas. Cela va même plus loin, puisque en donnant au pauvre, le riche se rachète de ses pêchés. La charité est donc un moyen pour celui qui donne de sauver son âme. Le riche est invité à abandonner ses biens pour assurer le salut de son âme. Il ne s'agit pas pour le riche de se dépouiller de tous ses biens. Cela n'aurait pas véritablement de sens puisqu'il deviendrait à son tour un prétendant à la charité des autres. Il s'agit pour lui de donner le superflu, le trop plein et de garder l'essentiel. L'aumône est partie intégrante de la pénitence canonique et elle est une obligation pour tous, riches comme pauvres⁶⁰⁶. On ressent l'empreinte de la conception chrétienne qui d'ailleurs perdure, l'Eglise n'invite-t-elle pas aujourd'hui encore ses fidèles à faire vœu de pauvreté ?

438. Le pauvre est valorisé parce qu'il est considéré comme la figure du Christ. « En chaque pauvre, nous nourrissons le Christ affamé, nous désaltérons le Christ assoiffé, nous conduisons le Christ hôte dans une maison, nous vêtons le Christ dénudé, nous visitons le Christ enfermé »⁶⁰⁷. Et surtout ce qu'il est important de retenir c'est que le riche comme le pauvre sont enfants de Dieu. C'est alors d'abord l'Eglise qui va prendre en charge la pauvreté, la charité chrétienne se met en place. L'Eglise développe au cours du Moyen-Age, une

société structurée autour de la fonction remplie par chacun de ses membres et des *dignités* au sens de l'Ancien Régime, qui en découlent, le pauvre a une dignité particulière, naissant de cette économie du salut dont il est une composante essentielle : figure vivante du Christ sur terre, le pauvre se fait l'intercesseur de son bienfaiteur charitable auprès du ciel. Cette fonction du pauvre (...) l'élève et lui confère une dignité : celle naissant de sa souffrance, des maux qu'il endure et qui permettent à la charité chrétienne de se répandre pour son soulagement.

⁶⁰³ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*. LGDJ, 2002, 487p. spécif. P. 333

⁶⁰⁴ F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et Droits de l'homme : analyse de l'obligation juridique et des moyens des pouvoirs publics français dans la lutte contre l'extrême pauvreté*. Presses universitaires de la faculté de Droit de Clermont-Ferrand. 2001, 431pp, spéc.p.307

⁶⁰⁵ S. DION-LOYE, *Les pauvres et le Droit*. PUF, 1997, 126pp, spéc.p.11.

⁶⁰⁶ F. TOURETTE, *op.cit.*p.307

⁶⁰⁷ J-L. GOGLIN, *Les misérables dans l'occident médiéval*, Editions du Seuil, 1976, 242p., p.47.

mission de service et de protection des pauvres. « Elle met en place une réponse collective en vue de soulager la misère, essentiellement à travers des fondations hospitalières, la matricule des pauvres ou encore l'hospitalité monastique⁶⁰⁸.

439. Cette image idyllique, d'une situation de dénuement réel, est ébranlée. Le pauvre est montré du doigt, mis au ban de la société parce qu'il est considéré comme responsable de sa situation. Le pauvre est exclu de la société, il est avant tout considéré comme un pauvre, un mendiant ou vagabond selon les cas, comme un être dangereux dans tous les cas. Il n'est plus vraiment question de dignité. Cette période se caractérise par une exclusion de fait du pauvre de la communauté. Son humanité est derechef mise en cause. Tout ceci montre que finalement, la dignité est tributaire du regard que la société porte sur le pauvre. Parce que ce regard conditionne la réponse que le droit apporte à la pauvreté. La sollicitude chrétienne a fait place à la méfiance populaire. Il n'est alors plus question de dignité, de perfection divine par la pauvreté, mais d'oisiveté, de pauvreté coupable et honteuse, de déshumanisation.

B) LE PAUVRE FRAPPE D'INDIGNITE

440. L'Eglise se trouve dépassée à partir du XIII^{ème} siècle ; elle ne peut plus faire face seule à la pauvreté et se décharge sur les pouvoirs civils. On assiste alors à la « sécularisation de la pauvreté »⁶⁰⁹. En parallèle une nouvelle image de la pauvreté s'impose. Le pauvre inspire désormais la crainte, il suscite de la méfiance, c'est la figure du mauvais pauvre qui triomphe. Cette nouvelle vision de la pauvreté est déjà répandue dans la pensée chrétienne, dans la mesure où même l'église distingue entre le bon et le mauvais pauvre. Le bon pauvre est le seul qui mérite l'assistance de la communauté, il est le seul qui côtoie la sainteté. En effet, on se rend compte que la pauvreté valorisée par l'Eglise est une pauvreté spirituelle, et l'Eglise ne peut faire fi de l'existence de la pauvreté matérielle. Ainsi, « la pauvreté choisie, sublimée sur le plan spirituel est valorisée. Elle est une composante de la sainteté. Elle s'oppose à la pauvreté subie dont l'image est très dépréciée »⁶¹⁰. Seule la bonne pauvreté confère la dignité et c'est pour elle seule que l'Eglise exige la charité. « Les vrais pauvres, foule d'ulcèreux, de pénalités et sales, cohorte de mutilés, d'estropiés, de boiteux, déshérités frappés de difformités diverses (...) tous exhibent à travers leurs corps l'impuissance et la souffrance humaines. Ils

⁶⁰⁸ F. TOURETTE, *op.cit.*, p.309-310.

⁶⁰⁹ S. DION-LOYE, *Les pauvres et le Droit*, *op.cit.* p.8-9

⁶¹⁰ *Ibid.*

participent au corps de l’Eglise parce que leur propre corps souffre. Vrais pauvres, exonérés par le malheur de l’obligation du travail, ils peuvent bénéficier légitimement de l’aumône (...)»⁶¹¹. L’assistance est conditionnée par la domiciliation, ce qui a pour conséquence, d’exclure de la prise en charge les pauvres non inscrits sur une liste. C’est la pratique de la matricule instituée au VI^{ème} siècle. Il s’agit de la liste nominative des pauvres qui doivent être pris en charge, « les pauvres inscrits sur la liste devenaient les marguilliers ou « pauvres du Christ », pauvres valides, des deux sexes et sans travail, qui sont hébergés, vêtus et nourris. Moyennant quelques autorisations, ils sont autorisés à mendier. Progressivement, ils deviennent les serviteurs et les gardiens du sanctuaire »⁶¹². En même temps que la société aide ses pauvres, elle ne peut s’empêcher de s’en méfier. En effet, la compassion à l’égard de la pauvreté s’accompagne d’une certaine méfiance à l’encontre du pauvre que l’on voit également comme un être dangereux. C’est le pauvre errant qui ne rassure pas. Dans l’imaginaire populaire, il est associé dans le pire des cas au bandit de grand chemin, dans le meilleur des cas à un oisif qui refuse de travailler. Dans tous les cas, la pauvreté dérange. On est bien loin du pauvre enfant de Dieu. Guillaume de Lorris dans *Le Roman de la Rose* au travers d’une métaphore criante de vérité dépeint la vision que la société a de la pauvreté : « la pauvreté n’avait sur elle qu’un vieux sac étroit, misérablement rapiécé ; c’était à la fois son manteau et sa cotte, elle n’avait que cela pour se couvrir ; aussi tremblait-elle souvent. Un peu éloignée des autres, elle était accroupie et renfrognée comme un chien triste et honteux. Que soit maudite l’heure où fut conçu le pauvre, car il ne sera jamais ni bien nourri, ni bien vêtu, ni bien chaussé ! Il ne sera pas non plus aimé ni élevé »⁶¹³. Cette vision de la pauvreté explique alors que l’on assiste à la mise en place de mesures répressives à côté des traditionnelles mesures d’assistance. Les destinataires de cette législation répressive sont d’abord le vagabond, la figure du pauvre la plus décriée, et le mendiant⁶¹⁴. La loi invite cependant à distinguer entre le bon et le mauvais mendiant. « Les lois ne confondent point ces gueux dont la mendicité a sa source dans la fainéantise, avec les mendiants invalides ou extrêmement âgés qui ne mendient que parce qu’ils y sont forcés. Elles regardent les premiers avec horreur et bien loin de ne leur accorder aucune protection, elles leur refusent

⁶¹¹ J. CUBERO, *Histoire du vagabondage, du Moyen Âge à nos jours*, Imago, Paris, 1998, 294 p., p.34.

⁶¹² M. ROUCHE, La matricule des pauvres. Evolution d’une institution de charité du bas empire jusqu’à la fin du haut Moyen Âge, in M. MOLLAT (dir.), *Etudes sur l’histoire de la pauvreté : Moyen Age- XVIIe siècle*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1974, 855p., p. 83-110.

⁶¹³ Cité par S. DION-LOYE, *Les pauvres et le Droit, op.cit.* p.11

⁶¹⁴ J-F. CHASSAING, Vagabondage et histoire du Droit pénal : synthèse sur le problème du vagabondage du Moyen Âge au XIX^{ème} siècle, in *Des vagabonds aux SDF : approche d’une marginalité* Actes du Colloque d’Histoire du Droit de Saint-Etienne, 20 et 21 octobre 2000, Publications de l’université de Saint-Etienne, 2002, p.15-21.

toute sorte de retraite. Mais pour les pauvres qui ne mendient que parce qu'il y sont forcés, elles les regardent avec pitié comme une portion de ceux qui font partie du peuple »⁶¹⁵. C'est donc le travail qui va permettre de poser cette distinction, entre le bon et le mauvais pauvre. Le bon pauvre travaille ou veut travailler, mais pour des raisons indépendantes de sa volonté, il se trouve contraint à l'oisiveté. Le mauvais pauvre est celui qui refuse le travail et qui choisit l'oisiveté *délibérément*. « Le travail est le seul patrimoine du peuple. Il faut qu'il travaille ou qu'il mendie »⁶¹⁶. Le vagabond est alors celui qui n'a pas de domicile, qui est errant et de mœurs douteuses. Le mendiant est celui qui a un domicile mais pas d'activité. C'est la distinction essentielle entre le vagabondage et la mendicité même si les deux termes sont très souvent confondus. Quoi qu'il en soit, le mendiant et le vagabond sont montrés du doigt par l'ensemble de la société, craints par une partie de la population et méprisée par une autre partie. La distinction faite entre le vagabondage et la mendicité s'avère délicate puisque l'on se rend compte que les deux notions se trouvent confondues, surtout s'agissant de la « mauvaise mendicité » à savoir ceux qui mendient alors qu'ils pourraient travailler.

441. Il convient de s'arrêter quelques instants sur la définition du vagabondage. Cette définition est intéressante du point de vue de la dignité. Elle met en avant deux éléments essentiels que sont le travail et une caution morale. En effet au fil des législations qui ajoutent ou enlèvent des éléments à la définition donnée du vagabond, les seuls éléments stables sont le fait d'être sans travail et d'être « sans aveu ». Si le premier critère ne pose pas de problème de compréhension, il faut s'attarder quelques instant sur le fait d'être « sans aveu »⁶¹⁷. Il s'agit d'une expression consacrée au Moyen Age et qui a traversé les siècles, puisqu'on la retrouve dans tous les textes qui s'intéressent au vagabondage et à la mendicité. Elle se dit de quelqu'un qui n'a pas de garant capable d'attester de son identité et de son honorabilité. « Les gens sans aveu ne peuvent faire certifier leurs vie et mœurs par personnes dignes de foi »⁶¹⁸. La notion de reconnaissance par autrui est donc centrale dans la définition du vagabondage. Ne pas pouvoir être reconnu emporte exclusion de la communauté. Non reconnu par ses

⁶¹⁵ FERRIERE *Dictionnaire*, cité par J-F.BREGI Quelques notes sur le traitement moderne de l'errance à l'époque moderne : Gueux et mendiants devant le juge civil aux XVIème et XVIIèmes siècles., in *Des vagabonds aux SDF : approche d'une marginalité* Actes du Colloque d' Histoire du Droit de Saint-Etienne, 20 et 21 octobre 2000, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002, p.77-108

⁶¹⁶ CLICQUOT de BLERVACHE, Essai sur les moyens d'améliorer en France la condition des laboureurs, des journaliers, des hommes de peine vivant dans les campagnes et celle de leurs femmes et de leurs enfants., cité par J-F. CHASSAING *Vagabondage et histoire du Droit pénal : synthèse sur le problème du vagabondage du Moyen Âge au XIX^{ème} siècle*, *op.cit.*

⁶¹⁷ Voir notamment sur ce point, J. CUBERO, *Histoire du vagabondage, du Moyen Âge à nos jours*, Imago, Paris, 1998, 294 p., p. 47

⁶¹⁸ J. BART, *Vagabondage et citoyenneté*, in *Des vagabonds aux SDF : approche d'une marginalité* Actes du Colloque d' Histoire du Droit de Saint-Etienne, 20 et 21 octobre 2000, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002, p.147-171.

semblables, le vagabond se retrouve donc en marge de la société. Malgré l'état de dénuement dans lequel il se trouve, il ne peut prétendre ni à la charité chrétienne, ni à la charité civile. Il se retrouve même privé de ses « droits de citoyen »⁶¹⁹. Sa réhabilitation dans la société dépendrait alors de sa seule reconnaissance par un de ses semblables. Sans cela, il n'est rien, condamné au bannissement et à l'errance. On ne voit alors aucun élément digne d'admiration en lui et surtout, sa seule qualité d'homme ne suffit pas à lui garantir une place au sein de la société.

442. L'enfermement comme réponse à la pauvreté se développe. Il faut protéger la société de ces pauvres, de ces mendiants, et de ces vagabonds errants. L'enfermement est prôné pour endiguer les risques de contagion mais aussi pour contraindre les pauvres au travail⁶²⁰. On est bien loin de la vision chrétienne et de son idéal de pauvreté comme condition de dignité. La pauvreté conduit à l'exclusion, à tout le moins à la marginalisation. Elle est décrétée hors la loi. On le voit donc la prise en charge de la pauvreté par les pouvoirs publics s'avère très dépendante de la perception qu'à la société du pauvre. Et cette image a eu tendance à être très négative pendant longtemps.

443. L'image est quelque peu brouillée et le pauvre, saint dans la conception chrétienne, s'est transformé en criminel en puissance, responsable de son état et surtout responsable de la permanence de son état. La société n'est alors pas clément à son endroit. « La mendicité n'est point un vice de l'homme naturel ; elle humilie un être indépendant, elle le dégrade et comme c'est un désir inné de tout citoyen de jouir d'un fort heureux, de jouir de l'estime de ses semblables, il n'est point de travail qu'il n'embrace avec ardeur pour atteindre ce but. Il y renonce lorsque toutes les voies lui sont fermées : voilà la cause de la mendicité, la source des voleurs. La société n'a plus rien à craindre de leurs effets coupables si l'on détruit la cause »⁶²¹. On retrouve cependant des auteurs pour affirmer qu'il faut travailler non sur les conséquences du vagabondage mais sur sa cause. La personne est mise hors de cause. Elle a une volonté de travail et c'est par un malheureux concours de circonstances, par la force des choses, qu'elle se retrouve contrainte à l'oisiveté. En mettant l'accent sur la répression, la société du XVIII^{ème} siècle semble avoir oublié que derrière le vagabond se trouve un homme avant tout. C'est sur ce point qu'est axée aujourd'hui la lutte contre la pauvreté et contre

⁶¹⁹ J. BART, *Vagabondage et citoyenneté op.cit*, p.149

⁶²⁰ J-P. GUTTON, *La société et les pauvres en Europe (XVIe, XVIIe siècles)*, PUF, 1974, 207p., p. 122-157

⁶²¹ J-P. BRISSOT De WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, cité par C. GRAND *Le délit de vagabondage au XVIIIème siècle : une illustration jurisprudentielle de la justice prévôtale de Lyon.in Des vagabonds aux SDF : approche d'une marginalité* Actes du Colloque d' Histoire du Droit de Saint-Etienne, 20 et 21 octobre 2000, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002,p.121-146

l'exclusion en général, sur le fait que derrière chaque souffrance, chaque détresse se trouve un homme.

§ 2 : DIGNITE ET VULNERABILITE, DES RAPPORTS APAISES

444. Les rapports entre la dignité et la pauvreté sont apaisés. Le pauvre est désormais considéré surtout comme une personne humaine *en situation de pauvreté*. La nouvelle figure du pauvre (A) comme personne en situation de vulnérabilité est symptomatique du changement du regard de la société à l'égard de ces personnes pauvres. La pauvreté est alors désormais un facteur parmi d'autres (le handicap, le sexe, l'âge, le fait d'être un étranger en situation irrégulière...) qui place la personne en situation de vulnérabilité. Il en résulte que la personne se retrouve en situation d'infériorité par rapport aux autres membres de la communauté. C'est dans ce sens que la vulnérabilité, entendue de manière large, est posée comme constituant une menace pour la dignité (B).

A) LA NOUVELLE FIGURE DU PAUVRE

445. On assiste à un renversement de perspectives, et la pauvreté se veut maintenant attentatoire à la dignité. « Au lieu et place d'une pauvreté source de dignité, s'affirme une pauvreté attentatoire à la dignité »⁶²². Cette idée est développée notamment par Mme Roman. L'auteur associe la fragilité, la pauvreté à l'atteinte à la dignité. L'idée est alors avancée de façon péremptoire : « le constat se veut indiscutable : la pauvreté constitue une menace pesant sur la dignité »⁶²³. Cette idée selon laquelle la pauvreté est une atteinte à la dignité est d'abord ressentie par les populations concernées. Il s'agit d'un sentiment récurrent chez la personne en situation de vulnérabilité ; leur situation, et ceci est surtout vrai pour les personnes en situation de pauvreté, leur renvoie une image peu valorisante d'elles-mêmes. S'agissant de l'exclusion en général et de la pauvreté en particulier, il est beaucoup question d'image, l'image que les autres ont de nous, ou l'image que l'on a de soi-même. « La

⁶²² D. ROMAN. *Le droit public face à la pauvreté* LGDJ, 2002, 487p 333

⁶²³ D. ROMAN. *Le droit public face à la pauvreté* LGDJ, 2002, 487p.

pauvreté provoque une profonde altération de l'image de soi »⁶²⁴. (...) Dans le malheur- et dans notre société, le malheur est toujours d'abord déchéance sociale- l'homme frappé par les hommes, est radicalement altéré, il n'existe plus dans son identité personnelle »⁶²⁵. Les situations d'exclusion entraînent souvent chez les personnes concernées un sentiment de honte et d'échec. « La honte de soi constitue l'expérience fondatrice et universelle de tous les dominés »⁶²⁶. L'estime de soi est au centre du débat sur l'exclusion. « A chaque étape, le sentiment de honte envahit un peu plus profondément la psyché jusqu'à ce qu'il lui colle à la peau. La honte souvent indicible, sourde du trop grand écart existant entre l'idéal du moi et le moi, la partie idéalisée du moi s'effondre, provoquant un profond sentiment de dévalorisation »⁶²⁷.

446. A une vision du pauvre comme un danger, comme responsable de sa condition, le milieu du vingtième siècle substitue une nouvelle image de la pauvreté et du pauvre. Le pauvre n'est plus l'oisif responsable de sa condition. Il n'est plus l'incarnation du Christ, ni la représentation du bandit. Il n'est ni *plus* qu'un homme, ou *moins* qu'un homme Il n'est plus qu'un homme tout simplement, un homme placé dans une situation de manque. Si le regard de la société sur le pauvre a changé, c'est peut-être aussi parce que le pauvre lui-même a changé. Aujourd'hui, le pauvre n'est plus seulement un mendiant ou un vagabond. Le « pauvre moderne » peut avoir du travail, peut être activement à la recherche d'un travail, la pauvreté n'est plus la seule figure de l'exclusion. Il faut faire face à de nouvelles formes de précarité. Désormais, la pauvreté n'est plus le seul souci de préoccupation, elle est un facteur parmi d'autres, responsables, d'un fléau qui préoccupe aujourd'hui la société civile et les pouvoirs publics, l'exclusion. Nul ne conteste la croissance réalisée pendant les trente glorieuses (1945-1975). On assiste à une amélioration de l'habitat et du logement, un accroissement du pouvoir d'achat moyen, un équipement des ménages, une amélioration des conditions sanitaires et sociales. A cette époque, toutes ces mutations laissent à penser que les phénomènes de misère et de pauvreté appartiennent désormais au passé⁶²⁸ Cependant la croissance a son revers parce que tout le monde n'en bénéficie pas. On assiste à un accroissement sans précédent des inégalités. « Ce qui est contesté, ce n'est pas la tendance générale à l'élévation du niveau de

⁶²⁴ A. GUESLIN, *Les gens de rien : Une histoire de la grande pauvreté dans la France du XXe siècle*. Fayard, Paris, 2004, 457p., p. 363.

⁶²⁵ M. BLANCHOT, *L'entretien infini* cité par, V. de GAULEJAC, *Les sources de la honte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1991, p. 51.

⁶²⁶ G. NOIRIEL, *Penser avec, penser contre. Itinéraire d'un historien*, cité par A. GUESLIN *Les gens de rien : Une histoire de la grande pauvreté dans la France du XXe siècle*, p.363.

⁶²⁷ A. GUESLIN, *Les gens de rien : Une histoire de la grande pauvreté dans la France du XXe siècle*. Fayard, Paris, 2004, 457p.,p. 365.

⁶²⁸ G. LAMARQUE, *L'exclusion*, PUF, 1995, 127p., spéc, p.10-11

vie, c'est que cette amélioration laisse à l'écart une partie de la population »⁶²⁹. C'est dans ce contexte que le thème de l'exclusion prend de plus en plus d'ampleur. On parle désormais de nouveaux pauvres, pour qualifier le fait que « des pauvres surgissent qui ne l'étaient pas hier, d'autre part leur condition semble différente ; elle ne réside pas tant dans une condition objective de misère matérielle que dans le fait qu'ils sont soudain rejetés d'une société à laquelle ils étaient (...) totalement intégrés »⁶³⁰. Le nouveau pauvre sème la confusion dans les esprits, il n'est plus cet autre homme. Il peut être chacun d'entre nous : « les pauvres ne sont plus véritablement identifiables. Il y a certes ceux dont la condition matérielle est la cause première de tous ces manques, mais la pauvreté n'étant plus nécessairement matérielle, elle peut se trouver en tout homme, quelle que soit sa condition »⁶³¹. La pauvreté n'est plus une notion absolue, elle est relative et peut s'appliquer à des relations diverses. Désormais, la pauvreté se pose surtout en terme de disqualification du lien social⁶³². Le vingtième siècle s'achève sur cette nouvelle image du pauvre, qui souhaiterait, avant toute chose, restaurer sa dignité bafouée par la pauvreté. La lutte contre la pauvreté devient alors surtout une lutte pour la reconnaissance, pour la dignité.

447. Ce sont les conséquences de la pauvreté qui font craindre désormais pour la situation de l'homme. En effet, il en va de sa place dans la société. La pauvreté « se situe au terme d'un processus global d'exclusion, et elle est *de facto*, et pas nécessairement *de jure*, une mise à l'écart de la « société englobante »⁶³³. Il faut désormais « protéger la société contre les risques, les dangers et les tensions que la pauvreté d'une partie de sa population est susceptible d'entraîner »⁶³⁴. La question de la pauvreté est aujourd'hui traitée dans le cadre plus large de la lutte contre l'exclusion en général. On peut voir dans l'exclusion une conséquence de la pauvreté. On associe alors la pauvreté au fait de posséder moins que l'autre. L'autre est véritablement le référent dans cette nouvelle acception de la pauvreté. Le pauvre n'est plus celui qui n'a pas ou peu de possession matérielle, le pauvre est celui qui n'a pas ou qui a moins que l'autre.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ P. SASSIER, *Du bon usage des pauvres : histoire d'un thème politique XVIe-XXe siècle*, Paris, Fayard, 1990, 450p.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² S. PAUGAM, *La disqualification sociale, Essai sur la nouvelle pauvreté*. Paris, PUF, 1991, 254p.

⁶³³ J-L. FOURNEL et J-C. ZANCARINI, *Analyse du discours politique, Les « sans », Cités, sociétés, sans droits ?* cité par F. TOURETTE *Droit et SDF ou l'appréhension juridique d'une marginalité.*, in *Des vagabonds aux SDF : approches d'une marginalité*. Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002, p.241-254.

⁶³⁴ D. ROMAN, *op.cit.* p.23

448. C'est en cela que l'on parle plus volontiers d'exclusion pour caractériser cette nouvelle forme de pauvreté. « L'exclusion révèle la mise à l'écart, la distance, la privation, le silence »⁶³⁵. La notion d'exclusion, malgré son caractère imprécis, a pour elle d'englober un plus grand nombre de situations que la pauvreté, y compris la pauvreté elle-même. De plus, l'exclusion met fin à cette idée selon laquelle le pauvre serait responsable de sa situation, puisque le terme renvoie à l'idée selon laquelle, ce n'est pas la personne exclue qui est responsable de sa mise à l'écart. Elle ne *s'exclut* pas, elle *est exclue*. Elle est donc l'objet et non le sujet de son exclusion. « Par exclusion, il faut entendre une non-appartenance et derrière, un défaut d'insertion ou d'intégration dans un espace donné, parce que l'on en a été chassé ou bien parce que l'on s'est vu refuser son accès ». L'exclu est soit « renvoyé » soit « refusé »⁶³⁶.

449. Les nombreuses études et rapports qui ont porté sur l'exclusion font état d'un certain nombre de catégories constituant cette nouvelle catégorie dite des « exclus ». Parmi les populations considérées comme exclus, on retrouve des groupes déjà catalogués comme pauvres dans l'ancien droit. Mais à ces « figures habituées » de la pauvreté que sont, les « vieillards, les infirmes, les personnes malades, les personnes sans emploi », il faut ajouter de nouvelles catégories de la population. « La disparition des vieillards des routes du vagabondage a fait place à l'irruption des jeunes qui ne réussissent pas à s'intégrer. Le drame des familles monoparentales reste présent. L'immigration, notamment dans ses formes extrême avec la montée des sans-papiers, déclenche toujours la pauvreté »⁶³⁷. C'est sur ce point qu'est axée aujourd'hui la lutte contre la pauvreté contre l'exclusion en général, sur le fait que derrière chaque souffrance, chaque détresse, se trouve un homme. La pauvreté s'inscrit dans une dynamique nouvelle qui est la revendication de l'accès aux droits fondamentaux, la revendication d'une égalité réelle et non plus seulement formelle. Le Droit et les textes de loi sont sommés de se préoccuper enfin réellement du seul homme qui existe, l'homme concret.

450. Le critère retenu pour affirmer que la pauvreté constitue une atteinte à la dignité, c'est le fait qu'elle entraîne une mise à l'écart de la personne. Il s'agit ici d'assimiler exclusion sociale et exclusion de la communauté humaine. Tout facteur qui entraîne une mise à l'écart de la personne est donc considéré dans cette logique comme attentatoire à la dignité. On ne parle plus seulement de pauvreté mais de vulnérabilité dans un sens large. Parce que la

⁶³⁵ S.DION-LOYE, *Les pauvres et le Droit*, PUF, 1997, p. 34.

⁶³⁶ M-T. JOIN-LAMBERT, Exclusion : pour une plus grande rigueur d'analyse. *Droit social*, 1995, p.215-221.

⁶³⁷ A. GUESLIN *Les gens de rien : Une histoire de la grande pauvreté dans la France du XX^{ème} siècle*. Fayard, Paris, 2004,p.386..

vulnérabilité place la personne dans une situation dans laquelle elle risque l'exclusion à tout moment. Par conséquent tout facteur « vulnérabilisant » est donc considéré comme une menace pour la dignité. Toute situation qui place une personne humaine en situation de fragilité, de vulnérabilité, risquant d'entraîner une rupture d'égalité par rapport au reste des membres de la communauté humaine, est réputée attentatoire à la dignité.

451. C'est pourquoi pour rendre compte de cette nouvelle revendication d'une dignité particulière pour la personne exclue, il nous paraît plus pertinent de parler de vulnérabilité. Car cette notion vulnérabilité est celle qui rend le mieux compte de cette nouvelle revendication d'une dignité particulière pour la personne en « situation d'exclusion ». La notion de vulnérabilité permet alors d'inclure les situations d'exclusion, tout en les transcendant et en embrassant d'autres réalités. La vulnérabilité dans le discours sur l'exclusion et la fracture sociale, s'entend de plusieurs facteurs pour lesquels on pose des présomptions de vulnérabilité. Au rang de ses facteurs, on retrouve entre autres, le handicap, la pauvreté, le fait d'être « sans papiers ».

B) LA CONCEPTION MODERNE DE LA VULNERABILITE

452. La vulnérabilité est le caractère de ce qui est vulnérable, adjectif qui signifie ce qui « peut-être blessé ». « Au sens figuré, le mot « vulnérabilité » est volontiers traduit par faible, défectueux, sujet à donner prise. En d'autres termes ce qui est vulnérable est dans un état de faiblesse générale »⁶³⁸. La vulnérabilité peut être définie comme la conséquence psychologique des pressions externes⁶³⁹. Ces pressions externes peuvent être de nature diverses et variées, il s'agit de facteurs traditionnellement posés comme source de vulnérabilité, des facteurs pour lesquels il existe des présomptions de vulnérabilité. Au nombre de ces facteurs on peut ranger entre autres, la pauvreté, le handicap, le fait d'être sans emploi, le fait d'être « sans papier ». Cette vulnérabilité est souvent le résultat de la place accordée, du traitement réservé à ces catégories de personnes dans la société. La vulnérabilité peut être une vulnérabilité de situation ou une vulnérabilité de condition. Ainsi, la vulnérabilité de condition est objective, elle vise des personnes qui en raison notamment de leur état de santé, de leur condition physique, sont en situation de vulnérabilité. Il s'agit

⁶³⁸ S. GRATALOU, La vulnérabilité et la règle de droit, in *Vulnérabilité et droit : les développements de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, Grenoble, 2000,336p. p.34-45

⁶³⁹ P. TAP, M. de LOURDES VASCONCELOS. Conduites et stratégies personnelles face aux changements socio-économiques, in *Précarité et vulnérabilité psychologique : comparaison franco-portugaises*. Erès, Ramonville Saint-Agne, 2004, 247p. P.9-28

essentiellement des personnes en situation de handicap. Cette vulnérabilité de condition est indépendante de la situation, du cadre dans lequel évolue la personne. A côté de cette vulnérabilité de condition on trouve une vulnérabilité de situation. Elle est relative et concerne les personnes qui sont vulnérables dans certaines situations bien déterminées. Il s'agira par exemple des personnes privées de liberté, ou encore des personnes étrangères en situation irrégulière. Cela semble être devenu un topique que de dire qu'une personne ayant des difficultés physiques, économiques, ou sociales se trouvera automatiquement plus vulnérable. Le rapport conjoint sur l'inclusion social élaboré dans le cadre de l'Union européenne donne une définition de l'exclusion relativement large. « L'exclusion sociale est un processus par lequel certaines personnes sont repoussées à la périphérie de la société. Elle les empêche de participer pleinement à la vie sociale, en raison de leur pauvreté, d'un manque de compétences de base et de possibilité d'apprentissage tout au long de la vie ou d'une discrimination. Ce processus les éloigne des possibilités d'embauche, de revenus, d'éducation ainsi que des activités et des réseaux sociaux et communautaires. Ces personnes ont un accès restreint au pouvoir et aux organismes de décision et se sentent donc souvent impuissantes et incapables d'influer sur les décisions qui affectent leur vie quotidienne »⁶⁴⁰.

453. Force est de constater que la dignité est omniprésente dans le débat sur l'exclusion et dans celui sur la vulnérabilité. On en appelle à la dignité pour les personnes vulnérables ou pour les personnes en situation de vulnérabilité. Cette idée selon laquelle la vulnérabilité serait source de plus de dignité, donnerait droit à plus de dignité, est la conséquence directe du discours doctrinal et associatif qui pose une présomption d'atteinte à la dignité pour les personnes en situation de vulnérabilité. On relève même une association dans certains cas entre précarité et perte de dignité. En effet, l'individu en situation de précarité perd un certain nombre de choses : « perte du travail, perte des ressources matérielles et financières, perte de confiance en soi, perte d'espoir, *perte de dignité* »⁶⁴¹. Ainsi, lorsque M. Poché développe sa « politique de la fragilité », on y note une présence linéaire de la dignité. Selon l'auteur une « éthique de l'opprimé » porte le souci de la dignité du sujet humain au sein de la société »⁶⁴². On constate que cette politique de la fragilité est celle de l'homme en situation de vulnérabilité sociale et cet homme est à la conquête de sa dignité. Il y a alors des présomptions d'atteinte à la dignité pour ces personnes ainsi identifiées comme vulnérables :

⁶⁴⁰ COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport conjoint sur l'inclusion sociale*, 2004, 277p., p.10-11.

⁶⁴¹ M-P. CAZALS-FERRE. M-C. LLORCA, Précarité et vulnérabilité : notions et approches, in *Précarité et vulnérabilité psychologique : comparaisons franco-portugaises*. Erès, Ramonville Saint-Agne, 2004, 247p. p.29-40.

⁶⁴² F. POCHE, *Une politique de la fragilité : éthique dignité et luttes sociales*. Les éditions du cerf, Paris, 2004, 257p. spéc. p.11-20

la femme, l'enfant, la personne handicapée, l'étranger en situation irrégulière, le sans-abri. Elles font partie de ces « êtres fragilisés, de ces situations à risque en matière de droits fondamentaux et de dignité »⁶⁴³. En effet, tout le discours doctrinal et associatif s'intéressant à l'exclusion, à la misère, à la pauvreté et plus largement à toutes ces situations qui révèlent la fragilité de l'homme, associe bien souvent ces situations de fragilité à des atteintes à la dignité. La dignité était censée être ce qui nous restait quand on a tout perdu. Cette vision de la dignité nous apprend désormais qu'en même temps que l'on perd sa fortune, on perd sa dignité, ou encore que sans fortune on n'aurait pas de dignité. La dignité est alors indexée à un facteur externe à la personne. Elle dépend des conditions de vie et surtout des conditions de fortune. Mais n'oublie-t-on pas ainsi qu'à l'origine, la dignité est pensée pour un homme finalement qui est « nu », ni riche, ni pauvre, l'homme dans toute sa nudité? Quoi qu'il en soit, le vingtième siècle s'achève sur cette nouvelle image du pauvre qui souhaiterait avant toute chose restaurer sa dignité bafouée par la pauvreté. La lutte contre la pauvreté devient alors surtout une lutte pour la reconnaissance, pour la dignité. C'est ce que retient M. Imbert : « Nous sommes bien au cœur du problème (...). Si les droits ne sont pas respectés, c'est fondamentalement parce que l'humanité de ces hommes et de ces femmes n'est pas vraiment reconnu »⁶⁴⁴. Il est vrai que certains auteurs placent le sens de la dignité dans l'homme qui n'a plus rien, c'est au moment où l'homme est le plus vulnérable qu'il faut rechercher sa dignité⁶⁴⁵. Ceci part d'une intention louable, celle de protéger l'homme. Etant donné que la dignité est finalement ce qui donne de l'homme sa plus belle image, il est compréhensible que l'on se tourne vers elle lorsque l'homme est menacé. C'est dans l'homme nu, l'homme qui n'a plus rien et qui n'est plus rien que l'on doit chercher le sens de la dignité⁶⁴⁶. La vulnérabilité en appelle à la fragilité de l'homme et c'est cette fragilité qui pour certains auteurs fait le mieux ressortir cette idée de dignité. C'est ainsi que l'on peut dire que la dignité est un « champ conceptuel convoité par les personnes en situation de vulnérabilité »⁶⁴⁷.

454. Poser que l'homme vulnérable est le titulaire privilégiée de la dignité ne doit pas être compris comme le fait que la dignité de l'homme a à voir avec sa faiblesse, sa vulnérabilité.

⁶⁴³M. REYDELLET, La dignité des étrangers, in P. PEDROT (dir.) *Ethique, droit et dignité de la personne*. Mélanges en l'honneur de Christian Bolze, Economica, Paris, 1999, 423P. P.227-259

⁶⁴⁴ P. IMBERT, Droits des pauvres, pauvres droits. Réflexion sur les droits économiques, sociaux et culturels. *R.D.P.* 1989, p. 740.

⁶⁴⁵ Voir en ce sens C. MILLON DELSOL, Les fondements de l'idée de Dignité humaine. *Ethique* 1992, n°4, p.91-97. C'est bien dans le corps du mourant dont les facultés ont été détruites une à une par la maladie, ou chez le handicapé profond dont ne sort jamais une parole d'homme, ou chez le vaurien abruti ou méchant, que l'on ne décèle, sans savoir où, ni pourquoi ni comment, cette valeur inimaginable qui nous fait croire que cet homme, toutes apparences bues, ne doit pas être traité comme une bête.

⁶⁴⁶C. MILLON DELSOL, Les fondements de l'idée de Dignité humaine. *Ethique* 1992, n°4, p.91-97.

⁶⁴⁷Cette image est empruntée à F. ABIKHZER, *La notion juridique d'humanité*. PUAM, 2005, 622p, p.239.

C'est parce que finalement l'homme dans de telles situations à peut être moins de chances de réaliser les exigences de dignité que le droit doit intervenir. Ces personnes exclues sont bien alors dans une situation de vulnérabilité et on arrive à une présomption d'atteinte à la dignité par le simple fait de se trouver dans une des catégories « touchées ou susceptibles d'être touchées par l'exclusion ». Ces situations de détresse humaine offrent l'occasion de repenser le rôle de la dignité. Certains voient dans la dignité le moyen de poser la question de l'exclusion en termes juridiques⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ Voir en ce sens F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et Droits de l'homme : analyse de l'obligation juridique et des moyens des pouvoirs publics français dans la lutte contre l'extrême pauvreté*. Presses universitaires de la faculté de Droit de clermont-Ferrand. 2001, 431p.p.35.

SECTION 2

LA CRITIQUE DU MODE D'ARTICULATION DE LA VULNERABILITE ET DE LA DIGNITE

455. La dignité comme fondement impose une logique et un impératif d'universalité difficilement conciliables avec les situations particulières dans lesquelles l'homme peut se retrouver. Car on se rend compte en droit que ce qui importe c'est de réaliser la vie en société de tous les êtres humains en tenant compte de la singularité de chacun. Il est difficile de ne pas voir dans cette universalité que postule la dignité, une contradiction flagrante avec la société et la manière dont les hommes essaient de vivre ensemble. C'est un euphémisme d'affirmer que l'on est bien loin de l'universalité qu'implique la notion de dignité. En effet, les inégalités semblent être légion, elles sont quotidiennes. On ne peut alors partir d'une égalité qui n'existe pas en réalité. L'universalité n'étant pas la règle, la dignité qui la commande ne peut se poser en fondement de l'intervention du législateur, de l'intervention du droit en général. Ceci ne signifie pas qu'il faille ni que l'on puisse se passer de l'universalité. C'est un idéal, ce vers quoi il faudrait tendre. C'est ce qui devrait être, mais qui n'est pas. C'est le *sollen* au sens kantien, le *sein* étant l'inégalité. Comment alors partir de ce que l'on voudrait alors que le conditionnel présuppose justement que l'on veut parce que l'on n'a pas, parce que tout autre est la réalité. Il n'est alors pas possible de partir d'une égalité qui ne serait que pensée et pas éprouvée. Dans le monde réel dans lequel vit l'homme concret, il faut adapter les principes. Cependant « la dignité de la personne s'impose en toute occasion, me fait un devoir de traiter l'homme quel qu'il soit et quoi qu'il est fait toujours en même temps comme fin. La dignité au sens kantien est un absolu avec lequel on ne transige pas, un principe moral qui ordonne sans condition »⁶⁴⁹. Autrement dit on ne peut pas faire comme si la dignité ne postulait pas l'universel puisque l'on ne transige pas avec la dignité, on ne va alors pas pouvoir partir d'elle. Il n'est donc pas possible de revendiquer une dignité particulière pour la personne en situation de vulnérabilité (§1) L'universalité devient alors, et avec elle la dignité, le point d'arrivée ; on part de la situation spécifique pour réaliser la

⁶⁴⁹ M.C. CAGNOLO. Les droits fondamentaux de la personne handicapée : approche philosophique, in ,A. LECA (dir.), *Le handicap, droit, histoire et médecine*, PUAM 2004, 250p p.81.

dignité. La nécessité d'une protection particulière pour la personne en situation de vulnérabilité constitue alors, une exigence de dignité (§2).

§ 1 : LA REVENDICATION D'UNE DIGNITE PARTICULIERE POUR LA PERSONNE VULNERABLE

456. La dignité apparaît comme un moyen de pression non négligeable eu égard à la valeur morale dont la notion est chargée et aux valeurs auxquelles elle renvoie au moins dans l'esprit de tout un chacun. Dans un tel contexte favorable à la notion de dignité, dénoncer une atteinte à la dignité de la personne a pour avantage de prévenir, voire même de museler les éventuels contestataires. Parce que contester une atteinte à la dignité même non véritablement avérée, c'est se présenter automatiquement comme un ennemi de l'homme et nul ne saurait s'y risquer. Mais faut-il pour autant assimiler automatiquement vulnérabilité et atteinte à la dignité ? Est-ce réellement la dignité qui est atteinte par la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve une personne ? La réponse à cette question doit être tranchée. L'établissement d'un lien entre dignité et vulnérabilité en ce qu'il conduit à la revendication d'une dignité particulière pour la personne vulnérable doit être critiqué (A). Cette critique s'explique parce que ce lien conduit à une catégorisation et une stigmatisation de l'humain incompatibles avec les présupposés du principe de dignité (B).

A) LE REFUS D'UNE DIGNITE PARTICULIERE POUR LA PERSONNE VULNERABLE

457. Le point de départ de notre hypothèse est le constat de l'omniprésence du principe de dignité dans ce que nous appellerons le débat sur la vulnérabilité. Pour des raisons d'opportunité, on en appelle à la dignité à chaque fois que l'homme est menacé, sans que ce recours soit en adéquation avec les contraintes et le principe d'universalité qu'impose la notion de dignité. On assiste en effet à une explosion des recours à la dignité, à une multiplication des revendications au nom de la dignité. La dignité est partout, elle s'affiche dans toutes les branches du droit, elle s'affiche en tous lieux. Elle est celle des sans papiers, celle des femmes, celle du mourant, celle des enfants. La dignité se fait alors polyvalente, elle s'adapte à chacune des franges de la population qui en appelle à elle. Mais que cache cette revendication de dignité par chacune de ces catégories de personnes ? Faut-il reconnaître à

chacune de ces catégories une dignité ? La dignité due du fait de son appartenance à la catégorie dont on se réclame ? La réponse doit être négative. Ces personnes ne sauraient prétendre, du seul fait de la situation dans laquelle elles se trouvent, à davantage de dignité.

458. Il faut ici expliquer plus concrètement encore la situation que l'on dénonce, nous prendrons l'exemple de la personne handicapée. Pour rendre plus effectives les dispositions relatives à la protection de la personne handicapée, on crie à l'atteinte à la dignité en toutes circonstances dès lors qu'une personne handicapée est victime d'une discrimination, d'un mauvais traitement, plus largement d'une injustice. S'il y a un risque dans toutes ces hypothèses que la dignité de cette personne soit à terme menacée, on ne peut cautionner l'existence d'un recours systématique à la notion de dignité alors que d'autres voies de droit existent recouvrant la situation dénoncée. Il faut donc se garder de toute précipitation et rechercher avant de crier à l'atteinte à la dignité si le comportement incriminé n'est pas déjà pris en compte par le droit sur un autre fondement (discrimination, rupture d'égalité par exemple).

459. On constate ainsi l'émergence de catégories de populations qui constituent au sein de la communauté humaine des communautés réunies entre elles autour d'une caractéristique commune, physique, sociologique, d'une situation commune. C'est ce que M. Grataloup constate ainsi : « on connaît la vulnérabilité des personnes : celle de l'enfant maltraité ou de la femme minoritaire, celle de l'étranger sous la menace d'un éloignement du territoire, celle du délinquant exposé aux tortures policières »⁶⁵⁰. Ce sont des catégories de population que leur vulnérabilité commune a conduit à se regrouper : « afin de conjurer leur faiblesse (...). Source de protection, le groupe donne naissance à la vulnérabilité car cet état préexiste aux relations humaines. Simplement, le groupe favorise l'expression de la vulnérabilité dans ses différentes formes »⁶⁵¹. Ces catégories de population revendiquent des droits spécifiques en fonction de leur situation spécifique. Ces groupes ainsi constitués mettent en avant une atteinte à leur dignité afin de donner du poids à leurs revendications. C'est ainsi que se multiplient les dignités catégorielles, la dignité de la femme, la dignité de l'enfant, la dignité de la personne en situation de handicap, la dignité de la personne en situation irrégulière, la dignité du salarié.

⁶⁵⁰ S. GRATALOUP, La vulnérabilité de la règle de droit, in F. FIECHTER-BOULVARD (dir.) *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, 2000, p. 33-45.

⁶⁵¹ F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in La vulnérabilité de la règle de droit. F. FIECHTER-BOULVARD (dir.) *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit* PUG, Grenoble, 2000, p.13-32.

460. Le refus d'une dignité propre à chaque catégorie de personnes mérite d'être précisé. Postuler le refus d'une dignité particulière pour la personne handicapée, pour la femme, pour l'enfant, pour le sans abri, est *a priori* surprenant. En effet, on le voit tout de suite à l'énoncé des catégories. Elles concernent des personnes en situation de vulnérabilité sociale. Alors comment peut-on leur refuser une dignité particulière sans d'emblée apparaître inhumain, méprisant, cruel ? Mais il faut très vite préciser ici que ce n'est pas La Dignité en général que nous dénisons à ces personnes, ceci pour au moins deux raisons. La première raison est une raison de compétence pure et simple. Nul n'a la compétence (entendue ici au sens de pouvoir) de décider qui se verra attribuer ou non la dignité, parce que la dignité ne s'attribue pas, elle est un attribut conditionné par la seule qualité d'être humain. La seconde raison est d'ordre terminologique, notre intitulé postule le refus non pas de la Dignité en général pour ces catégories de personnes déterminées, mais le refus d'une dignité particulière. Il s'agit de catégories de personnes qui sont certes le plus exposées, dans un état de vulnérabilité plus important, mais ceci ne justifie pas pour autant de leur reconnaître une dignité spécifique. La dignité ainsi reconnue *ad hoc*, par son caractère contingent, serait vouée à disparaître en même temps que l'élément à l'origine de la « vulnérabilisation » de la situation dénoncée.

461. La dignité est une notion toute entière sous-tendue par le principe d'universalité au sens ici que la dignité postule avant toute chose l'égale appartenance de tous les êtres raisonnables à la communauté humaine. La dignité est par définition réfractaire à tout ce qui distingue les hommes entre eux. Elle réfute alors *a priori* tous les particularismes auxquels elle oppose une universalité parfois difficilement conciliables avec la situation particulière de chacun. C'est ici la vision de la dignité comme concept pur, posé pour un homme abstrait, pour l'*uomo universale*.

B) LE REFUS DE LA CATEGORISATION ET DE LA STIGMATISATION DE L'HUMAIN

462. Refuser une dignité particulière à la personne vulnérable revient à s'inscrire dans cette logique d'universalité qu'impose la dignité et qui entraîne le refus de la catégorisation de l'humain (1°) ainsi que le refus de la stigmatisation de l'humain. (2°).

1° Le refus de la catégorisation de l'humain

463. Reconnaître une dignité particulière à la femme, à l'enfant, à la personne handicapée... revient à s'inscrire dans ce mouvement qui dénature la dignité en admettant que celle-ci se décline en catégories, dignité des femmes, des travailleurs, des étrangers. Le critère de la dignité ainsi revendiquée et que nous qualifierons de catégorielle n'est plus directement l'appartenance à la communauté humaine, mais l'appartenance à une communauté appartenant à la communauté humaine. C'est alors la dignité d'une « humanité par ricochet » pourrait-on dire. Cependant, une telle attitude dénote d'une confusion de plus en plus fréquente entre l'atteinte à la dignité et la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve une personne. Cette confusion est telle que l'on peut même parler d'un amalgame entre vulnérabilité et dignité. Derrière cet amalgame, il y a cependant une intention fort louable d'assurer une protection particulière, à ces personnes dans des situations particulières. La vulnérabilité parce qu'elle affaiblit l'homme et qu'elle l'expose à plusieurs risques au rang desquels celui de l'exclusion, suscite un instinct protecteur. La volonté de protection est légitime, cependant, faut-il pour autant assimiler la vulnérabilité à l'atteinte à la dignité ? L'assimilation est compréhensible, puisque c'est la fragilité de l'homme qui a conduit la plupart des Etats eu égard aux atrocités commises pendant la seconde guerre mondiale, à revendiquer une dignité, la dignité de cet homme affaibli et que l'on a voulu réduire à n'être rien. La dignité est alors érigée en rempart ultime de la défense de l'homme. Mais ceci revient à faire de la vulnérabilité un critère de la dignité, or il n'en n'est rien. La vulnérabilité, la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve une personne ne justifie pas plus de dignité mais une attention particulière de la société, des pouvoirs publics, du droit. Cette protection accrue si elle est effectivement justifiée et indispensable, ne saurait se fonder sur la dignité mais sur la situation de faiblesse dans laquelle se trouve une personne. Refuser la reconnaissance d'une dignité particulière à la personne vulnérable revient à dire que la personne ne saurait prétendre du seul fait de sa vulnérabilité à plus de dignité : la vulnérabilité n'est pas source de plus ou moins de dignité. La seule « condition » pour la dignité, c'est l'humanité. Ce n'est donc pas la vulnérabilité qui justifie que certains comportements soient qualifiés d' attentatoire à la dignité mais la finalité de ceux-ci, traiter l'homme comme un moyen et non comme une fin⁶⁵². La dignité est donc avant tout une valeur qui rassemble malgré les différences et non cette valeur qui divise du fait de la différence.

⁶⁵² N. MARRET, La dignité humaine en droit, Thèse dactylographiée, Toulouse, 2000. L'auteur met en garde contre cette tendance à confondre atteinte à la dignité et situation de vulnérabilité : « les actes conduisant à son

464. Plus qu'une catégorisation de l'humain c'est l'opposition de catégories aussi instituées et constituées, au reste de l'humanité que l'on cherche à éviter. En effet, il faut toujours remarquer que ces catégories se constituant créent *de facto* mais nécessairement, une catégorie « directement adversaire » contre laquelle elles s'érigent en catégories défavorisées. La constitution de ces catégories se fait en réaction d'une situation jugée inégalitaire. Le regroupement par catégories semble donc être allié à la revendication de dignité en vue d'obtenir une attention particulière, une situation sociale et juridique améliorée. Cette catégorisation a pour conséquence de faire de la dignité une valeur de la contestation en plus d'une valeur catégorielle. En effet, les femmes revendiquent leur dignité, une dignité des femmes en réaction à la situation des femmes par rapport aux hommes, entendue ici comme une opposition entre les deux sexes. La dignité des personnes handicapées démontre un rassemblement des personnes en situation de handicap pour dénoncer une inégalité de traitement par rapport aux personnes valides. M. Ast parle ainsi de la montée en puissance de ces « groupes-cibles » auxquels il faut reconnaître une protection particulière⁶⁵³. La dignité est contre la divisibilité des hommes en catégories. La notion même de dignité de telle ou telle catégorie de personne dénature la notion de dignité. Derrière ces revendications, il ne s'agit plus directement d'en appeler à sa seule qualité d'homme. La dignité est la marque de la différence de l'homme par rapport aux autres êtres et ne saurait être la marque de la différence de tel homme par rapport à tel autre. Reconnaître une dignité variable en fonction de la situation de chacun, c'est courir le risque d'un glissement sémantique de la notion de dignité. Elle ne serait plus la marque de la différence de l'homme par rapport aux autres êtres vivants. Elle serait tout simplement la marque d'une différence quelle qu'elle soit à condition que derrière cette différence, il y ait une protection accrue et la reconnaissance de droits spécifiques pour faire face à des situations spécifiques. Un tel glissement sémantique affaiblirait la valeur de la notion. De valeur éminente de tous les hommes elle deviendrait la valeur revendiquée par ceux qui souffrent, ceux qui sont dans une situation délicate.

2° Le refus de la stigmatisation de l'humain

465. Au-delà de l'argument tiré de la catégorisation de l'humain, le discours psychologique et philosophique s'attache également à mettre en garde contre cette assimilation quasi-

irrespect par la négation du caractère humain de l'homme ne sous entendent pas un degré dans la valeur protégée, en fonction de la qualité de la victime ou du destinataire.

⁶⁵³ F. AST, Les Droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l'Union européenne. In, *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*. P. 79-97

automatique entre dignité et vulnérabilité. En effet, derrière cette assimilation de la vulnérabilité à l'atteinte à la dignité se cache une vision du sujet qui peut être critiquable, celle d'un sujet passif. Une telle assimilation doit être critiquée en ce qu'elle stigmatise l'humain. La stigmatisation de l'humain peut s'entendre ici du fait d'enfermer la personne dans sa situation. Il en résulte une impossibilité pour elle d'échapper à sa condition, de la dépasser. Le sujet dans le discours de la vulnérabilité apparaît comme un être passif qui subit plus qu'il n'agit. Ce discours stigmatise la personne en se focalisant sur l'élément à l'origine de la vulnérabilité.

466. Des travaux menés par des chercheurs dans les années 1980-1990 sur les conséquences du chômage et plus largement de la précarité sur la vulnérabilité des sujets viennent contester une telle vision du sujet. La psychologie sociale dénonce cette attitude qu'elle appelle « approche privative » : « Ce point de vue donnerait à penser que les personnes précarisées n'ont aucune prise sur l'accomplissement de leurs actes et dans la définition de leurs besoins »⁶⁵⁴. A cette approche privative, la psychologie sociale oppose une approche active qui consiste à voir dans le facteur à l'origine de la vulnérabilité non plus « un stressor objectif mais un stressor potentiel, parce qu'il concerne un individu actif, capable de mobiliser des ressources internes et externes et de mettre en œuvre des stratégies pour y faire face »⁶⁵⁵.

467. La philosophie conteste également cette attitude avec le même refus de voir dans le sujet un être passif et pose la nécessité de ne pas réduire l'autre à ce qui fait sa différence. Cela ne signifie pas ne pas tenir compte de sa spécificité, de sa singularité. C'est là que la dignité s'impose comme ce vers quoi on tend, car elle prône en dépit de tout, la ressemblance au-delà des différences. On ne peut alors revendiquer une dignité du fait de notre statut de personne vulnérable. On peut revendiquer une protection particulière pour nous permettre d'aller vers la dignité. La « lutte » devient alors une lutte vers l'universalité contenue dans l'idée de dignité. « La dignité renvoie à la notion de libération de l'oppression, dans un premier temps, mais aussi de libération intérieure ; celle qui consiste à apprendre à se dé-conditionner, à résister aux violences symboliques, à advenir sujet. Le sujet n'est pas premier, il est une tâche »⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ M-P. CAZALS-FERRE et M-C. LLORCA, Précarité et vulnérabilité : notions et approches, in *Précarité et vulnérabilité psychologique : comparaison franco-portugaises*. Erès, Ramonville Saint-Agne, 2004, 247p. p. 29-40. Ces études sont menées sur les conséquences psychologiques du chômage et de la précarité de manière plus large, on apprend alors, l'auteur reprend les conclusions de différents travaux portant sur le sujet et ses conclusions sont édifiantes, « ces chercheurs partent du postulat que l'absence d'emploi ne peut être systématiquement assimilée à une situation inéluctablement dégradante et contestent l'idée d'un sujet passif. »

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ F. POCHE, *Une politique de la fragilité : éthique, dignité et luttes sociales*. Les éditions du Cerf, 2004, 257p. spéc. p. 157

Revendiquer Une dignité du fait de la vulnérabilité contribue alors à figer la personne dans sa fragilité alors que la dignité postulant l'universalité, impose le dépassement de la vulnérabilité. Elle pose une universalité malgré la différence, malgré la vulnérabilité. Comment concilier dignité et vulnérabilité, comment prendre en compte l'impératif d'universalité et les exigences de spécificités ? Ce n'est qu'en donnant, à la dignité une forme qui réponde à tous ces impératifs que l'on parviendra à s'approcher de ce qu'elle est réellement. La dignité ne peut donc pas constituer le point de départ de la protection de la personne en situation de vulnérabilité, elle en est la finalité. Pour atteindre cette finalité, il va falloir respecter impérativement des exigences de dignité. La dignité est donc la fin mais aussi le moyen. Elle est le principe directeur ultra directif qui devrait s'imposer au législateur et lui imposer ses exigences. La dignité impose alors une protection particulière pour la personne en situation de vulnérabilité.

§ 2 : LA NECESSITE D'UNE PROTECTION PARTICULIERE DE LA PERSONNE VULNERABLE, UNE EXIGENCE DE DIGNITE

468. On va distinguer deux hypothèses. La première concerne la protection « normale » de la personne vulnérable et dans cette protection, le rôle de la dignité est surévalué, puisque indépendamment de toute référence explicite à ce principe, la protection de la personne est un objectif fondamental dans toute société démocratique (A). La seconde hypothèse concerne la protection de la personne qui se retrouve dans une situation de vulnérabilité du fait de son agir répréhensible. Il s'agit essentiellement de la personne privée de liberté et de la personne étrangère en situation irrégulière qui sont de fait dans une situation de vulnérabilité certaine, coupables certes, mais humaines avant tout. C'est ce que prescrit la dignité en tant que principe directeur ultra directif. Dans tous les cas, il faut se souvenir que c'est d'un homme dont il s'agit et agir en conséquence. Le rôle de la dignité dans cette seconde hypothèse est déterminant puisque seule la dignité permet de livrer quelle que soit la situation, le vrai visage de l'homme (B).

A) LA PROTECTION DE LA PERSONNE VULNERABLE, BUT LEGITIME DE LA SOCIETE DEMOCRATIQUE

469. La vulnérabilité n'est pas un thème juridique nouveau. La vulnérabilité a toujours été prise en compte en droit. La protection du plus faible constitue l'exigence sociale par excellence. C'est la vulnérabilité de la personne qui donne tout son sens à la règle de droit (1°). La vulnérabilité est prise en compte en droit indépendamment de toute référence à la dignité. Ce qui peut nous amener à nous interroger sur l'utilité du recours explicite à la dignité pour garantir cette protection (2°).

1° La protection de la personne : la finalité de toute association politique

470. Avant de constituer la société, civile l'homme est réputé avoir vécu dans un état de nature, même si on admet à la suite de certains auteurs que l'état de nature n'est qu'une « hypothèse « permettant d'appréhender ce que pourrait être l'homme sans la société, (...) et d'affirmer le caractère inévitable de la société pour l'homme »⁶⁵⁷. Les avis divergent sur la situation de l'homme dans cet état de nature. Cependant, « l'optimisme est loin d'être de rigueur, si l'on excepte Locke et Rousseau qui veulent y déceler, au-delà de violences toujours latentes, « un état de parfaite liberté et d'égalité » et « l'âge heureux du paradis »⁶⁵⁸. L'opinion la plus répandue est que dans l'état de nature l'homme se retrouve à la merci de l'autre. Il s'agit d'un état anarchique dans lequel survit qui peut. On retrouve cette idée notamment chez Kant dans la *Doctrine du droit*⁶⁵⁹. L'état de nature est un état dans lequel les conflits sont latents. Il s'agit surtout d'affirmer que dans cet état règne la loi du plus fort. Chacun y vit ou y survit selon ses capacités et aptitudes naturelles. Ainsi « l'homme considéré sans la société ne peut que subir la solitude et le poids de ses handicaps physiologiques »⁶⁶⁰. En effet, en posant l'hypothèse de l'état de nature, il s'agit surtout de donner davantage de poids à la réunion des hommes, à la constitution de la société. Dans l'état de nature, chaque homme est seul, n'obéissant qu'à sa propre loi et ne se souciant pas véritablement de l'autre. « Sa première loi est de veiller à sa propre conservation, ses premiers soins sont ceux qu'ils se doit à lui-même, et, sitôt qu'il est en âge de raison, lui seul étant juge

⁶⁵⁷ F. TOURETTE, *op.cit.*, p.78

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ E. KANT, *Doctrine du Droit*, Bibliothèque de la Pléiade. Gallimard, 1986.

⁶⁶⁰ F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et droits de l'homme : Analyse de l'obligation juridique et des moyens des pouvoirs publics français dans la lutte contre l'extrême pauvreté*. LGDJ, Paris, 2001, P.78.

des moyens propres à se conserver, devient par là son propre maître »⁶⁶¹. L'homme a alors besoin de la société pour le protéger. Quelle que soit leur conception de la situation de l'homme à l'état de nature, les auteurs se retrouvent sur la nécessité pour l'homme d'entrer en société afin d'obtenir une protection à laquelle il ne peut légitimement pas aspirer dans un état de nature. En effet, l'état de nature est caractérisé par le règne du chacun pour soi, or l'homme faible n'a pas beaucoup de chance d'y rencontrer de la sollicitude. Il n'est pas assez armé pour faire face au plus fort. Certains auteurs, peut-être davantage par souci de légitimer la constitution de la société que par véritable conviction, n'hésitent pas à décrire l'état de nature comme un état où en plus de l'anarchie règne la barbarie. La sauvagerie humaine y serait sans limites. Dans l'état de nature, l'homme n'aurait alors pas le souci de l'autre, et pire encore, il n'hésiterait pas à dévorer l'autre si sa propre survie en dépendait. « Il en résulte un état de violence et de souffrance perpétuelle. L'homme est mis face à ses semblables, aux autres animaux et à la nature affublé de ses seules forces et faiblesses, et il risque d'y perdre la vie. En conséquence, par nécessité, il est poussé à s'associer avec d'autres. L'association peut lui procurer des sécurités et la possibilité d'exploiter l'ensemble des richesses de la terre (...) L'état de nature est alors un enfer dont il faut s'échapper même au prix d'une aliénation totale »⁶⁶². Le but de toute association politique, le but même de la réunion des hommes est alors la protection de chacun au sein de la société. Rousseau n'hésite d'ailleurs pas à reconnaître lui-même malgré la félicité que l'homme peut trouver dans l'état de nature que : « le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir »⁶⁶³. La constitution de la société n'est donc pas souhaitable que pour le plus faible. La volonté de s'associer ne doit pas être l'apanage de la personne qui n'a pas été dotée de capacités naturelles, lui permettant d'assurer seule sa protection, ou lui permettant d'asseoir une quelconque domination sur les autres. Car même dans le cas où le plus fort peut dominer, cette domination ne serait que temporaire. Et viendra le jour où il rencontrera plus fort que lui et sera alors dans une situation de faiblesse peu envieuse. Il faut alors se résoudre à constater que les hommes sont « parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature, l'emportent par leur résistance sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. (...) » Il est alors plus que temps de « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle, chacun s'unissant à tous, n'obéisse

⁶⁶¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Livre I, Chapitre II

⁶⁶² F. TOURETTE, *op.cit.* p.79

⁶⁶³ J.-J. ROUSSEAU *Du Contrat Social*, Livre I, Chapitre III.

pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution »⁶⁶⁴. Il s'agit alors de donner pour recevoir mieux et par conséquent, le bien que l'on tire par cette aliénation volontaire est plus grand que ce à quoi on a renoncé par l'aliénation. Ce bien plus grand est la protection de la loi. « Soumis à la vulnérabilité, les êtres humains se regroupent afin de conjurer leur faiblesse. L'homme est un être social et le groupe dans lequel il s'insère est un remède social à un mal individuel »⁶⁶⁵

2° Le caractère superfétatoire de la référence à la dignité

471. Il existe en effet déjà une véritable prise de conscience de la nécessité de protéger la personne la plus vulnérable. La notion de vulnérabilité est déjà prise en compte elle-même en droit, comme un « phénomène sociologique constituant, parfois, le socle du contenu des normes constitutionnelles »⁶⁶⁶. Cette prise en compte existe indépendamment de toute référence à la dignité, sans qu'il soit besoin de postuler une dignité particulière pour la personne vulnérable. Assimiler la notion de vulnérabilité à celle de dignité, revient finalement à postuler qu'une meilleure protection ressortira de ce « mariage forcé ». Et *a contrario*, on peut penser que la vulnérabilité ne serait pas assez forte à elle seule pour justifier l'intervention du droit, ce qui n'est pas tout à fait exact. Le recours à la notion de dignité renforcerait les prétentions, donnerait davantage de poids aux revendications. La dignité permet-elle finalement une meilleure prise en compte juridique, ou même sociale de la vulnérabilité ? Il est permis d'en douter, notamment lorsque l'on sait que les juges confrontés au critère, à « l'argument dignité » invoqué par les parties, ne font pas systématiquement « gagner » cet argument. L'argument tiré de la dignité n'est donc pas systématiquement opérant⁶⁶⁷. Le poids de la dignité sur le traitement juridique de la vulnérabilité apparaît bien plus psychologique que juridique. Soulever une atteinte à la dignité en justice n'est pas

⁶⁶⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Livre I, Chapitre III.

⁶⁶⁵ F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in F. FIECHTER-BOULVARD (dir.) *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, 2000, p. 13-32

⁶⁶⁶ F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, 2000, p. 13-32

⁶⁶⁷ Voir en ce sens notamment, s'agissant de l'invocation de la dignité de manière générale à l'occasion d'un procès. HENNETTE-VAUCHEZ. Et C. GIRARD *Voyage au bout de la dignité (dir.) Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine* Voir L. JEANIN Fonctions interprétatives et enjeux de l'usage de la notion de dignité appliquée à l'article 3 CEDH, in C.-A. CHASSIN (dir.) *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 101-119

nécessairement une « garantie de victoire ». Ce recours à la notion de dignité traduit avant tout un sentiment d'impuissance de ces populations et une volonté de protection, sans pour autant que l'association dignité- vulnérabilité ne produise toujours l'effet escompté⁶⁶⁸. En effet, la dignité ainsi brandie, est perçue comme une arme plus ou moins efficace entre les mains des revendicants. Il s'agit alors plutôt d'une habitude qui s'installe, de manière quasi-automatique, sans que la dignité ne soit réellement en cause dans toutes ces hypothèses. Et c'est alors là, quand la dignité devient une facilité de langage, quand le recours à la dignité devient un « tic » du discours, une manie, que le danger de la dévaluation, de la dévalorisation de la notion guette. Ce qui dérange également c'est le fait finalement que la dignité devienne, l'objet du discours de la vulnérabilité en générale, de toutes les vulnérabilités. En effet, si l'on peut encore comprendre, le souci de la dignité dans le discours sur la pauvreté, la misère et l'exclusion, on peut cependant rester sceptique face à la revendication de plus de dignité pour la personne handicapée, pour la femme, pour l'enfant. La vulnérabilité peut alors bien être prise en compte dans une optique de dignité, mais ce n'est pas la dignité qui fonde, qui constitue le point de départ de cette prise en compte de la vulnérabilité. C'est la vulnérabilité, la situation de faiblesse dans laquelle se trouvent ces personnes fragiles et fragilisées. Le droit organise alors une protection pour la personne vulnérable et le recours systématique au principe de dignité apparaît très vite superfétatoire. C'est dans ce sens que Mme Maurer⁶⁶⁹ justifie l'absence de la dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant de l'application de l'article 3 relatif aux traitements inhumains et dégradants et à la torture. L'auteur s'interroge notamment sur l'absence formelle de la dignité dans la décision rendue par la Cour dans l'arrêt *Aksoy c/ Turquie* du 18 décembre 1996 qui constitue la première condamnation d'un Etat pour torture. L'auteur se demande alors même que la Cour européenne retient dans ce cas précis, que le requérant était traité « en objet aux mains de la puissance publique », pourquoi elle ne fait pas référence au principe de dignité ?

⁶⁶⁸ On peut à cet égard citer l'évolution du recours à la notion de dignité dans la jurisprudence sur le droit à l'image. La dignité est en quelque sorte appelée « en renfort », pour constituer l'ultime rempart contre une liberté d'expression et un droit à l'information qui semblent gagner de plus en plus de terrain, et semblent de plus en plus difficile à contenir. Le recours à la dignité est en l'espèce surtout un moyen de marquer l'indignation et ne constitue pas un véritable outil efficace contre la liberté d'expression. En effet, alors que l'argument tiré de l'atteinte à la dignité est opérant dans l'affaire *Erignac*, il ne l'est plus dans une affaire où la victime photographiée est un anonyme, rien ne permettant cependant de justifier la différence des solutions. Ce qui montre bien au contraire le caractère inefficace du principe de dignité et sa nature de principe marquant l'indignation, bien plus que de principe juridique effectif. Voir notamment D. BAKOUCHE, Liberté de la presse et dignité de la personne humaine, *JCP. G.*, 2004, II, 10186, voir aussi D. BAKOUCHE, Licéité de la publication de l'image des personnes directement impliquées dans un événement, *JCP. G.*, 2004, II., 10122 ; I. CORPART, La dignité de la victime photographiée face à la liberté de la presse, *D.* 2005, jur., p.696 ; J. RAVANNAS, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 2001, *JCP. G.* II, 10488.

⁶⁶⁹ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme, op.cit.*, p. 277

Pour l'auteur, il s'agit simplement pour la Cour d'éviter de recourir de « manière tautologique »⁶⁷⁰ au principe de dignité. Ce principe n'aurait en l'espèce rien ajouté à la qualification »⁶⁷¹. L'auteur retiendra dans une autre affaire, pour justifier l'absence formelle de la dignité le caractère superfétatoire du principe⁶⁷².

B) LE RÔLE DETERMINANT DU PRINCIPE DE DIGNITE DANS LA PROTECTION DE LA PERSONNE VULNERABLE

472. La dignité va s'avérer déterminante dans la protection de la personne vulnérable, lorsque la situation de vulnérabilité est consécutive à l'action de la personne vulnérable, lorsque la personne est « responsable » de la situation délicate dans laquelle elle se retrouve. La dignité va s'avérer déterminante en ce qu'elle rappelle que quoi que la personne fasse, elle demeure une personne humaine avant tout. La dignité affirme la permanence de l'être en toutes circonstances. Il conviendra de s'arrêter sur le sens et les incidences de cette idée de « permanence de l'être » (1°). Nous tenterons ensuite de démontrer l'influence de cette idée sur l'évolution de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (2°) et sur la protection accordée à la personne en situation irrégulière (3°).

1° L'idée d'une permanence de l'être.

473. Cette idée est prise en compte par le droit au travers d'un certain nombre de mécanismes qui assurent des droits à la personne en toutes circonstances (b). Pour comprendre cette idée, il faut revenir quelques instants sur l'ambivalence de la notion de dignité (a).

a) La dignité comme notion ambivalente

474. Logiquement, la dignité impose de permettre à toute personne d'être mise en condition de réaliser au mieux les potentialités de son être. Dans cette optique, le droit positif doit tendre à assurer à chacun les conditions optimales pour développer sa personnalité, pour actualiser sa dignité. Il faut bien se garder de confondre l'être et l'agir de la personne⁶⁷³. La

⁶⁷⁰ *Ibid.*

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ Voir, nos développements, Première partie, Titre second, Chapitre 1, Section 2, paragraphe 1.

personne n'est pas totalement ce qu'elle agit. En effet, la dignité de l'être est bien distincte de la dignité de l'agir, ce qui a pour conséquence, la permanence d'une obligation de respect d'un être dont l'agir est répréhensible. Il y a deux conséquences importantes à tirer de cette dignité de l'agir, d'une part, il faut permettre à la personne de pouvoir se réaliser dans les meilleures conditions ; d'autre part il faut garantir à la personne que quoi qu'elle fasse, elle conserve cette dignité liée à sa seule humanité.

475. La manière dont la personne actualise sa dignité n'a aucune incidence sur ce que cette personne est intrinsèquement. La distinction entre la dignité de l'être et la dignité de l'agir a pour conséquence une dissociation entre ces deux manières de dire la dignité. La dignité essentielle⁶⁷⁴ qui définit ce qu'est la personne et qui est à ce titre permanente. Elle commence et s'achève avec l'existence de la personne. Et la dignité qui s'attache aux actes et actions de la personne, la dignité personnelle qui caractérise la réalisation par la personne des potentialités de son être. Il y a en même temps entre les deux dignités une différence de degré. La dignité de l'être est première et supérieure à la dignité de l'agir, puisque l'on ne peut logiquement agir que si l'on est. Et aussi surtout parce que notre agir ne rejaillit pas sur notre être. Cela ne signifie pas que la personne ne puisse être tenue responsable de son agir, surtout lorsque cet agir est indigne. Cela signifie surtout que malgré l'agir, il faudra se souvenir que la sanction devra tenir compte de la permanence de l'être.

476. Cette primauté de l'être par rapport à l'agir, et surtout le fait que l'être soit hors de portée de l'agir, reçoit une traduction forte dans la tradition religieuse. Parce que dans une perspective religieuse, c'est l'agir indigne de l'homme qui cause sa chute, le pêché originel. Mais, cet agir même s'il condamne l'homme, ne lui retire pas l'amour du Père et surtout, ne remet pas en question sa place dans la hiérarchie des êtres⁶⁷⁵. C'est ainsi que la dignité est posée en principe absolu. L'absolu renvoyant alors à une certaine permanence et à une intemporalité certaine. Cette intemporalité est la condition même de la dignité, parce qu'il y a derrière finalement ce qui peut être considéré finalement comme quelque chose d'inchangeable, (cette permanence de l'être) tout à gagner pour l'homme. En effet, la permanence permet de se rassurer puisque quoi que l'homme fasse, quoi qu'il devienne, il y a un élément qui en lui demeure inchangé. La dignité constitue alors une boussole, un point de repère fixe vers lequel on se tourne quand on croit avoir perdu l'homme. On ne peut ici manquer d'en référer, n'en déplaise aux doctrines positivistes, à l'idée d'un droit naturel, et surtout, au-delà de la querelle jusnaturaliste/positiviste, à l'idée de quelque chose d'inhérent à

⁶⁷⁴ J-F. POISSON, *La dignité humaine, op.cit.*, p. 124p, p.96

⁶⁷⁵ Voir nos développements en ce sens, Première partie, Titre premier, Chapitre 1, Section 1, paragraphe II.

l'homme. La dignité serait un droit naturel préexistant à toute construction juridique⁶⁷⁶. Cette permanence de l'être reçoit en droit une traduction au travers de la notion d'intangibilité des droits.

b) La traduction juridique de l'idée de la permanence de l'être

477. L'idée de la permanence de l'être est traduite juridiquement par la notion d'intangibilité⁶⁷⁷ des droits. On a ainsi vu émerger sur le plan international un noyau de droits dits intangibles parce que quelles que soient les circonstances, l'Etat ne peut y porter atteinte. L'histoire des droits de l'homme est surtout l'histoire de la recherche d'un équilibre entre la souveraineté de l'Etat et l'intérêt de la nation d'une part et les droits fondamentaux d'autre part. Pendant longtemps, la souveraineté de l'Etat et l'intérêt de la nation ont primé. Il était admis que lorsque cela était nécessaire et notamment en temps de crise, l'Etat pouvait apporter toutes les restrictions qui s'imposaient aux droits fondamentaux, sans qu'il y ait besoin de distinguer au sein de ces droits entre des droits intangibles et des droits auxquels il était permis de déroger. Progressivement, l'idée d'un noyau dur de droits fondamentaux va s'imposer et va constituer une limite aux pouvoirs de l'Etat même en temps de crise. Le contexte dans lequel cette idée s'impose est celui de la prise de conscience de la nécessité d'assurer la préservation de la dignité de la personne. M. Meyer-Bisch affirme ainsi : « Le principe d'indivisibilité indique le plus *simplement* dans les droits de l'homme au-delà de toutes les distinctions nécessaires, la dignité humaine manifestée dans le corps et sa parole »⁶⁷⁸. C'est l'idée même d'une primauté de la personne qui s'affirme et s'impose de plus en plus comme une évidence que le droit ne peut plus ignorer. Ainsi au sein même des droits fondamentaux, s'est établie une distinction entre les droits dits non-dérogeables ou intangibles, et les droits dérogeables.

478. Il a été conventionnellement établi que seuls quatre droits étaient non susceptibles de dérogations ni de limitations, ce sont les droits énoncés à l'article 15 de la Convention

⁶⁷⁶ B.MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? *D.*, 1996, chron, p. 282.

⁶⁷⁷ Voir notamment sur la notion même d'intangibilité, O. de FROUVILLE *L'intangibilité de Droits de l'Homme en Droit international*. A. PEDONE, Paris, 2004, 561p ; voir également P. FRUMER La renonciation aux droits et libertés : la convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle, Bruylant, 2001, 752p. P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*. Editions universitaires de Fribourg, Suisse, 1992. 401p.p.266-267. F. SUDRE Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la convention européenne des droits de l'homme ? in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*. Bruylant, Bruxelles, 1995, 483P, p. 381-398.

⁶⁷⁸ P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme : l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*. Editions universitaires de Fribourg, Suisse, 1992. 401p.p. 267

européenne des droits de l'homme (CESDH) : il s'agit du droit à la vie (art.2), de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art.3), de l'interdiction de l'esclavage (art 4-1), et enfin la non- rétroactivité de la loi pénale (art.7). Ces quatre droits constituent un minimum admis par tous les Etats, cependant, certaines conventions ont complété cette liste. C'est ainsi que la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969, qui dans son article 27 qualifie de droits non-dérogeables, outre les quatre droits « classiques », le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (art.3), le droit à l'intégrité de la personne (art.5), la liberté de conscience et de religion (art.12), la protection de la famille (art.17), le droit à un nom (art. 18), les droits de l'enfant (art.19), le droit à une nationalité (art. 8).

479. Ceci montre bien que l'idée même d'un noyau intangible est bien largement admise, cependant le contenu de ce noyau est soumis à la volonté des Etats. C'est la confirmation de l'hypothèse d'une fondamentalité que l'on impose bien plus qu'elle ne s'impose. En effet, l'idée d'une indivisibilité des droits découlant de l'indivisibilité du sujet ne correspond pas à la réalité. Que la dignité fonde tous les droits de l'homme est une chose, que le droit accorde la même protection à tous les droits de l'homme en est une autre. Comme nous y invite M. Sudre, il est sage de distinguer entre la question « de la nature des droits de l'homme et de leur indivisibilité qui ne relève pas du droit, et celle de l'aménagement des droits de l'homme par le droit qui intéresse le juriste »⁶⁷⁹.

480. Mme Gimeno Cabrera établit une distinction au sein des droits fondamentaux entre le contenu essentiel des droits fondamentaux et le minimum inaltérable de ces droits. Alors que le contenu essentiel est surtout une garantie institutionnelle qui s'impose au législateur « lorsqu'il limite le champ d'application des droits fondamentaux »⁶⁸⁰, le minimum inaltérable s'impose à tous. Le minimum inaltérable n'est cependant reconnu par l'auteur qu'aux droits fondamentaux qui participent à la réalisation de la dignité humaine. Il constitue un instrument d'interprétation des droits fondamentaux qui permet au juge d'assurer le « minimum d'estime que la personne mérite en tant qu'être humain »⁶⁸¹. (...) Seule la notion de minimum

⁶⁷⁹ F. SUDRE, Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la convention européenne des droits de l'homme ? in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*. Bruylant, Bruxelles, 1995, 483P., p. 381-398.

⁶⁸⁰ V. GIMENO CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol.*, op. cit, P.281

⁶⁸¹ Il s'agit d'une formule employée par le juge constitutionnel qui est à l'origine de cette notion de minimum inaltérable. STC 120/ 1990 27-06 1990. cité par V. GIMENO CABRERA, op.cit., p.281

inaltérable est indissociable du principe de dignité et définit un niveau de protection irréversible qui lie les individus, le juge, le législateur »⁶⁸².

481. Qu'il s'agisse des notions de droits intangibles, ou de minimum inaltérable elles ne permettent de rendre compte que de manière très restrictive de ce que le principe de dignité impose, il s'agit surtout de se limiter au cas où le principe de dignité constitue une limite contre l'arbitraire. Mais on constate qu'indépendamment de ces garanties qui constituent surtout l'assurance d'une protection contre un traitement inhumain, indigne, la notion de dignité contient une autre dimension qui impose d'avoir à l'égard de l'individu un comportement humain. Il ne s'agit plus simplement de s'abstenir d'un traitement inhumain, mais il s'agit d'appliquer un traitement humain. La dignité invite selon nous, le droit à la clémence lorsqu'il est amené à sanctionner une personne dont l'agir est contraire à la loi. L'idée même de dignité essentielle amène à considérer cette personne malgré tout comme une personne humaine et dans une perspective lévinassienne comme une personne vulnérable. Le fait simplement d'être une personne humaine justifie que certaines garanties nous soient reconnues lorsque nous ne sommes pas en droit de revendiquer de l'Etat les conditions optimales de réalisation de notre personnalité. Il faut donc bien comprendre que ce ne sont plus des droits intangibles que l'on revendique, mais en plus des droits intangibles, des droits minimaux qui se justifient spontanément par le fait que nous sommes et demeurons une personne humaine, titulaire d'une dignité inchangée par nos actes. C'est cette idée selon laquelle, il y a chez l'homme quelque chose qui impose de toujours le traiter comme une fin en soi. Il va alors falloir au niveau de l'élaboration de la règle de droit et au niveau de son application, prendre en compte cet « irréductible humain »⁶⁸³ et lui attacher des droits irréductibles. Si « l'irréductible humain » est une notion objective, sa protection s'avère subjective dans la mesure où l'on va être amené à déterminer pour chaque personne, le traitement adapté, tout en définissant un socle commun pour toutes les personnes dans la même situation. Ce sont les deux facettes de la dignité, universalité et singularité au sein de l'universalité. Ceci nous amène à formuler une hypothèse différente, celle selon laquelle, la dignité justifie un ordre public de protection qui comprendrait outre les droits dits intangibles, une protection minimale pour la personne en situation de vulnérabilité. La spécificité de cet ordre public serait qu'il intervienne hors temps de crise menaçant les intérêts de la nation et

⁶⁸²V. GIMENO-CABRERA, *op.cit.*, p.281.

⁶⁸³ L'expression est empruntée à M. DELMAS-MARTY, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain*, RSC., 1994, p.477.

s'applique également à la personne vulnérable, lorsque cette vulnérabilité a été « provoquée » par cette dernière.

482. La dignité en tant que principe directeur ultra directif va constituer une résistance contre des intérêts pourtant légitimes. C'est le cas notamment lorsque la personne vulnérable est « responsable » de sa propre vulnérabilité, c'est-à-dire que la personne en situation de vulnérabilité ne doit sa situation qu'à ses propres actes. Indépendamment des raisons qui l'ont poussé à agir, lorsque l'on se place du point de vue du seul acte commis, cet acte est répréhensible et entraîne la responsabilité de la personne. Le fait que cette personne soit amenée à répondre de ses actes, ceci essentiellement devant la loi, la place paradoxalement dans une situation de vulnérabilité, mais la dignité là encore se dresse comme un rempart et rappelle que la sanction doit respecter cet « irréductible humain ». Il convient de prendre deux exemples pour expliciter notre propos.

2° L'évolution de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme

483. L'évolution de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est symptomatique de cette influence déterminante jouée par la dignité dans la protection de la personne en situation de vulnérabilité. La dignité en tant que principe directeur ultra directif exige classiquement que la personne humaine soit protégée contre les traitements inhumains (a), mais justifie également la garantie d'un traitement humain à cette personne en situation de vulnérabilité (b)

a) La protection classique contre les traitements inhumains

484. L'article 3 dispose : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». La notion de dignité est visée pour la première fois par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire rendue à propos d'une peine corporelle infligée à un jeune garçon⁶⁸⁴. Il faudra cependant attendre les années 1990 pour que le principe soit expressément visé par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'application de l'article 3 au bénéfice d'une personne privée de liberté. Ce sera à l'occasion de l'arrêt *Ribitsch*⁶⁸⁵ rendu à propos de violences policières commises lors d'une garde à vue. La cour retient « qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de

⁶⁸⁴ CEDH, *Tyrer c/ Royaume-Uni* 25 avril 1978 Série A, n° 26.

⁶⁸⁵ CEDH, *Ribitsch*, 4 déc. 1995, Série A, n°336.

la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la *dignité humaine* et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 ». L'article 3 est initialement destiné à protéger *toute* personne contre les traitements inhumains ou dégradants et est conçue « comme une réponse aux crimes abominables du nazisme »⁶⁸⁶. La combinaison de cet article avec le principe de dignité contribue à faire de cet article l'arme principale de protection de la personne privée de liberté. Ainsi pour Mme Maurer, « quand le principe de liberté est limité à l'extrême, plus que jamais, celui de la dignité humaine demande à être réaffirmé et garanti »⁶⁸⁷. La protection n'intervient à l'origine *que* contre les traitements inhumains et dégradants. C'est l'arrêt *Tyrer* du 25 avril 1978 qui fournit à la cour l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par traitement inhumain ou dégradant. Sont ainsi considérés comme relevant de l'article 3, des actes qui « revêtent un caractère dégradant de nature à créer en eux des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propre à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale »⁶⁸⁸. Il s'agit donc surtout à l'origine de protéger les personnes privées de liberté contre l'arbitraire, de les protéger contre « la violence institutionnalisée »⁶⁸⁹ intervenant alors qu'elles sont entre les mains de la puissance publique et de ce seul fait en situation de vulnérabilité. L'évolution de l'article 3 est le fait du juge européen qui va progressivement en faire un instrument efficace pour la protection de la personne privée de liberté, qu'elle soit placée en garde à vue, ou en détention, ou alors en rétention administrative.

485. La Cour considère initialement qu'un certain nombre de « brutalités sont inhérentes à la privation de liberté ». Les décisions rendues vont pour la grande majorité dans le sens d'une primauté reconnue à la garantie de la sécurité et au maintien de l'ordre. La primauté de la personne est alors loin de produire de réels effets sur les décisions de la Cour. Ainsi, il a pu être jugé que des gifles ou des coups donnés de la main sur le visage ne constituaient pas un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3⁶⁹⁰. Dans le même esprit, la preuve des mauvais traitements incombait à celui qui les alléguait, cette preuve devait être établie « au-delà de tout doute raisonnable » et pouvait résulter notamment de certificats médicaux faisant

⁶⁸⁶ F. SUDRE, L'économie générale de l'article 3 CEDH., in C-A. CHASSIN (dir.) *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 7-18.

⁶⁸⁷ Voir notamment en ce sens, B. MAURER *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*. Paris, La Documentation française, 1999, 555 p. p. 272-325.

⁶⁸⁸ CEDH, *Tyrer c/ Royaume-Uni* 25 avril 1978 Série A, n° 26.

⁶⁸⁹ L'expression est employée par Mme Maurer pour désigner toute violence émanant d'une autorité publique, B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit. p. 272

⁶⁹⁰ Requêtes n° 3321/67, 3344/67 citées par J-M. LARRALDE, L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté, in . CHASSIN (dir.) *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p.209-236.

état de sévices corporels, ou de tout autre indice suffisamment précis et concordants. En outre, les faits reprochés devaient atteindre un minimum de gravité »⁶⁹¹. Il était donc difficile pour les requérants de faire valoir leurs prétentions sur le fondement de l'article 3. Dans l'arrêt Tomasi⁶⁹² le juge européen vient renverser la charge de la preuve, en établissant une présomption de mauvais traitement en faveur du requérant. Il appartient désormais à l'Etat défendeur d'apporter la preuve de l'inexistence de mauvais traitements allégués par le requérant. Il établit également une « présomption de gravité » aux termes de laquelle « le recours à la force physique sur une personne privée de liberté atteint en soi le minimum de gravité requis pour relever de l'article 3 ». Le recours à l'article 3 est alors facilité pour le requérant. Derrière « la victoire » procédurale, c'est la primauté de la personne qui est ainsi affirmée, la permanence de l'être malgré un agir répréhensible. Ce changement est explicitement rattaché à la dignité par le juge De Meyer qui s'exprime ainsi à l'occasion de l'arrêt Tomasi : « à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par son propre comportement porte atteinte à la dignité humaine et doit dès lors être considéré comme une violation du droit garanti par l'article 3 ».

b) l'exigence nouvelle d'un traitement humain

486. « Après avoir vu dans les personnes privées de leur liberté des requérants « ordinaires », la Cour effectue un changement d'approche dans la décennie 1990, en mettant en avant leur *vulnérabilité* et *fragilité* »⁶⁹³. Le principe de dignité va alors justifier que la personne privée de liberté soit considérée avant tout comme une personne humaine. L'influence de la dignité va justifier après l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, que la jurisprudence actuelle consacre l'exigence d'un traitement humain. Désormais, le traitement réservé à la personne privée de liberté devra être conforme à la dignité humaine. Les conditions matérielles de détention sont au cœur de cette influence de la dignité sur la protection dévolue à la personne privée de liberté. Ainsi l'article 10 du Pacte sur les droits civils et politiques du 10 décembre 1966 affirme : « Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect inhérent à la personne humaine ». Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans affirme dans les « Règles pénitentiaires européennes » adoptées le 12 février

⁶⁹¹ CEDH, 18 janvier 1978, série A, n° 25.

⁶⁹² CEDH, *Tomasi c/ France*, 27 août 1992. *Rev.sc.crim.* 1993. 33 note F. SUDRE.

⁶⁹³ J-M. LARRALDE, L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté, in . CHASSIN (dir.) *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p.209-236.

1987, que ces règles visent à « assurer des conditions humaines de détention ». Le tribunal fédéral suisse, dans un arrêt fédéral du 27 septembre 1989, a l'occasion d'affirmer cette permanence de l'être qui justifie un traitement humain malgré la détention : « les mesures de sécurité que l'Etat s'était vu dans l'obligation d'appliquer au requérant étaient par leur caractère trop absolu susceptibles de léser son intégrité psychique et *la dignité à laquelle a droit tout homme, quels que soient les crimes qui lui sont imputés* ; leurs modalités étaient disproportionnées par rapport au but recherché »⁶⁹⁴. L'arrêt *Kudla* est l'occasion pour la Cour européenne d'affirmer pour la première fois de manière explicite que l'article 3 de la convention « impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention, et que eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate »⁶⁹⁵. Certains voient dans cet arrêt la consécration d'un « droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine ».⁶⁹⁶ Les Etats se voient reconnaître de véritables obligations positives. Il ne suffit plus de protéger la personne contre les mauvais traitements, il faut véritablement assurer à cette dernière des conditions de détention humaines. Sont ainsi condamnées par la Cour les conditions de détention qui provoquent chez l'intéressé des « sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et le rabaisser, voire à briser sa résistance morale ou physique »⁶⁹⁷. La Cour n'hésite pas pour prendre sa décision, à se référer aux rapports rendus par les différentes commissions en place dans les Etats, rapports relatifs aux conditions de détention, et s'appuie notamment sur les normes posées par le Comité européen pour la prévention de la torture en matière de conditions matérielles de détention.

⁶⁹⁴ Cité par B. MAURER, *op.cit.*, p. 308-309.

⁶⁹⁵ Cour EDH, *Kudla c/ Pologne*, 26 octobre 2000. F. SUDRE, J-P. MARGUINAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2^{ème} édition, 2005. 770p. La France sera condamnée pour non respect de cette obligation positive dans l'affaire *Mouisel* du 21 Mai 2003

⁶⁹⁶ F. SUDRE, J-P. MARGUINAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 3^{ème} édition, 2007. 816p.

⁶⁹⁷ CEDH, *Peers c/ Grèce*, 19 avril 2001. *JCP* 2001, I, 342, n° 4, chron. F. SUDRE.

3° La protection de l'étranger en situation irrégulière

487. La dignité joue un rôle déterminant dans l'examen de la situation de la personne en situation irrégulière et rend délicate l'application stricte de la loi. La souveraineté de l'Etat est mise en balance avec la primauté de la personne. La dignité en tant que principe directeur ultra directif projette l'image de l'homme au loin, et exige le traitement humain. La situation s'avère alors quelle que peu complexe (a). Il conviendra de s'arrêter sur la situation de la personne sur le territoire (b), avant d'envisager la situation d l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire (c).

a) Une situation complexe

488. En droit, l'étranger est celui qui n'a pas la nationalité de l'état sur le territoire duquel il se trouve. L'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 définit l'étranger comme celui qui n'a pas la nationalité française. La notion de dignité ne se soucie pas de la nationalité. Elle est la marque de l'humanité indépendamment de tout élément exogène. Or par rapport à la dignité, la nationalité est un élément accidentel qui est fonction du lieu de naissance ou du lieu de résidence. La dignité est source de devoirs mais également de droits, cependant les exigences de dignité vont se trouver limitées par la souveraineté des Etats. La nationalité confère aux personnes le bénéfice de certains droits desquels peuvent être légalement exclus les étrangers. Le principe d'universalité corollaire de la dignité se trouve alors quelque peu mis à mal. En tout état de cause, l'étranger n'est pas sur le même pied d'égalité que le national. « L'étranger fait donc incontestablement partie de ces êtres fragilisés, de ces « situations à risque » en matière de droits fondamentaux et de dignité de la personne humaine»⁶⁹⁸. Il ne s'agit là que de l'étranger en situation régulière, c'est à-dire l'étranger régulièrement admis au séjour sur le territoire de l'état où il se trouve. On imagine alors non sans peine la situation de l'étranger en situation « irrégulière ».

489. L'étranger en situation irrégulière est l'étranger qui ne remplit pas les conditions d'admission sur le territoire. Chaque état définit les conditions d'entrée et de séjour sur son territoire, l'étranger qui satisfait à ces conditions dispose d'un titre de séjour qui atteste de la régularité de sa situation. En revanche, l'étranger qui ne satisfait pas à ces conditions et qui ne dispose pas d'un titre de séjour régulièrement délivré par les autorités compétentes se trouve

⁶⁹⁸ M. REYDELLET, La dignité des étrangers, in P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.227-260.

en situation irrégulière⁶⁹⁹. L'étranger en situation irrégulière est alors condamné à la clandestinité. L'irrégularité de sa situation l'exclut de la plupart des droits fondamentaux, le droit à l'emploi, au logement, à l'éducation (ceci pour les étrangers majeurs, puisque la possession d'un titre de séjour est requise pour toute inscription dans un établissement public d'enseignement supérieur) entre autres. Comment concilier la situation irrégulière et les exigences de dignité ? Le « traitement juridique de la personne en situation irrégulière » permet alors de tester la force du principe de dignité et de ses impératifs. En effet, comment réaliser l'équilibre entre d'une part la souveraineté des Etats menacée par le non respect par l'étranger en situation irrégulière des conditions d'admission et de séjour sur le territoire de cet Etat, et d'autre part le fait que derrière ces « sans- papiers » se cachent des hommes, des femmes, des enfants, des personnes humaines ?

490. En tout état de cause, la dignité humaine ne peut à elle seule suffire pour s'opposer aux décisions de refus de délivrances de visas, de titres de séjour, de refus de renouvellement de titres de séjour. Elle ne peut s'opposer aux mesures d'éloignement du territoire. L'Etat est seul juge et le fait de déterminer des politiques d'immigration strictes, ne constitue pas en l'état actuel du droit positif, une atteinte à la dignité. Toute fois, se répand progressivement l'idée selon laquelle l'étranger en situation irrégulière est une personne en situation de vulnérabilité. Cette idée est notamment prise en compte par le droit pénal au titre de la protection de la personne humaine contre les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité. Si la jurisprudence estime ainsi que la seule extranéité d'une personne ne suffit pas à caractériser la situation de vulnérabilité dans laquelle elle se trouve⁷⁰⁰, il en va autrement lorsque cette personne étrangère est en situation irrégulière⁷⁰¹. Le Conseil de l'Europe considère que les migrants en situation irrégulière se trouvent en situation de vulnérabilité, et ajoute même qu'ils ont plus particulièrement besoin que leurs droits fondamentaux soient protégés. Le Conseil a ainsi adopté une résolution dans laquelle il retient la nécessité de définir les droits des « migrants irréguliers »⁷⁰². Le Conseil rappelle la nécessité de respecter la souveraineté de chaque Etat dans la détermination et la conduite de sa politique d'immigration. Cependant cette politique doit être menée en garantissant « des droits minimaux » aux migrants en situation irrégulière. Pour l'assemblée il devrait être

⁶⁹⁹ Art.L 621-1 du Code des étrangers. Cet article distingue deux hypothèses. L'étranger peut être en situation irrégulière s'il est entré sur le territoire de l'état de manière irrégulière, soit s'il s'est maintenu sur le territoire de l'état malgré le refus de délivrance d'un titre de séjour, ou le refus de renouvellement de son titre de séjour arrivé à expiration.

⁷⁰⁰ CA Paris, 19 janvier 1998, *Dr. Pen.* 1998, comm. 64, obs. Véron.

⁷⁰¹ CA Paris 26 Juin 1996. *Dr. pen.* 1996 comm. n° 243. obs. Véron. Cass. Crim. 11 février 1998, *Dr. Pen.* 1998 comm. N° 65.

⁷⁰² Résolution 1509 du Conseil de l'Europe du 27 juin 2006.

possible de dégager un certain nombre de droits civils et politiques minimaux d'une part, de droits sociaux et économiques minimaux d'autre part.

491. La référence à la notion de dignité s'agissant des étrangers en situation irrégulière est bien plus souvent l'œuvre des associations que des instances politiques ou juridiques. Il va alors falloir trouver un moyen de respecter les exigences de dignité malgré la situation irrégulière dans laquelle se trouve l'étranger. La dignité va imposer des exigences *a minima* pour la personne en situation irrégulière. La situation de la personne en situation irrégulière est relativement complexe dans la mesure où cette personne se trouve sur le territoire d'un Etat sans y être autorisée et est par conséquent considérée comme n'existant pas pour l'administration. Très souvent, l'administration et l'opinion publique font « connaissance » de ses étrangers irréguliers lorsqu'ils font l'objet d'une mesure d'éloignement forcé. La notion de dignité sous couvert de l'article 3 de la CEDH joue alors en la matière un rôle déterminant. L'étranger en situation irrégulière « privé de liberté » bénéficie d'un certain nombre de garanties. Plus difficile est la situation de l'étranger en situation irrégulière « en liberté » sur le territoire. En effet, ce dernier, est en principe inconnu de l'administration, et n'a de ce fait droit à rien. Mais là encore, la « personne passe infiniment sa situation irrégulière » et un certain nombre de dispositions prennent en considération, directement ou indirectement, au risque parfois de porter atteinte à la souveraineté de l'Etat, la personne en situation irrégulière. La dignité de la personne humaine en générale et non la dignité de la personne en situation irrégulière, justifie que cette personne soit traitée comme une fin. La dignité en tant que principe directeur ultra directif projette l'image de l'homme au loin, et exige le traitement humain.

b) La protection de la personne en situation irrégulière sur le territoire

492. L'étranger en situation irrégulière sur le territoire se trouve démuné, contraint de vivre dans la clandestinité, puisque sur le plan administratif comme sur le plan juridique, il n'a en théorie aucun droit. Pour l'administration et pour les autorités du pays sur le territoire duquel il a irrégulièrement établi sa résidence, il n'existe pas. C'est un « hors la loi ». Il est bien au contraire exclu, explicitement ou implicitement d'un certain nombre de droits. Un certain nombre de textes soumettent en effet explicitement l'accès à un certain nombre de prestations à la régularité du séjour. Il en est ainsi notamment en matière de prestations sociales. Il est un domaine qui rend compte de la situation d'extrême vulnérabilité dans laquelle se trouve la personne en situation irrégulière, c'est le domaine de la santé. Alors que le droit à la santé est

un droit fondamental, la personne en situation irrégulière est sur le territoire français privée de l'accès à ce droit. Les obstacles juridiques se multiplient entre cette personne et l'accès aux soins. La loi du 24 août 1993⁷⁰³ subordonne ainsi l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale à l'existence d'une situation régulière. Le débat qui s'installe lors de l'instauration de la couverture maladie universelle (CMU) est symptomatique de cette mise au ban de la société de ces personnes en situation irrégulières, certaines associations revendiquent que ce dispositif ne soit pas soumis à la condition de la régularité du séjour en arguant du caractère inhumain de cette condition. Mais le législateur a décidé de soumettre la CMU aux citoyens français, mais également aux seuls étrangers en situation régulière, c'est ce que prévoit la loi du 27 juillet 1999⁷⁰⁴. Il ne restera alors à l'étranger en situation irrégulière que l'aide médicale de l'Etat (AME). L'AME n'est pas destinée explicitement aux personnes en situation irrégulière. Elle est instituée pour les personnes ne remplissant pas les conditions pour bénéficier de la CMU, ce qui renvoie de fait essentiellement aux personnes en situation irrégulière. Cette aide a été instituée le 1^{er} janvier 2000 et est soumise à une double condition de ressources et de résidence. L'AME est réservée aux personnes résidant sur le territoire français depuis au moins trois mois et dont les ressources n'excèdent pas 597,16 euros pour une personne seule au 1^{er} janvier 2005. Pour bénéficier de l'AME, l'étranger doit en faire la demande en y joignant les documents justificatifs, à savoir, les documents attestant de son identité ainsi que de celle de ses ayant-droit, les documents attestant de sa résidence en France et enfin les documents justifiant de ses ressources. Cette aide consiste dans « des soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître ».

493. L'étranger en situation irrégulière se voit donc reconnaître un accès minimal au système de santé. On peut alors se demander si cet accès minimal est compatible avec la dignité. Il est indispensable de préserver la souveraineté de l'Etat et ne pas rendre le territoire national attractif pour l'immigration clandestine. Mais en même temps il faut se souvenir que derrière chaque « sans papier » se trouve une personne humaine en situation de détresse. Le respect de la dignité impose que l'accès au système de santé ne constitue pas une mesure de rétorsion. On remarque d'ailleurs un consensus autour de cette idée de l'accès au système de santé pour tout étranger même en situation irrégulière. C'est ce qui ressort de l'étude menée au Sénat sur l'accès des étrangers en situation irrégulière au système de santé. Il appert que dans la plupart des Etats européens est mis en place un système *a minima* garantissant aux étrangers l'accès

⁷⁰³ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993. JO du 29 août 1993.

⁷⁰⁴ Loi n° 99-641 du 28 juillet 1999, JO du 27 juillet 1999.

au système de santé, l'étendu de cet accès variant d'un état à l'autre. Le consensus porte alors sur la nécessité même de permettre à tout être humain, malgré l'irrégularité de sa situation, de bénéficier des soins vitaux. Les mesures varient cependant d'un Etat à l'autre »⁷⁰⁵.

c) La situation de la personne menacée d'un éloignement du territoire

494. Il s'agit de l'hypothèse où la personne a été arrêtée et fait l'objet d'une mesure de rétention administrative, soit qu'elle fasse l'objet d'une mesure d'expulsion⁷⁰⁶, soit qu'elle fasse l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière⁷⁰⁷. Cette personne en situation irrégulière est privée de liberté et se retrouve donc doublement « vulnérable », puisque elle est désormais entre les mains de la puissance publique. Etant donné que la protection contre le traitement inhumain est avant tout un droit intangible, on ne saurait véritablement douter que son application ne soit pas soumise à un critère de nationalité, mais bien au seul fait d'être homme. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'affirmer dans l'arrêt *Chahal* rendu le 15 novembre 1997 que « la garantie de l'article 3 protège les étrangers frappés par une mesure d'éloignement du territoire, *quels que soient leurs agissements* »⁷⁰⁸. Il ressort de cet arrêt que la protection de l'article 3 s'applique à la personne étrangère de manière absolue et ne saurait faire l'objet d'une application relative. Il faut comprendre que l'évolution prétorienne de l'article 3 bénéficie à toutes les personnes privées de liberté quels que soient les motifs de leur privation de liberté, et quelle que soit leur situation administrative. Pour M. Sudre « l'article 3 concourt avec d'autres dispositions de la Convention, l'article 8 principalement, mais aussi l'article 6 à l'élaboration d'une véritable protection catégorielle bénéficiant aux étrangers »⁷⁰⁹. Cette assertion rend compte de l'idée selon laquelle les juges de la Cour européenne des droits de l'homme vont plus loin dans la protection de la personne en situation irrégulière en lui permettant de bénéficier « par ricochet » de l'application de d'autres articles de la convention. Au premier rang de ces articles, on trouve l'article 8 qui garantit le droit de toute personne à mener une vie privée et familiale normale. La cour européenne a posé l'applicabilité de l'article 8 aux mesures

⁷⁰⁵ Etude de législation comparée n° 160, www.senat.fr.

⁷⁰⁶ Art. L.521-1 du Code des étrangers.

⁷⁰⁷ Art. L.511-1 du Code des étrangers.

⁷⁰⁸ CEDH, 15 novembre 1997, F. SUDRE, J-P MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. PUF, 3^{ème} édition, 2007, 816p.

⁷⁰⁹ F. SUDRE, L'économie générale de l'article 3 CEDH., in C-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 7-18

d'éloignement des étrangers pour la première fois dans l'affaire *Abdulaziz* du 28 mai 1995⁷¹⁰. On ne peut affirmer de manière péremptoire que cet article s'applique aux étrangers en situation irrégulière, mais la pratique des tribunaux et le rôle déterminant conféré à l'existence de liens familiaux pour s'opposer à un éloignement du territoire, contribuent à nourrir cette hypothèse « d'une protection par ricochet » mise en place « au profit des personnes particulièrement vulnérables »⁷¹¹. Le recours à cette protection n'est pas systématique, mais cette protection est sous tendue par le fait que « derrière les expressions « étranger », « demandeur d'asile », « 35 quater », « 35 bis », « réfugié » ou « immigré » se cache une autre réalité, à savoir des hommes, des femmes, des enfants et des personnes âgées ... »⁷¹².

⁷¹⁰ CEDH, 28 mai 1995, Série A, n° 94.

⁷¹¹ Voir en ce sens notamment. M. LEVINET. L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. *R.T.D.H* 1999. p. 89-118. Voir également H. LABAYLE L'éloignement des étrangers devant la cour européenne des droits de l'homme. *RFDA* 1997, p.977. T. KENNEYBREW, La défense des droits familiaux de l'étranger en France par la convention européenne des droits de l'homme. In, *L'étranger et le droit de la famille : Pluralité éthique, pluralisme juridique*. La Documentation française, 2001, 283p.p. 249, 276.

⁷¹² T. KENNEYBREW, La défense des droits familiaux de l'étranger en France par la convention européenne des droits de l'homme, in P. KAHN (dir.) *L'étranger et le droit de la famille : Pluralité éthique, pluralisme juridique, op. cit.* p. 249, 279 ;

CHAPITRE 2

LA DIGNITE COMME MOTEUR DE LA PROMOTION DES DROITS FONDAMENTAUX

495. Il faut distinguer deux moments dans l'histoire des droits de l'homme, un moment où s'impose la nécessité d'affirmer les droits de l'homme parce qu'il est homme, un moment où s'impose cette nécessité de réaffirmer que l'homme n'est pas un animal comme les autres et que son humanité lui confère des droits. Il faut donc poser des droits de l'homme, et ainsi droits de l'homme et droits fondamentaux participent de la même idée de reconnaissance de droits à l'homme *quia homo*. Puis, vient le moment de ce qu'on pourrait appeler, le bilan, les droits ainsi proclamés, n'ont pas été mis en application, n'ont pas été rendus effectifs. Il faut alors après la question de la nécessité des droits de l'homme se poser celle de leur effectivité. C'est alors que l'on reproche à la notion de droits de l'homme, de ne rester « qu'incantatoire », on se tourne alors vers la notion de droits fondamentaux, qui semble porter tous les espoirs de réalisation, d'efficacité sur le plan positif des principes posés par les droits de l'homme. On peut alors dire que confondus dans un premier temps, au stade de la proclamation des droits dus à l'homme « *quia homme* », droits fondamentaux et droits de l'homme sont ultérieurement dissociées, les premiers relégués au rang péjoratif, de « pétition de principe », les seconds portant en eux l'espoir de cet « homme concret », vivant en société et revendiquant des droits en tant qu'être humain et social. Au stade de la proclamation de la reconnaissance des droits de l'homme, les notions de droits fondamentaux et de droits de l'homme semblent interchangeable, utilisés indifféremment pour désigner ces droits de l'homme « *quia homo* ». Ces droits visent alors l'homme dans une certaine idéalité et trouvent en la dignité un fondement plausible (**Section 1**). Le recours de plus en plus systématique à la notion de droits fondamentaux en lieu et place de celle des droits de l'homme suscite les interrogations, d'autant plus que la dignité est indifféremment posée comme le fondement de l'un et de l'autre. Si ce lien se comprend lorsque l'on pose les droits fondamentaux comme l'appellation moderne des droits de l'homme, on peut alors se demander ce qu'il advient lorsque les droits de l'homme et les droits fondamentaux sont posés comme renvoyant à deux réalités distinctes. La dignité constitue-t-elle toujours dans ce cas le fondement des droits fondamentaux ? L'analyse révèle qu'il est difficile de voir dans la dignité le fondement des

droits fondamentaux, ainsi posés comme substantiellement distincts des droits de l'homme
(Section 2).

SECTION 1
LA DIGNITE COMME FONDEMENT INCONTESTABLE DES DROITS DE
L'HOMME

496. Poser la dignité comme fondement des droits de l'homme, c'est affirmer que la dignité justifie les droits de l'homme, qu'elle les établit. L'idéologie qui anime les droits de l'homme et les raisons qui poussent les hommes à revendiquer leurs droits sont à rechercher dans cette éminence dont l'homme prend le plus souvent conscience dans les moments de crise. C'est pourquoi la dignité si elle naît avec l'homme, est surtout révélée au moment où l'homme revendique les prérogatives que lui confère cette éminence. Il n'est alors plus possible d'avoir des doutes sur le lien de filiation entre la dignité et les droits de l'homme, celle-ci est incontestablement la mère de ceux-là (§1). Poser la dignité comme fondement des droits de l'homme emporte inévitablement des conséquences sur les droits de l'homme, sur leur contenu, mais aussi et surtout sur la formulation des droits de l'homme, ces droits sont ceux de tout homme (§2).

§1 : LA CARACTERISATION DU LIEN ENTRE DIGNITE ET DROITS DE
L'HOMME

497. Si la filiation entre dignité et droits de l'homme ne fait aucun doute, il faudra cependant caractériser ce lien de filiation et déterminer comment les droits de l'homme s'articulent à la dignité (A). Ce besoin de justifier le lien de filiation entre la dignité et les droits de l'homme se fait notamment sentir eu égard à l'absence de référence à la dignité dans l'acte fondateur des droits de l'homme, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 4 août 1789. Il faudra alors tenter de comprendre le sens de cette absence et surtout si cette absence de référence expresse fragilise notre hypothèse de la dignité comme fondement des droits de l'homme (B).

A) LA SPECIFICITE DU LIEN ENTRE DIGNITE ET DROITS DE L'HOMME

498. L'affirmation sans cesse renouvelée de la primauté de l'homme a conduit à la reconnaissance de droits pour cet être auquel on reconnaît une valeur intrinsèque. Nul autre combat que celui pour l'affirmation et le respect des droits de l'homme ne rend mieux compte de la conscience qu'a l'homme de sa dignité. Le combat pour les droits de l'homme est incontestablement un combat mené au nom de la dignité. La dignité confère à chaque homme l'assurance qu'il a des droits qui lui sont dus parce qu'il est un homme. Lorsque certains affirment que les droits de l'homme sont temporels⁷¹³ ou historiques, il s'agit plus justement de la conquête de ces droits par l'homme et non de leur existence même. Le fait que l'homme ait des droits du seul fait de son humanité et le fait que l'homme revendique ces droits sont deux choses différentes. Il s'agit d'une distinction entre l'existence des droits et leur effectivité. Seule l'effectivité des droits s'envisage de manière temporelle alors que l'existence de ces droits elle demeure intemporelle.

499. L'existence des droits est conditionnée par l'appartenance à la famille humaine du titulaire de ces droits. Le respect et l'effectivité de ces droits sont conditionnés par le pouvoir Politique. Alors que l'existence des droits ne dépend pas de ce pouvoir, leur effectivité ne dépend que de lui. L'homme doit ces droits à sa valeur intrinsèque, à son éminente dignité. Le non respect des exigences de dignité ne remet pas en cause l'existence même de ces droits, définitivement acquis à l'homme de par sa naissance. Si les droits de l'homme s'expliquent par sa dignité, la revendication des droits de l'homme révèle avec force cette conscience qu'a l'homme de sa dignité. Cette distinction entre droits de l'homme et revendication des droits de l'homme est retenue par M. Mourgeon lorsqu'il affirme qu'il ne peut y avoir ni une histoire des droits de l'homme, ni une histoire de la revendication des droits de l'homme.⁷¹⁴ C'est également cette distinction que l'on peut lire dans cette affirmation de Mme Goyard-Fabre : « De ce possible abstrait que sont les droits de l'homme en tant qu'il est homme, à leur réalité juridique en tant qu'ils sont ceux des citoyens d'un Etat, s'impose la médiation des structures juridiques de l'institution politique »⁷¹⁵.

⁷¹³ Voir en ce sens, D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*. Editions La découverte, Paris, 2005, 127p., p. 3 ; voir également, P. SEGUR, La dimension historique des libertés et droits fondamentaux, in R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*. Dalloz, 12^{ème} édition, 2006, 863p, p.7-26.

⁷¹⁴ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*. QSJ, PUF, 8^{ème} édition, 2003, 127p., p. 19.

⁷¹⁵ S. GOYARD-FABRE, La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : Une philosophie de l'espérance. In *Droits*, 1988, p.41-54.

500. La question des liens entre dignité et droits de l'homme a été résolue par la doctrine soit en considérant que la dignité fonde les droits de l'homme⁷¹⁶, soit en considérant que la dignité est distincte des droits de l'homme⁷¹⁷, soit en considérant que la dignité ne constitue qu'une « formulation plus laïque » des droits de l'homme⁷¹⁸. Si on se place alors dans cette perspective d'une distinction entre existence et revendication des droits de l'homme, on comprend mieux alors le lien ancien établi entre dignité et droits de l'homme. L'intemporalité des droits de l'homme est alors justifiée par l'intemporalité de la dignité de l'homme, dignité et droits de l'homme sont liés, les droits de l'homme sont des « exigences universelles d'humanité »⁷¹⁹.

501. Le discours moderne sur les droits de l'homme fait le plus souvent état de la non effectivité des droits de l'homme, de leur non respect par le pouvoir politique, on parle plus volontiers de « droits de l'homme » lorsqu'ils ne sont pas respectés ou lorsqu'ils sont menacés. C'est en ce sens que Mme Lochak parle de « dimension contestataire et subversive »⁷²⁰ des droits de l'homme. Cette lutte pour les droits de l'homme est alors une lutte pour leur reconnaissance, pour leur effectivité et non pour leur « octroi ». Le lien entre dignité et droits de l'homme apparaît alors bien différent selon qu'il s'agisse de l'existence même des droits ou alors de leur revendication. Alors que l'existence des droits est concomitante à la dignité, la revendication des droits de l'homme va révéler la dignité, ou plus justement va constituer la manifestation incontestable de la dignité de l'homme. On peut voir dans la revendication par les hommes de leurs droits, la prise de conscience d'une valeur qui exige un certain respect, qui confère certaines prérogatives. L'histoire est riche d'exemples montrant la réaffirmation de droits inhérents à l'homme, de droits reconnus à l'homme du seul fait qu'il soit homme. Ces droits ont été affirmés toujours à des moments clés de la vie politique afin de poser des garanties dévolues à l'homme en réaction aux abus constatés.

502. Toute l'histoire de la revendication des droits de l'homme est donc l'histoire d'une révolte de l'homme contre une condition indigne de lui. C'est ce que M. Mourgeon rappelle à propos de l'attitude des premiers chrétiens se révoltant contre un pouvoir tyrannique : « L'insoumission jusqu'au martyre de la croix et des cirques au nom de la

⁷¹⁶Il s'agit de l'affirmation la plus répandue dans la doctrine.

⁷¹⁷ B. EDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau. *D.* 1997, chron. 85. C'est ce que M. Edelman affirme, pour lui la liberté est l'essence des droits de l'homme alors que la dignité serait de l'essence de l'humanité.

⁷¹⁸ D. GUTMAN, Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? in *L'avenir du droit*. Mélanges en hommage à François Terré. PUF, 1999, p.329-341.

⁷¹⁹ S. GOYARD-FABRE, La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : Une philosophie de l'espérance. In *Droits*, 1988, p.41-54.

⁷²⁰ D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*. Editions La découverte, Paris, 2005, 127p.p. 3

conscience, le refus d'ordres dogmatiques pharisiens ou romains, le rejet des faux dieux, bref, tous les comportements contestataires à l'aube de l'ère chrétienne montrent, davantage que les textes du Nouveau Testament, que le pouvoir est désormais amené à se heurter à la grandeur de la personne, à l'invulnérabilité de la conscience, à l'obstacle de la vérité individuelle »⁷²¹. Cette nécessité de la lutte pour la conquête de ces droits est justifiée par M. Bouretz qui affirme : « l'effort vise alors à retrouver un visage et un corps à l'homme, par-delà les métamorphoses qu'il a eu à subir. Pour découvrir des droits à l'homme, il faut commencer par le dépouiller des artifices qui voilent sa nature altérée, dissimulée »⁷²². Les théories du droit naturel vont donner à cette primauté de la personne un nouvel élan. Elles mettent l'individu au centre de toutes les attentions. Le contrat social, caractérisé par la volonté de vivre ensemble justifie que la société et le pouvoir soient ordonnés dans le but de satisfaire et de préserver la personne.

503. La question de la revendication des droits dans l'histoire des idées politiques anglaises montre bien cette « affirmation véhémente de la personne face à toute autorité. Ainsi, la pétition des droits de 1628, contient une liste des exactions commises par Charles 1^{er} auquel il est enjoint de ne plus recommencer. Dans l'acte d'*habeas corpus* de 1679 le Parlement édicte des règles pour préserver la personne contre les arrestations arbitraires et garantir de manière générale le droit à la sûreté des personnes. La Déclaration des droits (*Bill of rights*) de 1689 n'est pour l'essentiel qu'une énumération des libertés politiques que le nouveau roi Guillaume d'Orange s'engage à respecter en échange de la reconnaissance par le parlement de ses droits au trône. Les droits de l'homme sont traditionnellement envisagés comme une conquête, que ce soit en 1789, une conquête de la bourgeoisie contre le système féodal, marquant ainsi l'avènement d'un capitalisme libéral fondé sur un individualisme marqué ; ou alors qu'il s'agisse en 1948 d'une conquête de l'homme pour sa liberté, pour la défense de ce qui fait sa valeur sacrée et la valeur sacrée de tout homme. La Déclaration de 1789 intervient après la Révolution française, soit à un moment clé de l'histoire française. Ainsi, « la Déclaration des droits de l'homme à l'époque des lumières consacre l'idée d'homme comme porteur légitime de l'humanité. Entendons l'humanité non pas au sens biologique, à savoir témoignant d'une espèce animale ; ce qui sous-entend ses inclinations de prédatrice mais désignant la capacité de la nature individuelle d'être acteur politico-social. La Déclaration

⁷²¹ J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*. QSJ, PUF, 8^{ème} édition, 2003, 127p., p.23.

⁷²² P. BOURETZ, *Egalité et liberté : A la recherche des fondements du lien social*. *Droits*, 1988, p.71-82.

établit « la prérogative légiférante de la nature humaine »⁷²³. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 intervient également à un moment clé de l'histoire internationale. Il s'agit donc dans les deux cas d'affirmer contre ce qu'il y avait avant. Ce sont des textes qui souhaitent marquer une rupture avec le système en place. Au travers de ces déclarations c'est un nouveau visage de l'homme qui semble triompher. Un homme qui revendique ce qui lui est dû de par sa seule condition d'homme.

504. Les droits de l'homme sont nés d'une prise de conscience de la société de la nécessité de protéger l'homme, et de le prémunir contre tout ce qui chercherait à détruire en lui son éminente humanité. L'affirmation des droits de l'homme coïncide dans l'histoire des idées politiques à un combat de l'homme dont la conscience s'élève contre des régimes qui tentent d'amoindrir sa valeur supérieure. Ces déclarations représentent la prise de conscience chez les hommes du fait d'être dépositaires d'une valeur qui les distingue des autres êtres vivants, cette valeur qui n'est autre que la dignité. La dignité justifie alors les droits de l'homme mais également le combat pour leur effectivité. C'est ainsi que M. Meyer-Bisch affirme : « Il est essentiel que la dignité des hommes devienne visible en leurs droits »⁷²⁴.

B) LA DIGNITE COMME PRINCIPE SOUS-JACENT DANS LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789

505. Pourquoi s'arrêter spécifiquement sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? La réponse à cette question est évidente : parce qu'il s'agit de l'acte fondateur des droits de l'homme. Alors, comment justifier l'absence de la dignité dans le texte de la Déclaration ? En effet, le texte renvoie à des droits « naturels, inaliénables et sacrés de l'homme », mais point de référence à la dignité.

506. Il n'est pas tout à fait exact de soutenir que la notion de dignité ne figure pas dans cette Déclaration. En effet son article 6 énonce que : « tous les citoyens égaux à ses yeux⁷²⁵, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics ». La notion de dignité qui figure par conséquent dans la Déclaration est celle qui est héritée de la notion de *dignitas* et qui renvoie ici à une place dans la société. Elle vise le rôle, la position sociale de l'homme.

⁷²³ S. TZITZIS, L'éthique des droits de l'homme et les diversités culturelles, in J. FERRAND et H. PETIT (Eds.) *Fondations et naissances des droits de l'homme. L'odyssée des droits de l'homme T.1.* p.185-192

⁷²⁴ P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme : L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme.* Editions universitaires de Fribourg, 1992, 401p.p.19

⁷²⁵ Il s'agit ici de l'égalité devant la loi.

507. On peut alors demander pourquoi cette déclaration qui est symptomatique de l'humanisme triomphant du siècle des lumières ne fait pas mention de la notion de dignité en tant qu'elle renvoie à ce qui fait la spécificité de l'homme ? On peut objecter ici avec ceux qui voient dans la notion de dignité une notion superfétatoire, que son absence de référence expresse dans la Déclaration du 26 août 1789, qui est pourtant considéré comme l'acte « fondateur des droits de l'homme » (du moins de la philosophie des droits, sinon de leur effectivité), est bien loin de démontrer qu'elle n'ait joué aucun rôle dans la rédaction de ce texte. En effet, rien ne peut permettre d'exclure la notion de dignité comme principe sous-jacent. Bien au contraire toute la Déclaration est sous-tendue par la notion de dignité, tout y renvoie.

508. Force est de constater que si la Déclaration ne fait pas, il est vrai, référence expressément à cette notion de dignité, elle ne l'exclut pas non plus expressément. Rien ne permet donc de ne pas voir la dignité comme fondement de la philosophie qui sous tend le texte. Plusieurs arguments peuvent être évoqués à l'appui de notre hypothèse. Tout d'abord, il n'y a certes pas de référence expresse à la notion de dignité, cependant il n'y a pas non plus de référence à un autre fondement. Cela rend plausible l'idée de la dignité comme fondement de cette Déclaration. Pour tenter de confirmer notre hypothèse, nous allons nous arrêter quelques instants sur le texte lui-même. Cette hypothèse s'affine lorsqu'on s'en réfère à l'article 2 de la Déclaration qui énonce : « Le but de toute association est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». On remarque d'emblée dans la liste des droits naturels dits imprescriptibles, que la dignité n'y figure pas. Elle n'est donc pas dans l'esprit des rédacteurs de la déclaration un droit imprescriptible de l'homme, cela ne signifie pas qu'elle ne puisse pas jouer un rôle dans la reconnaissance des droits de l'homme, il faut alors s'attacher à la l'esprit du texte. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen est de ces textes qui ne peuvent se comprendre sans une référence à l'esprit du texte. Ce qui est dit dans le texte, au travers des articles, expressément, ne saurait suffire à la compréhension de celui-ci. La notion de dignité est à notre sens ce « substrat philosophique inavoué »⁷²⁶, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les rapports de la notion de dignité avec la philosophie des droits de l'homme s'inscrivent dans cette perspective plus générale dépeinte par Mme Goyard-Fabre. Analysant les rapports entre le droit positif et le droit naturel, l'auteur conclut que l'idée d'un

⁷²⁶ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, *op.cit.*, p.148-150. Pour l'auteur tout texte de droit positif ne peut se comprendre de manière isolée, il a bien souvent au contraire une filiation avec des principes qui sont à trouver dans le droit naturel, et qui le rendent intelligibles.

positivisme strict, au sens de dépourvu de toute référence jusnaturaliste, est impossible. Le droit positif n'est pas autosuffisant, « il puise nécessairement ses racines dans des considérations essentialistes, idéalistes et axiologiques »⁷²⁷. L'idée est donc que chaque texte de droit positif trouve son inspiration dans des principes extérieurs au droit positif. Parmi les textes cités par l'auteur, se trouve la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui nous occupe en l'espèce et pour laquelle l'auteur retient l'existence « d'une idéologie qu'il n'est pas possible d'effacer dans l'énoncé de ses articles »⁷²⁸. On constate que la déclaration pose des droits pour l'homme. Mais rien ne nous dit au nom de quoi finalement l'homme aurait ces droits. Rien n'empêche alors de voir dans la dignité, ce principe philosophique sous-jacent, qui est le fondement des droits ainsi posés dans la Déclaration. Bien au contraire, comment ne pas voir derrière cette idée de droits dus à l'homme, la reconnaissance d'une valeur particulière de ce dernier ? A partir du moment où on parle de la valeur de l'homme, il est difficile de ne pas parler de la dignité. En effet, la Déclaration part bien d'une idée d'égalité entre tous les hommes. Elle développe un humanisme universel, en prônant une égalité formelle à tout moment. La philosophie qui sous-tend cette Déclaration, en ce qu'elle se place d'emblée dans une perspective universaliste, dans la mesure où elle s'adresse à l'homme en général, à tous les hommes, à tous les membres du corps social, renvoie implicitement à la notion de dignité. C'est ce que rappelle Mme Barret-Kriegel. Elle souligne que la doctrine des droits de l'homme n'est pas d'abord liée au sujet, à la théorie du sujet. Elle est plutôt associée à l'idée d'espèce. Elle vise en « l'homme la dimension générique, homme signifie composante de l'humanité⁷²⁹ ».

509. On peut enfin pour confirmer notre hypothèse de la dignité comme principe sous-jacent de la Déclaration de 1789, arguer de la référence explicite au terme dans la Déclaration de 1948 qui a été largement inspirée par la précédente⁷³⁰. Faut-il en conclure que dans l'esprit des auteurs de la Déclaration de 1789 la notion de dignité ne s'imposait pas nécessairement ? Ou alors faut-il en conclure que la notion de dignité ne revêtait pas la même importance dans l'esprit des auteurs de cette déclaration ? La réponse ne peut être tranchée. Pour répondre à cette question, il faut nécessairement se placer dans le contexte historique dans lequel la Déclaration de 1789 est intervenue. Si on compare ce contexte à celui dans lequel intervient

⁷²⁷ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op.cit., spéc. P.148-150. Selon l'auteur : « le déploiement intensif de la nébuleuse positiviste n'a pu s'effectuer, dans son anti-philosophisme, que contradictoirement, sur la base d'un non-dit philosophique ».

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ B. BARRET-KRIEDEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, 118p., p.94.

⁷³⁰ Voir en ce sens J. FIERENS. La dignité humaine comme concept juridique, in J. FERRAND et H. PETIT (Eds.) *Fondations et naissances des droits de l'homme. L'odyssée des droits de l'homme T.1p.171-184*

celle de 1948, les époques et les nécessités ne sont pas les mêmes. La Déclaration de 1789 est avant tout, il ne faut pas l'oublier, le fruit de la révolte d'une classe sociale, la bourgeoisie qui pour « exister » autrement que dans l'ombre de la noblesse, avait besoin que soit proclamée l'égalité naturelle de tous les hommes. La lutte n'est donc pas à l'origine une lutte pour toute l'espèce humaine contre les autres espèces, mais la lutte se situe à l'intérieur même de l'espèce humaine entre les différentes classes sociales. La Déclaration de 1789 vient manifester la participation de tous les individus membres de la société à la vie de la société, à tous les moments et à tous les niveaux de la société. C'est la revendication de la participation de tous les hommes et de tous les citoyens. C'est l'affirmation que tous les hommes sont des citoyens. La reconnaissance et surtout l'effectivité des droits de l'homme passent par la reconnaissance de la citoyenneté. L'instant est crucial. La réaffirmation des droits est nécessaire. C'est l'homme en tant que citoyen qui veut que la parole lui soit donnée. En 1948, la notion de dignité apparaît comme étant le rempart ultime contre un régime insensé qui a bafoué les droits pourtant toujours aussi naturels et imprescriptibles de l'homme. Le régime contre lequel intervient en quelque sorte la déclaration de 1948, est un régime qui s'est positionné clairement contre l'homme contre l'autre homme, auquel injustement, on a dénié la qualité d'homme. L'humanité toute entière s'est trouvé en danger. C'est l'homme, tout homme qui a été visé.

510. Une lecture des termes introductifs achève de nous convaincre que les droits de l'homme tels qu'ils sont présentés dans la Déclaration de 1789 renvoient implicitement à la notion de dignité « ...considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des Droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les Droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs devoirs et leurs droits». Il ne faut alors pas déduire hâtivement de l'absence de mention du mot dans le texte de 1789, l'absence de toute empreinte de la notion de dignité. Cette notion apparaît en filigrane tout au long du texte, l'esprit même du texte trahit cette noble filiation.

511. On peut d'ailleurs rappeler, si cela s'avère utile ici, que la notion de dignité n'a pas nécessairement besoin d'être expressément visée pour exister. Le Conseil Constitutionnel, n'a-t-il pas ouvert la voie, à la technique de la découverte du principe de dignité par une relecture orientée de texte ?⁷³¹ De plus le Conseil Constitutionnel renvoie au préambule de la

⁷³¹ Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, JO du 30 juillet 1994. Le Conseil Constitutionnel retient que : « considérant que le préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des Droits, libertés et

constitution de 1946 pour fonder la notion de dignité. Or on sait que la déclaration de 1789 fait partie du préambule de 1946, et que « (...) le préambule sera considéré comme un Tout, formé d'un ensemble d'éléments interdépendants et solidaires qui n'ont pas de sens pris isolément mais seulement dans/par les relations d'opposition, d'association qui les unissent »⁷³². Il ne paraît alors pas infondé de redécouvrir à notre tour cette notion de dignité dans la déclaration de 1789 d'autant plus que la Déclaration elle-même se prête bien à cette relecture. La filiation entre la déclaration et la notion de dignité s'impose avec nous pourrions dire la force de l'évidence, à tel point même qu'il ne semble pas nécessaire de mentionner expressément la notion. Lorsque l'on relit le préambule ainsi que l'interprétation qu'en a faite le Conseil Constitutionnel, on peut en déduire que la réaffirmation des Droits de l'homme est un moyen d'assurer le respect de la dignité humaine. Le lien est donc établi, si besoin en était encore, entre la dignité et les droits de l'homme tels qu'ils sont affirmés par la déclaration du 26 août 1789. C'est parce que les droits de l'homme et la dignité ont été bafouées qu'il faut réaffirmer la nécessité de replacer, de redonner à l'homme sa place et de réaffirmer sa valeur. Il faut alors l'admettre, il y a dans la déclaration de 1789, « un envoûtant parfum de dignité »⁷³³.

§ 2 : LES CONSEQUENCES DE LA DIGNITE COMME FONDEMENT SUR LA FORMULATION DES DROITS DE L'HOMME

512. La dignité comme fondement emporte avec elle la nécessité d'un sujet qui soit universel. La dignité entraîne dans son sillage l'universalité. L'universalité désigne le fait que les droits soient attribués à tous les êtres humains sans distinction et repose sur les valeurs fondamentales que défend l'idée de dignité humaine⁷³⁴.

principes constitutionnels en soulignant d'emblée « qu'au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de sexe ou de religion, ni de croyance possède des droits inaliénables et sacrés », qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ».

⁷³² J. CHEVALIER. Essai d'analyse structurale du préambule, in. *Le préambule de la constitution de 1946 : Antinomies juridiques et contradictions politiques*. PUF 1996, 296p, p.13-36.

⁷³³ C. LECOMTE, Des dignités, à la dignité, in *L'odyssée des droits de l'homme : Tome I : Fondations et naissance des droits de l'homme*. Paris, L'Harmattan, 2002, p.159-170.

⁷³⁴ G. PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux, op.cit.spéc.p.282*

513. La dignité est celle de tout homme et de chaque homme. Le sujet de la dignité est *l'uomo universale*. Il ressort de ce qui précède qu' « un droit n'est un droit de l'homme que s'il postule une compréhension au sein de l'unité de l'homme indivisible en ses droits. »⁷³⁵

514. Le lien entre droits de l'homme et universalité était déjà fait par Cicéron en son temps. Cette universalité était déjà présente bien qu'envisagée différemment dans la conception antique des droits de l'homme que l'on retrouve chez Cicéron. En effet, des études portant sur la recherche des droits de l'homme dans l'Antiquité en général semblent avoir démontré que bien que l'on ne puisse pas trouver à cette époque des droits de l'homme tels qu'on les entend aujourd'hui,⁷³⁶ il existe bien une idée de droits de l'homme à cette époque. On retrouve dans l'œuvre de Cicéron, de l'idée « d'un droit universel et d'humanité »⁷³⁷. Mais l'universalisme cicéronien diffère de l'universalisme moderne. Les droits de l'homme au sens moderne se basent « sur une conception à la fois égalitaire et universaliste de la nature humaine, qui sert de fondement à une construction juridique, de nature elle aussi égalitaire et à vocation universelle »⁷³⁸. L'universalisme sur lequel Cicéron développe l'idée antique des droits de l'homme est fondé sur une notion d'universalité qui « diffère de l'universalisme des Droits de l'homme, notamment par son aspect hiérarchique et non égalitaire »⁷³⁹. Cette différence vient du fait que l'universalisme cicéronien est fondé sur l'idée d'*humanitas* qui, on le sait, chez Cicéron renvoie à une culture littéraire. L'universalisme ainsi prôné est alors tout de suite relativisé car reposant sur un socle concret de culture. En effet, en faisant reposer les droits finalement sur une culture, on oppose la bonne et mauvaise culture. On oppose une culture supérieure à une culture inférieure, « de ce fait, tous les hommes appartiennent au genre humain, mais (...) certains sont plus humains que d'autres »⁷⁴⁰. C'est donc une universalité bien relative et bien inégalitaire qu'on peut relever dans l'antiquité et avec laquelle va trancher substantiellement la notion moderne de « droits de l'homme ».

515. Pufendorf va ainsi affirmer l'universalité de la nature humaine et des droits qui en découlent : « (...) la raison la plus forte, aussi bien que la dernière ressource qu'on ait en main pour rabattre l'insolence d'une personne qui vous insulte, c'est de dire après tout : *je ne suis pas un chien, je suis un homme aussi bien que toi* »⁷⁴¹. Comme donc la nature humaine se

⁷³⁵ P. MEYER-BISCH. *Le corps des droits de l'homme : L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*. Editions universitaires de Fribourg, 1992, 401p.18

⁷³⁶ L. REVERSO, La pensée juridique romaine face aux « Droits de l'Homme » : l'exemple de Cicéron, *Fondation et naissances des Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, p.13-48.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ Nous soulignons.

trouve la même en tous les hommes, et que d'ailleurs il ne saurait y avoir de société entre eux s'ils ne se regardent du moins comme ayant une nature commune, il s'ensuit que par le droit naturel, chacun doit estimer et traiter les autres comme lui étant naturellement égaux »⁷⁴². On aurait pu avoir quelques doutes sur le sujet des droits proclamés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁷⁴³, mais force est de constater que cette Déclaration, au-delà de la lutte de la bourgeoisie pour le sacre de l'individualisme, cette déclaration se veut celle plus universelle des droits de l'Homme⁷⁴⁴, ce que vont confirmer les déclarations postérieures. L'universalité constitue dorénavant « le noyau essentiel de chaque droit, aussi aucune exception ne peut y être tolérée sans détruire la consistance même du droit »⁷⁴⁵. De nombreuses critiques s'élèvent contre l'universalité des droits de l'homme. Ces critiques sont justifiées par le caractère abstrait de cette manière de concevoir les droits de l'homme. *L'uomo universale* n'existerait pas. En effet, l'égalité postulée par l'universalité serait en contradiction avec la réalité : « vouloir penser et mettre en œuvre les droits de l'homme comme une unité indivisible est le comble de la difficulté, puisque cela revient à penser la pluralité dans l'unité et inversement l'idée générale dans les dédales des violations quotidiennes »⁷⁴⁶.

516. On ne peut ignorer de telles objections, mais d'un point de vue strictement théorique, à partir du moment où on pose la dignité comme fondement des droits de l'homme, on vise l'homme en tant que membre de l'espèce humaine. La dignité comme fondement impose comme titulaire des droits de l'homme, l'homme générique. Pour nous aider dans notre analyse, nous allons partir de la distinction introduite par M. Peces-Barba au sein des différents besoins de l'homme, afin de comprendre comment ces différents besoins s'articulent par rapport à la dignité et partant avec les droits de l'homme. Cette distinction permet d'expliquer que seuls sont des droits de l'homme, les droits qui sont essentiels, fondamentaux pour tout homme. M. Peces-Barba établit une hiérarchie entre les différents besoins de l'homme, entre trois sortes de besoins: les besoins élémentaires, les besoins de

⁷⁴² PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, liv. III, Traduit par Barbeyrac. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1987.

⁷⁴³ La doctrine marxiste met en avant le fait que les droits de l'homme ainsi consacrés notamment en 1789 marquent l'avènement d'un individualisme qui rend hommage à un homme égoïste, replié sur lui-même. Il faut donc organiser la révolution prolétarienne, pour que les moyens de production soient la propriété de l'Etat. La doctrine marxiste propose elle également une nouvelle conception de l'universalité

⁷⁴⁴ Voir en ce sens : G. PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op.cit.spéc.p.274 : «La déclaration de 1789 a été plus qu'une déclaration de droits : elle a élaboré tout un programme politique et constitutionnel de la modernité dans lequel l'idée d'universalité des droits occupe une place prédominante. »

⁷⁴⁵ P. MEYER-BISCH, *op.cit.*, p.18

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p.15.

maintien, les besoins d'amélioration⁷⁴⁷. Les besoins élémentaires sont les plus importants de ce triptyque. En effet, il en va de la vie humaine et plus précisément de sa survie, dans la mesure où la réalisation de ces besoins est un impératif lié à la survie de la vie humaine. Ne pas les réaliser c'est en quelque sorte « condamner à mort la vie humaine ». Ce sont des besoins vitaux. Les besoins dits de maintien permettent de mettre l'homme en condition d'exercer des choix. Ils visent les conditions qui rendent possible l'exercice de la liberté. Ils ont trait au maintien de « la capacité de choix éclairée ». Viennent enfin les besoins dits d'amélioration, qui comme leur nom l'indique visent à améliorer une situation acquise. Il s'agit de « l'optimisation des possibilités de développement, de croissance, de progrès physique, économique, culturel et social, de la condition humaine »⁷⁴⁸. Selon l'auteur, tous ces besoins, qu'ils soient élémentaires, de maintien ou d'amélioration sont essentiels, cependant seuls les besoins élémentaires et les besoins de maintien ne sont pas négociables⁷⁴⁹. Cette distinction peut être reprise dans un raisonnement qui fait de la dignité le point de départ des droits fondamentaux, et avec elle l'universalité. Dans ce cas, les droits fondamentaux sont ces besoins vitaux et de maintien, les autres besoins étant des besoins d'amélioration. La dignité comme fondement des droits fondamentaux nous amène alors à distinguer, entre des droits qui seraient véritablement fondamentaux, (qui joueraient en quelque sorte le rôle des besoins élémentaires et de maintien dans le raisonnement de M. Peces-Barba) et les autres droits qui ne seraient que des objectifs fondamentaux en tant qu'ils participeraient à la réalisation d'un droit lui fondamental. (Ces objectifs fondamentaux, seraient les besoins d'amélioration de M. Peces-Barba). Afin de mieux comprendre, on peut s'arrêter quelques instants sur deux exemples, l'un tiré du handicap (A) et l'autre relatif au droit fondamental au logement (B).

A) LES DROITS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE HANDICAPÉE

517. Le refus des particularismes qu'impose l'idéal d'universalité contenu dans la notion de dignité va entraîner une conséquence non négligeable sur la notion de droit fondamental, s'agissant de la personne handicapée. En effet, postuler la dignité comme fondement rationnel des droits fondamentaux, c'est postuler l'universalité de ces droits et c'est en rendre l'homme

⁷⁴⁷ G. PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op.cit.spéc.p.199-204.

⁷⁴⁸ G. PECES-BARBA. *Théorie générale des droits fondamentaux*, op.cit.spéc.p.199-204

⁷⁴⁹ *Ibid.*, l'auteur insiste sur le fait que rien ne doit entraver la réalisation des besoins élémentaires et de maintien, car est en jeu, « l'existence même de l'être humain en tant que fin en soi comme expression d'une dignité précieuse. La possibilité d'autonomie morale serait alors anéantie.

seul titulaire. S'en tenir là justifie que soit remis en cause la reconnaissance pour les droits fondamentaux d'autres titulaires que l'homme en général. C'est refuser la logique qui attribuerait à telle ou telle catégorie d'homme, à cet « homme en tant que », des droits fondamentaux. L'expression « droits fondamentaux » de la personne handicapée est alors à repenser sérieusement. Postuler l'existence des droits fondamentaux de la personne handicapée, de la femme, de l'enfant, c'est se maintenir dans une optique catégorielle, spécificatrice contraire en tous points à la dignité et à l'universalité qu'elle implique. La dignité impose de parler de droits fondamentaux de l'homme, de toute personne humaine en général. C'est le titulaire des droits fondamentaux que la dignité rend universel, un droit est fondamental pour toute personne ou il ne l'est pas.

518. On retrouve cette logique dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.⁷⁵⁰ En effet, cette loi va bien dans le sens d'une reconnaissance pour la personne handicapée des mêmes droits fondamentaux que pour tous les citoyens et non de droits fondamentaux qui seraient spécifiques pour cette personne. La loi prévoit en effet que « les personnes mineures ou adultes, handicapées physiques ou mentales doivent pouvoir accéder aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ». Sont ainsi visés, l'accès aux soins, à l'éducation, à la formation, à l'insertion professionnelle, à l'emploi, à la garantie d'un minimum de ressources adaptées. Cette obligation englobe également l'intégration sociale, la liberté de déplacement et de circulation ainsi que la protection juridique. Enfin on peut mentionner le droit au sport, aux loisirs, au tourisme et à la culture⁷⁵¹.

519. Le « droit à compensation » traditionnellement récurrent dans le débat juridique autour du handicap et consacré par la loi du 17 janvier 2002 est repris par la loi du 11 février 2005⁷⁵² qui insère un article L.114-1-1 au Code de l'action sociale et des familles. Cet article dispose : « la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quelles que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie ». La tentation serait grande de voir dans ce droit à compensation un droit fondamental de la personne handicapée. Cependant, la dignité comme fondement empêche une telle qualification. Ce droit à compensation participe pourtant du plein développement de la personne handicapée en tant que personne humaine. On sent tout de suite l'importance que

⁷⁵⁰ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, JO du 18 janvier 2002, p.1008.

⁷⁵¹ P. PEDROT, Les droits fondamentaux de la personne handicapée, in *Le handicap : Droit, histoire et médecine*. PUAM, 2004, p.93

⁷⁵² Loi n° 2005/102, JO n°36 du 12 février 2005, p.2353. Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées,

revêt ce droit ainsi que toutes les conséquences qu'il emporte pour la personne handicapée. Il sera donc élémentaire pour la personne handicapée, mais pas un droit fondamental.

520. La même analyse peut être menée s'agissant de ce que l'on appellera « le droit à l'accessibilité » organisé par la loi du 11 février 2005 et qui est le corollaire de la liberté de circulation. L'accessibilité devient une priorité avec la loi nouvelle, une obligation dont le non respect entraîne des sanctions prévues par le texte. L'article L111-7 nouveau du Code de la construction et de l'habitation dispose ainsi que : « les dispositions architecturales, les aménagements et équipements intérieurs et extérieurs des locaux d'habitation, qu'ils soient la propriété de personnes privées ou publiques, des établissements recevant du public et des lieux de travail doivent être tels que ces locaux et installations soient accessibles à tous et notamment aux personnes handicapées quel que soit le handicap, notamment physique, sensoriel, mental ou psychique ». Cette notion d'accessibilité ne prend pas le même sens pour une personne dite valide et pour une personne handicapée. Ainsi, pour la personne valide l'accessibilité aux lieux publics, aux transports, peut ne renvoyer le plus souvent qu'à une amélioration des installations existantes, une obligation répondant plus à un besoin de confort plus qu'à une nécessité élémentaire. S'agissant d'une personne en situation de handicap, l'accessibilité sera bien souvent la possibilité d'accéder à un endroit, de s'y déplacer facilement. L'accessibilité devient pour cette personne une possibilité matérielle, c'est-à-dire pouvoir arriver à pénétrer dans un lieu, prendre les transports. L'accessibilité prend alors pour cette personne la forme d'un besoin élémentaire, un besoin fondamental. Il s'agit alors d'un besoin dont le contenu n'est pas l'amélioration de l'accès à un lieu donné (construire un ascenseur plus moderne pour remplacer un ascenseur vétuste) mais l'accès qui n'est même pas possible du tout (inexistence d'ascenseur, de pente pour permettre aux fauteuils roulants de circuler). On voit donc que si l'accessibilité est un besoin essentiel pour la personne handicapée, mais parce qu'il n'est essentiel que pour la personne handicapée, elle ne sera pas constitutive d'un droit fondamental, mais sera plutôt un objectif fondamental comme participant lui-même à la réalisation d'un droit lui fondamental, la liberté d'aller et venir.

521. Du strict point de vue de la dignité comme fondement, on parlera non pas de droits fondamentaux de la personne handicapée mais de l'accès de la personne handicapée aux droits fondamentaux. C'est cet accès qui pourra se fonder sur la notion de dignité. Ce qui est alors présenté comme un droit fondamental de la « personne située », de l' « homme concret », devient alors à la lumière de la dignité une exigence incontournable, un objectif à caractère fondamental, en ce qu'il participerait de la réalisation d'un droit lui fondamental au sens de fondamental pour tous.

522. On voit alors surgir ici toute l'ambiguïté de la notion de dignité comme fondement des droits fondamentaux et les conséquences que ce postulat implique, un refus de droits fondamentaux pour chaque catégorie de personne et un seul titulaire pour les droits fondamentaux, la personne humaine en général. Ce n'est qu'en organisant une telle hiérarchisation entre droits et objectifs fondamentaux que l'on peut expliquer que la dignité soit considérée comme le fondement des droits fondamentaux. En effet, le droit fondamental a dans la logique de la dignité comme fondement, pour titulaire intemporel et inconditionnel, l'homme universel.

B) LE DROIT FONDAMENTAL A UN LOGEMENT DECENT

523. C'est dans une décision du 22 juillet 1982⁷⁵³ que le Conseil constitutionnel fait pour la première fois référence à la notion d'objectif à valeur constitutionnelle⁷⁵⁴. La sauvegarde de l'ordre public est ainsi posée comme le premier objectif à valeur constitutionnelle. On dénombre à ce jour douze objectifs à valeur constitutionnelle⁷⁵⁵. La consécration par le Conseil constitutionnel⁷⁵⁶ d'un droit à un logement décent s'est faite en reconnaissant à ce droit non pas un caractère de droit fondamental mais celui d'un objectif à valeur constitutionnelle⁷⁵⁷, rattaché explicitement au principe de dignité. Le raisonnement suivi par le conseil constitutionnel va bien dans le sens de la reconnaissance de la dignité comme fondement des droits fondamentaux. En effet, le droit à un logement décent n'est « qu'un » « objectif à valeur constitutionnelle », ce qui implique une hiérarchie entre principes à valeur constitutionnelle et objectifs, en subordonnant l'objectif au principe⁷⁵⁸. Cette hiérarchie est relayée par la doctrine. Ainsi on trouve à côté des principes à valeur constitutionnelle, des

⁷⁵³ CC. Décision n° 82-141 du 27 juillet 1982. *Rec.p.*28

⁷⁵⁴ Voir pour une analyse substantielle de la notion d'objectifs à valeur constitutionnelle P.de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*. Dalloz, 2006, 680p.

⁷⁵⁵ Ont ainsi été consacrés par le Conseil Constitutionnel, comme objectifs à valeur constitutionnelle : la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, le pluralisme, la transparence financière des entreprises de presse, la protection de la santé publique, la recherche des auteurs d'infractions, la lutte contre la fraude fiscale, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi que l'égalité entre les collectivités territoriales.

⁷⁵⁶ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, JO du 21 janvier 1995.

⁷⁵⁷ V. GODFRIN, Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété. in *Ethique, Droit et Dignité de la personne*. Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, paris, 1999, p.137-158, l'auteur souligne ainsi s'agissant de ce droit à un logement décent que le Conseil Constitutionnel « a ensuite précisé la valeur de ce droit dans la hiérarchie des normes : il s'agit d'un objectif à valeur constitutionnelle et non d'un droit social fondamental que le préambule de 1946 aurait oublié de mentionner. »

⁷⁵⁸ V. en ce sens B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. LGDJ, paris, 2002,791p. spéc.p.275 et s.

objectifs à valeur constitutionnelle. Ces principes sont l'œuvre de la jurisprudence constitutionnelle et se voient reconnaître un rôle différent de celui des principes à valeur constitutionnelle. Selon M. Gaia « l'objectif de valeur constitutionnelle n'a pas le caractère normatif initial que revêt le principe ou la règle de valeur constitutionnelle, mais celui d'une norme d'application d'un tel principe »⁷⁵⁹. Il y a donc une hiérarchie entre principes et objectifs à valeur constitutionnelle, les premiers fondant les seconds. Cependant une partie de la doctrine remet en cause cette hiérarchie, en tirant notamment argument des effets considérables que la jurisprudence du Conseil Constitutionnel fait produire à cet objectif « au point de permettre des atteintes conséquentes au droit de propriété, droit constitutionnel, s'il en est »⁷⁶⁰. Si le Conseil se donne pour tâche de concilier les deux, c'est qu'aucun n'est supérieur à l'autre. Cette hiérarchie n'aurait alors pas lieu d'être et le droit à un logement décent serait un droit fondamental. Cette doctrine ne distingue pas entre le droit à un logement et le droit à un logement décent, ce que nous pensons qu'il est nécessaire de faire. En effet, derrière la revendication d'un droit au logement et celle d'un droit au logement décent, on trouve des logiques et des implications différentes. On ne part alors plus de la dignité et de l'universalité mais on tend vers elles. La fondamentalité n'est plus imposée logiquement, elle s'impose nécessairement. C'est cette hiérarchie que l'on peut également retrouver dans notre hypothèse de la dignité comme fondement. En effet, il y aurait une hiérarchie similaire entre les droits fondamentaux et les objectifs à caractère fondamental. En effet, le droit consacré par le Conseil constitutionnel est le droit à un logement décent et non le droit plus large et plus général à un logement. Il faut rappeler que c'est le droit au logement qui est traditionnellement considéré comme un droit fondamental⁷⁶¹. Ce droit a alors pour titulaire l'homme en général, il est donc fondamental pour tout homme.

524. Lorsque le droit au logement se veut décent, force est de constater que le titulaire n'est plus le même. Le titulaire est clairement identifié, il est spécifié, il s'agit de l'homme mais en tant qu'il est en situation de vulnérabilité. Parce que ce titulaire est spécifique, « l'homme en tant que », ce droit au logement décent ne peut être un droit fondamental, mais eu égard à

⁷⁵⁹ P. GAIA note sous CC 94-359 DC du 19 janvier 1995, *RFDC*, 1995, p.582.

⁷⁶⁰ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, *op.cit.*, spéc.p.294-299. Pour l'auteur, le droit à un logement décent doit être consacré en tant que droit fondamental et non

⁷⁶¹ Ainsi, ce droit est reconnu explicitement ou implicitement par de nombreux textes internationaux. L'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 vise ce droit dans son article 25, l'article 11 du Pacte des Nations-Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 19 décembre 1966 reconnaît « le droit de toute personne à un logement(...) ». L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, et l'article 27 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, reconnaissent implicitement ce droit au logement à travers respectivement le droit à une vie privée et familiale normale et le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant.

l'importance qu'il revêt et parce qu'il participe d'un droit lui fondamental, le droit au logement, il est un objectif fondamental. C'est alors en cela que la décision du Conseil respecte cette hiérarchie commandée par la notion de dignité en tant que fondement des droits fondamentaux. Cependant le Conseil ne rattache pas le droit à un logement décent directement au droit au logement mais au principe de dignité. Il faut alors rectifier ici ce rattachement. En effet, si le principe de dignité est bien le fondement de ce droit au logement décent, il ne l'est qu'à travers la médiation du droit fondamental qu'il fonde directement, le droit au logement. Nous pensons par conséquent que le rattachement du droit au logement décent au principe de dignité n'est pas pertinent, car la dignité exige directement le droit au logement pour tous. Le droit à un logement décent n'est alors si on part de la dignité pas un droit fondamental, mais cet objectif à caractère fondamental participant de la réalisation de ce droit fondamental de tous au logement. La logique est sauve, mais confrontée au fait et à cette vulnérabilité, la logique semble dépourvue d'âme, elle apparaît froide et inhumaine.

525. Cependant la précision du « logement décent » démontre que « c'est ainsi non plus la personne humaine mais l'individu aux prises avec les contradictions et les tensions du champ social qui est protégé »⁷⁶². Le droit à un logement décent est contingent, résultant du constat de la situation dans laquelle se trouvent les personnes démunies qui doivent souvent accepter des logements vétustes, délabrés. Le droit à un logement décent est alors la conséquence de cette vulnérabilité dans laquelle se trouvent les créanciers de ce droit. Cette revendication s'inscrit dans ce contexte contemporain de lutte contre l'exclusion et participe de la volonté (au demeurant légitime) de protéger certaines catégories de la population en situation de vulnérabilité. L'objectif affiché est « la recherche d'une solution au problème du logement des plus démunis »⁷⁶³. Ce n'est alors pas la dignité mais la vulnérabilité qui fonde ce droit⁷⁶⁴. C'est cette nouvelle logique qui semble présider s'agissant des nouveaux droits fondamentaux, la spécificité est assumée, elle est nécessaire et rend compte de l'évolution des droits fondamentaux. La dignité pouvait alors en théorie se poser comme fondement des droits de l'homme dans la mesure où on se posait la question du « pourquoi » des droits de l'homme ; cependant, lorsque la question devient celle du « pour quoi », de la finalité de ces droits, il faut alors voir dans la dignité la finalité de ces « droits de l'homme » qualifiés de droits fondamentaux.

⁷⁶² B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? *D.*, 1996, chr.p.285.

⁷⁶³ V. GODFRIN, Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété, in *Ethique, Droit et Dignité de la personne*. Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999, 137-158.

⁷⁶⁴ F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit au logement, in *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, Paris, 2000, p.167-188.

SECTION 2
LA DIGNITE COMME FONDEMENT IMPROBABLE DES DROITS
FONDAMENTAUX

526. A une époque où la personne vulnérable tient plus que jamais le premier rôle sur la scène juridique, les droits de l'homme font plus que jamais figure de formule « vieillissante » et dépassée, reléguée dans les limbes des débats juridiques par l'aguichante notion de « droits fondamentaux ». Arbitre malgré lui de ce combat entre deux conceptions de l'homme, le principe de dignité est omniprésent dans le droit des droits de l'homme. A l'heure où le droit fait de l'homme vulnérable sa priorité, il n'a de cesse de lui fournir les moyens pour assurer sa promotion au sein de la société. C'est dans cette perspective que les droits fondamentaux sont mis en avant comme outils privilégiés de cette promotion. Droits fondamentaux et dignité sont alors censés constituer l'arme fatale dans ce combat pour la promotion de l'homme concret. C'est pourquoi il apparaît crucial de tenter de comprendre le mode d'articulation de la dignité par rapport aux droits fondamentaux. La dignité constitue-t-elle le fondement des droits fondamentaux ? Cette question s'impose à partir du moment où on constate que les droits de l'homme et les droits fondamentaux renvoient à des réalités distinctes (§1). Il devient alors nécessaire de repenser le lien qui existe entre la dignité et les droits fondamentaux (§2).

§1: LA DISTINCTION ENTRE DROITS DE L'HOMME ET DROITS
FONDAMENTAUX

527. On se rend compte que derrière la différence terminologique se cache une différence idéologique qui prend son ancrage dans la société actuelle. Alors qu'on les pensait interchangeables renvoyant à une seule et même réalité, les termes de droits de l'homme et de droits fondamentaux révèlent à l'analyse, les divergences substantielles qui les lient. La distinction supposée originellement terminologique (A) s'avère être véritablement substantielle (B).

A) UNE DISTINCTION *A PRIORI* TERMINOLOGIQUE

528. On ne peut nier qu'il y ait une distinction entre les notions de droits de l'homme et de droits fondamentaux. Pour certains auteurs la notion de droits fondamentaux serait simplement une manière plus moderne de signifier une réalité ancienne. Il ne s'agirait alors que d'une substitution terminologique (1°). Pour d'autres cependant, il y a une véritable amélioration terminologique, la notion de droits fondamentaux signifiant de manière plus juste la réalité des droits reconnus à l'homme du fait de son humanité. C'est ce que le recteur Peces-Barba démontre magistralement (2°).

1° Une substitution terminologique

529. Lorsque l'on se penche sur la nécessité de reconnaître des droits à l'homme du simple fait qu'il soit homme, deux expressions font jour, la notion de droits de l'homme et celle de droits fondamentaux. Il faut cependant rappeler que la distinction n'est pas faite seulement entre droits de l'homme et droits fondamentaux. Le débat sur les droits de l'homme, avant d'être un débat sur le contenu même de ces droits est un débat terminologique. La terminologie employée varie au gré des analyses doctrinales. On peut relever plusieurs expressions qui sont souvent confrontées pour parler de ces droits qui seraient dus à l'homme du seul fait de sa qualité d'homme. Cette richesse de vocabulaire cache une réelle imprécision terminologique⁷⁶⁵. On peut relever plusieurs expressions qui sont souvent confrontées pour parler de ces droits qui seraient dus du fait de notre qualité d'homme⁷⁶⁶. Si la

⁷⁶⁵ O. DORD, Libertés publiques ou droits fondamentaux. In P. TRONQUOY (dir.), « Les libertés publiques. » *Les cahiers français*, n°296, 2001.

⁷⁶⁶B. MATHIEU, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002, 791p., p. 13. Les auteurs qui ont opté comme le montre l'intitulé de leur ouvrage, pour la notion de Droits fondamentaux, distinguent ceux-ci des droits de l'homme, des libertés fondamentales, des droits et libertés fondamentaux, des libertés publiques. Ils justifient leur choix par le caractère plus large qu'aurait la notion de droit fondamental, ; voir. G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*. Paris, Dalloz, 6è édition, 2003,538p. L'auteur qui opte pour l'expression « Libertés publiques », reconnaît cependant que cette notion « (...) est l'une des plus floues parmi celles qu'utilise le droit français » ; voir également P. WACHSMAN qui retient la notion de libertés Publiques, *Les libertés publiques*. Collection Cours, série Droit public, Paris, Dalloz, 3è édition, 2000. Pour l'auteur, la notion de Libertés publiques est première et les autres expressions « témoignent des profondes évolutions qui l'affectent en France depuis une vingtaine d'années » ; voir en ce sens L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 2000,347p.

notion de droits de l'homme est considérée comme une notion moderne⁷⁶⁷, la notion de droits fondamentaux l'est encore davantage si l'on se place dans une perspective d'analyse chronologique de la référence de ces concepts dans le discours relatif aux droits de l'homme. En effet, la notion de droits de l'homme apparaît avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁷⁶⁸, alors que la notion de droits fondamentaux apparaît elle sur le plan international avec la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Il est vrai que la Déclaration de 1948 s'intitule Déclaration universelle des droits de l'homme, mais la référence aux droits fondamentaux y est explicite⁷⁶⁹. Il ne se trouve pas un auteur qui ne souligne à titre liminaire, le caractère « récent »⁷⁷⁰. Ainsi la notion de droits fondamentaux est présentée par plusieurs auteurs comme la vision moderne des droits de l'homme. On assisterait ainsi à une amélioration terminologique⁷⁷¹. Pour M. Mathieu il s'agit purement et simplement d'une « substitution terminologique » qui répond « probablement à un effet de mode comme par exemple les supposés connotations sexistes du terme homme⁷⁷². M. Picard résume ainsi le scepticisme de certains auteurs pour lesquels les droits fondamentaux ne seraient qu'une manière masquée de reposer les droits de l'homme : « pour cette partie de la doctrine, il se pourrait que sous couvert de droits fondamentaux, ce soient en réalité les troupes quelque peu débandées des droits de l'homme tels qu'ils se manifestent aujourd'hui, sans ordre et sans contrôle mais non sans armes, qui, à leur manière un peu

⁷⁶⁷ G.PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op.cit.,p.22 « Ce concept historique apparaît en effet au moment de la transition vers l'époque moderne. Il remplace ou du moins complète les, idées de Droit comme ordre créé par Dieu et développé par le législateur ».

⁷⁶⁸ Ainsi, la déclaration du 26 août 1789, énonce que « l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules cause des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme(...) »

⁷⁶⁹ Ainsi, le préambule de la déclaration énonce que : « (...) dans la Charte les peuples des Nations unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme... »

⁷⁷⁰ Voir en ce sens notamment, F. TERRE, Sur la notion de libertés et droits fondamentaux, in, R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*. Dalloz, op.cit., p. 3-6. L'auteur affirme qu'aux concepts de libertés publiques des droits de l'homme (...) s'est ajouté un autre à notre époque « les droits fondamentaux » ; voir également, S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*. LGDJ, Paris, 2005, 401p. Pour Mme Leturcq, la transformation du titre de l'ouvrage de Jacques Robert est symptomatique de la généralisation du terme de droits fondamentaux. L'ouvrage anciennement intitulé « Libertés publiques et droits de l'homme » (1988), s'intitule désormais « droits de l'homme et libertés fondamentales (1999) ». Voir également, L. REVERSO, La pensée juridique romaine face aux « Droits de l'homme » : l'exemple de Cicéron, in *L'odyssée des Droits de l'homme : Tome I : Fondation et naissances des Droits de L'Homme*. Paris, L'harmattan, 2003, p13-47.

⁷⁷¹ V. en ce sens G PECES-BARBA. *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris : LGDJ2004, 497P., spéc.p.22 Selon l'auteur, « si nous nous référons à la praxis linguistique et aux formes lexicales qui reflètent l'usage d'un terme du langage par les membres d'une société historique, nous rencontrons différents mots qui expriment le concept des droits de l'homme, tels que les droits naturels, les droits publics subjectifs, les libertés publiques, les droits moraux, les droits fondamentaux, les droits individuels, les droits du citoyen.

⁷⁷² B. MATHIEU, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002, 791p., p. 13.

tapageuse et irresponsable, fassent leur percée dans l'ordonnement positif, pour le perturber, voire le désorganiser radicalement »⁷⁷³.

2° Une amélioration terminologique

530. L'analyse faite par M. Peces-Barba permet de bien saisir cette « agitation conceptuelle » autour des notions de droits de l'homme et de droits fondamentaux. Il recense les différentes notions employées pour signifier la réalité contenue dans les droits de l'homme. Pour l'auteur, cette différence terminologique est loin d'être neutre. L'analyse à laquelle il se livre est guidée par un souci de précision terminologique. Il s'agit de rechercher le terme qui signifie le plus précisément, le plus justement ces droits qui sont liés à l'humanité de l'homme. « Aucun de ces termes n'est la plus pure expression d'une décision linguistique ; tous ont des liens culturels et des explications issues d'un contexte historique, de certains intérêts, de certaines idéologies et de positions scientifiques ou philosophiques »⁷⁷⁴. L'auteur envisage toutes les autres expressions existantes tout en marquant à titre liminaire, sa préférence pour la notion de droits fondamentaux⁷⁷⁵. Cette notion va constituer dans son analyse l'étalon à l'aune duquel il va juger les autres notions. Le recteur relève au moins quatre façons différentes de désigner ces droits reconnus à l'homme « *quia homme* » :

531. - *Droits naturels.*

Cette expression de droits naturels⁷⁷⁶ est rattachée selon l'auteur au jusnaturalisme classique mais est aujourd'hui « tombée en désuétude » remplacée par la notion de droits moraux.

Il est reproché à cette expression son caractère jusnaturaliste prononcé, son rationalisme exacerbé. Elle ne tiendrait pas suffisamment compte de l'histoire et de la réalité sociale. Les droits naturels selon l'auteur ne semblent pas être « l'expression adéquate pour englober le phénomène des droits de l'homme ».

532. - *Droits publics subjectifs.*

Il s'agit d'une notion plus « moderne, plus technique » qui souffrirait d'un manque de lisibilité à l'extérieur du milieu juridique. Cette notion est l'œuvre de « l'école allemande de

⁷⁷³ E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique*, AJDA 1998, n° spécial, p. 6-42.

⁷⁷⁴ G.PECES-BARBA. *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p.22

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p.21-36.

⁷⁷⁶ Cette notion renvoie à des droits antérieurs au Pouvoir et au Droit positif qui, étant donné que le Droit naturel est Droit, ont une dimension juridique, des droits qui se découvrent par la raison dans la nature humaine des droits qui s'imposent à toutes les normes de Droit créées par le souverain et qui limitent son action.

Droit public, apparue au XX^{ème} siècle comme spécification du concept plus général de Droit public ». Elle est trop spécifique et peu généralisable et de ce fait ne semble pas « opportune » pour rendre compte de la notion de droits de l'homme. Cette notion est donc rejetée par l'auteur pour « des raisons qui touchent d'abord à la généralisation que l'idée des droits de l'homme ne peut dériver des outils linguistiques du droit, mais également parce que son statut scientifique est réfuté par un pan important de la doctrine »⁷⁷⁷. Enfin, cette notion est écartée parce que son contenu n'est pas adéquat avec la situation actuelle des droits de l'homme dans l'Etat social. Cette notion n'est pas courante en droit français, ni dans la doctrine juridique, ni dans la jurisprudence, constitutionnelle ou judiciaire.

533. - Libertés publiques.

La notion de libertés publiques est plus répandue au sein de la doctrine juridique française⁷⁷⁸. L'avantage de cette expression est de réconcilier au sein de l'idée de droits de l'homme, le positivisme et le jusnaturalisme. De plus, cette notion est intellectuellement plus accessible que celle de droits publics subjectifs pour un auditoire moins rompu à la technique juridique. Cependant cette notion semble être trop étroite pour « englober toutes les facettes possibles des droits de l'homme ». Elle ne prendrait pas en compte notamment « l'apport démocratique auquel se réfèrent les droits politiques, ni l'apport socialiste, qui influence les droits sociaux ».

534. - Droits moraux.

Cette terminologie, « héritière de la tradition anglo-saxonne » n'est pas familière à la scène juridique française. L'idée maîtresse de ces droits serait de constituer en quelque sorte un pouvoir de l'individu face à l'Etat. Cette expression qui s'apparente beaucoup à celle de « droits naturels », dont elle constitue selon l'auteur, la « version moderne », encourt à ce titre les mêmes critiques.

535. L'auteur qui a méthodologiquement disqualifié une à une les différentes notions traditionnellement employées, conclut que la notion de « droits fondamentaux » constitue « la plus précise et la plus pertinente des formes linguistiques disponibles »⁷⁷⁹. Cette notion est celle qui semble le mieux à même de correspondre à la philosophie des droits de l'homme. M. Peces-Barba résume la pensée d'un certain nombre d'auteur qui voient dans la notion de

⁷⁷⁷ G. PECES-BARBA, *op.cit.*, spéc., p. 34.

⁷⁷⁸ Voir notamment O. DORD qui oppose libertés publiques et droits fondamentaux. Les premières seraient selon lui chronologiquement antérieures aux seconds. Pour l'auteur, l'opposition des deux notions porte sur le fait que les libertés sont l'œuvre du parlement alors que les droits fondamentaux s'imposeraient même à la loi. O. DORD, Libertés publiques ou droits fondamentaux. In P. TRONQUOY (dir.), « Les libertés publiques. » *Les cahiers français*. n°296, 2001.

⁷⁷⁹ G. PECES-BARBA, *op.cit.*, spéc. p. 35

droits fondamentaux, la version juridique des droits de l'homme. « La notion de droits fondamentaux signifie l'importance morale d'une idée qui engage la dignité humaine et ses objectifs d'autonomie morale mais aussi l'importance du droit qui transforme les droits en une règle constitutive fondamentale de l'ordre juridique (...) »⁷⁸⁰. En effet, on ne peut qu'adhérer à la pertinence de cette remarque. Le simple fait de reconnaître et de proclamer des droits qui permettent à l'homme de réaliser les potentialités de son être, n'est pas suffisant, encore faut-il un outil qui rende cette actualisation possible, et cet outil c'est le droit. Il faut la morale et le droit. La morale ne va pas sans le droit, le droit ne va pas sans la morale. « La promiscuité de cette formule avec le terme de « droits de l'homme », mise à part son ambiguïté permet d'utiliser les « droits fondamentaux » d'une manière ouverte à cette première et à l'indispensable dimension éthique qui se perd dans une excessive orientation constitutionnaliste ou administrative, à laquelle se voient réduits les droits par les notions de « libertés publiques » ou de « droits publics subjectifs »⁷⁸¹.

B) UNE DISTINCTION *A POSTERIORI* SUBSTANTIELLE

536. La doctrine juridique distingue donc entre les notions de droits de l'homme et de droits fondamentaux tout en se montrant méfiante à l'égard de la notion de droits de l'homme. Cette notion de droits fondamentaux est née du rejet de la notion de droits de l'homme considérée alors comme une notion qui embrasse une réalité trop abstraite, une notion dépassée, n'étant pas à même de rendre compte de la complexification des droits dus à l'homme *quia homo*.

537. La notion de droits de l'homme est largement répandue, que ce soit dans le monde juridique, politique, scientifique, et dans le langage commun. Cette notion est chargée d'histoire, de symboles, elle suscite de l'espoir. Ces caractéristiques accordées à la notion, sont autant de raisons qui poussent les juristes à s'en méfier. On retrouve s'agissant de cette notion de droits de l'homme, la même méfiance qu'à l'égard de la notion de dignité. Les critiques formulées à l'encontre de la notion de « droits de l'homme » peuvent parfois être très virulentes. La notion de « droits de l'homme est donc reléguée au rang de « philosophie des droits de l'homme »⁷⁸², de « culture des droits de l'homme »⁷⁸³, voire même connotée de

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p.35

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² Voir en ce sens G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*. Armand Colin, 7^{ème} édition, 2005, p. 4

⁷⁸³ G. PECES-BARBA. *Théorie générale des droits fondamentaux*. op.cit.p.22

manière encore plus négative de « religion des droits de l'homme »⁷⁸⁴. Dans tous les cas, le caractère juridique est dénié à cette notion. C'est avant tout le caractère jusnaturaliste de cette notion de droits de l'homme qui est mis en avant.

538. Derrière ces deux notions, ce sont bel et bien deux visions de l'homme et de la société, deux visions de l'homme dans la société qui s'affrontent. C'est ce qu'il ressort en effet des analyses doctrinales. La critique formulée à l'encontre des droits de l'homme l'est à l'égard du titulaire des droits ainsi formulés de manière universelle, il n'existerait pas. Les droits de l'homme en ce qu'ils renvoient à un homme idéal, un archétype sont critiqués. L'homme universel qui est le sujet des droits de l'homme est un homme qui n'existe pas. L'universalité que la dignité impose, est en contradiction flagrante avec ce que l'homme vit au quotidien. Il y a donc un décalage entre ce prototype humain et cet humain concret qui va être celui qui va effectivement se prévaloir de ces droits. L'homme des déclarations des droits est un mythe. L'égalité prônée dans les déclarations est une égalité idéale que contredit formellement la réalité. Les droits de l'homme seraient ainsi coupés de la réalité. Ils seraient « décontextualisés »⁷⁸⁵. Une telle opposition homme abstrait/ homme concret est à notre sens trop réductrice, surtout parce qu'elle conduit à exclure l'homme abstrait, et à encenser l'homme concret. Or rejeter l'homme abstrait comme sujet des droits de l'homme c'est en quelque sorte tourner le dos à l'universalité des droits de l'homme. Or l'on ne saurait définitivement pas se passer de cette universalité. En effet, seule la pensée générale d'un homme abstrait permet d'inclure tous les hommes dans leur singularité et permet d'affirmer l'unité malgré la singularité. Nous pensons avec M. Meyer-Bisch que « c'est le langage universaliste qui est juste, celui de la déclaration de 1948, et celui de l'indivisibilité qui s'est affirmé peu à peu. Encore faut-il (...) accepter d'en payer le prix intellectuel et moral : risquer constamment les idées les plus générales au contact de la complexité des violations les plus dures comme les plus sournoises : chercher la référence à l'unité d'un être sans jamais pouvoir la définir positivement dans une doctrine achevée »⁷⁸⁶.

539. On constate pourtant que ce n'est pas la logique de l'universalité qui prévaut dans la conception moderne des droits de l'homme. Avec la notion de « droits de l'homme » l'accent

⁷⁸⁴ E. PICARD, *op. cit.* En effet, si les droits fondamentaux devaient révéler une conversion de l'ordre juridique à cette nouvelle religion des Droits de l'homme, -dont chaque fidèle est un pontife- et que nous pratiquons tous-, notre ordre juridique s'exposerait, à ce qu'il semble, à une dilution presque complète de ses principes et de sa structure fondamentale.

⁷⁸⁵ Voir en ce sens G PECES-BARBA, *op.cit.*, p.27. La « décontextualisation » renvoie pour l'auteur au fait que les droits de l'homme sont considérés en dehors de tout contexte historique, en dehors de toute logique spatio-temporelle.

⁷⁸⁶ P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme : L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme. op. cit.* 401p.p.16

est mis sur le sujet du droit et sur *l'origine* des droits, on met en avant le fait qu'il s'agisse de droits dont tout homme serait titulaire de par sa nature. Avec la notion de droits de l'homme, on se pose la question de la nécessité de droits pour l'homme, alors qu'avec les droits fondamentaux, l'accent serait mis sur l'effectivité de ces droits et leur utilité, ce qui suppose la médiation du droit. A l'homme abstrait des droits de l'homme qui revendique sa liberté, son humanité, les droits fondamentaux opposent un homme qui revendique les moyens de sa liberté et de son humanité. Le sujet des droits fondamentaux ne semble plus être cet homme que l'on imagine mais cet homme que l'on voit vivre en société, et que l'on voit évoluer. Cette distinction relègue donc les droits de l'homme au rang de vœu pieu, alors que les droits fondamentaux auraient eux pour principal mérite d'incarner dans le réel, ces principes.

540. La notion de droits de l'homme semble alors véritablement jetée hors de la scène juridique si tant est qu'elle y fût jamais admise. Il n'est alors plus possible de voir dans la notion de droit fondamental une amélioration sémantique de la notion de droits de l'homme. Le concept de « droits fondamentaux » n'est pas seulement la forme épurée de la notion de droits de l'homme. Les droits fondamentaux sont considérés comme la version juridique de cette idée selon laquelle des droits doivent être reconnus à l'homme du simple fait de son humanité. Selon le Professeur Capitant, « les droits de l'homme sont ainsi l'expression des fondements politiques de l'ordre juridique alors que les droits fondamentaux sont l'expression juridique de ces présupposés politiques. (...) Les droits de l'homme sont devenus des droits fondamentaux lorsqu'ils ont pris place dans l'ordre juridique positif et y ont occupé la première place, en sont ainsi devenu le fondement »⁷⁸⁷. Pour la doctrine l'évolution est logique, le temps des droits fondamentaux serait alors le temps du droit. Une fois les principes éthiques posés, il faut les rendre effectifs et c'est là le rôle du droit. Les droits fondamentaux ne feraient pour certains que réaliser les « potentialités normatives »⁷⁸⁸ que recelaient les droits de l'homme. Il faut alors distinguer pour certains auteurs de manière très nette « les droits fondamentaux des droits de l'homme qui sont des exigences politiques et morales, plus

⁷⁸⁷ D. CAPITANT, Genèse du concept, in, Centre d'études des Droits du monde arabe. *Les droits fondamentaux : Inventaire et théorie générale*. Bruylant, Bruxelles, 2005, 471p. p.21-34. Pour une opinion contraire, voir J-F. RENUCCI *Droit européen des droits de l'homme*. LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, 821p. Pour l'auteur, « les droits de l'homme doivent être considérés plus comme juridiques qu'idéologiques. » Pour l'auteur, il y a eu un passage des droits de l'homme de l'idéologie au droit. L'auteur parle ainsi indifféremment de droits de l'homme et de droits fondamentaux, ces notions sont interchangeables dans son analyse.

⁷⁸⁸ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit nature*, *op. cit.* Selon l'auteur « la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, lors même qu'elle fut devenue en 1791 le préambule de la Constitution française, ne semble pas avoir frappé les esprits que beaucoup plus tard par les perspectives juridiques dont elle était le creuset. En effet, malgré l'importance qui est aujourd'hui accordée à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ce n'est que bien plus tard que la véritable valeur juridique positive de ce texte a été révélée, en effet, pour certains auteurs ce texte recelait des potentialités juridiques certaines, »

ou moins inspirées par le libéralisme politique et ses extensions, considérées en dehors de tout contexte proprement juridique »⁷⁸⁹.

541. Il ne faut cependant pas en conclure que la transformation des droits de l'homme en droits fondamentaux a fait disparaître les premiers. Les droits de l'homme subsistent. Ils constituent l'horizon transcendantal des droits fondamentaux. Ce devoir être qui appelle une actualisation, une réalisation que seul le droit peut permettre. Mme Goyard-fabre énonce ainsi justement : « De ce possible abstrait que sont les « droits » de l'homme en tant qu'il est homme à leur réalité juridique en tant qu'ils sont ceux des citoyens d'un Etat, s'impose la médiation des structures juridiques de l'institution politique »⁷⁹⁰.

§ 2 : LA DETERMINATION DU LIEN ENTRE LA DIGNITE ET LES DROITS FONDAMENTAUX

542. L'évolution de la conception des droits fondamentaux, à la faveur notamment du principe de spécification explique en partie le fait que la dignité ne puisse plus, d'un point de vue théorique, être posée comme le fondement des droits fondamentaux (A). Ceux-ci apparaissent davantage comme un moyen pour la fin suprême que constitue la dignité (B).

A) LA SPECIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX

543. La spécification concerne tout d'abord les titulaires des droits fondamentaux et par ricochet les droits ainsi revendiqués sous le sceau de la fundamentalité. Que l'on pose ou non la dignité comme fondement des droits fondamentaux, on peut avancer ici le fait qu'à l'origine le titulaire du droit fondamental est l'homme générique. Que l'on se place dans une perspective jusnaturaliste, ou même dans une perspective positiviste stricte, le titulaire des droits fondamentaux est l'homme. Que les droits fondamentaux soient considérés comme la

⁷⁸⁹ O. PFERSMANN, Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux. in .L .FAVOREU, (dir.)*Droit des libertés fondamentales*. 4^{ème} édition, 2007, 622p.p. 86.

⁷⁹⁰ Voir en ce sens S. GOYARD-FABRE, . La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : Une philosophie de l'espérance. In *Droits*, 1988, p.41-54.

forme juridique des droits de l'homme, ou comme une amélioration sémantique des droits de l'homme⁷⁹¹, leur titulaire demeurait l' *uomo universale*.

544. Un premier élément retient notre attention. L'extension du bénéfice de ces droits aux personnes morales⁷⁹². Avec une telle extension, la distinction droits de l'homme et droits fondamentaux est irrémédiablement consommée et la dignité ne peut logiquement être le fondement de ces droits. C'est la notion même de droit fondamental qui est alors à revoir. En effet, un droit était fondamental comme droit reconnu à l'homme *en raison de sa seule humanité*, alors que la reconnaissance de droits fondamentaux à des personnes bien déterminées et non à la personne humaine en général, annonce un changement dans la conception même du droit fondamental. Le droit fondamental devient alors un droit revêtu d'une certaine utilité. Le droit qui est fondamental est alors le droit qui est indispensable, mais c'est une vision utilitariste du droit fondamental. L'aura de la fundamentalité apparaît comme un moyen pour assurer une certaine protection, accorder certaines garanties à la personne. C'est ce que le recteur Peces-Barba nomme « la spécification » des droits fondamentaux. Il présente ce phénomène comme une nécessité, un enrichissement de la notion de droits fondamentaux. Pour le recteur, les droits fondamentaux sont un concept historique et évolutif. Il faut pour comprendre vraiment ces droits, retracer leur évolution. Cette évolution a été marquée par plusieurs processus⁷⁹³.

545. *Le processus de positivisation* : l'idée est ici de soutenir que seul le droit positif est à même d'assurer une meilleure effectivité du droit de l'homme en tant que droit naturel, la positivisation est rendue nécessaire afin de protéger réellement le sujet des droits fondamentaux.

546. *Le processus de généralisation* : la généralisation s'inscrit dans une perspective d'universalité des droits fondamentaux. Ces droits doivent être appliqués à tous les hommes quelle que soit leur classe sociale. La généralisation est la réponse à la contradiction posée par des droits qui en 1789 se présentent comme des droits de tous les hommes mais semblent être reconnus à l'homme appartenant à une classe sociale déterminée, la bourgeoisie. La généralisation s'oppose alors à la promotion sous couvert de droits qui s'appliqueraient à tous, de droits qui viseraient la défense des intérêts d'une classe sociale identifiée.

⁷⁹¹ V. nos développements supra, Première partie, Titre second, Chapitre 2, section 1, par I, A.

⁷⁹² C'est d'ailleurs ce que retient M. PICARD, à propos de la possibilité de reconnaître des droits fondamentaux aux personnes morales. L'auteur retient ainsi : « les personnes publiques ont des droits dont certains sont presque les mêmes que les droits fondamentaux (...) Mais, de cela, on ne saurait sans confusion, abus de langage ou contresens de fond en déduire qu'elles ont des droits fondamentaux ». E. PICARD La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? *AJDA* 1998, Chronique, p. 651.

⁷⁹³ G PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris : LGDJ2004, 497p.141-183.

547. *Le processus d'internationalisation* : Il s'agit de prendre en compte la dimension internationale des droits fondamentaux, plus largement d'une coopération internationale en matière de droits internationaux. L'idée étant ici que les droits fondamentaux sont ceux de tout homme où qu'il se trouve « géographiquement parlant ». Ce sont des droits fondamentaux sans frontière que vise l'internationalisation. Ce processus est malheureusement très dépendant de la coopération internationale et finalement tributaire de ce que chaque Etat veut bien reconnaître et concéder. On ne peut que souhaiter l'internationalisation, on ne peut cependant la considérer comme définitivement acquise. Le processus est encore au stade embryonnaire.

548. *Le processus de spécification* : S'agissant de l'évolution de l'articulation de la dignité par rapport aux droits fondamentaux, c'est ce processus qui est le plus instructif. La spécification vise en fait à la concrétisation des droits fondamentaux. Elle touche aux contenus et aux titulaires de ces droits. Elle s'inscrit dans ce contexte de critique d'un sujet des droits de l'homme trop abstrait. C'est l'opposition traditionnelle entre l'homme abstrait, sujet par excellence de la dignité, et l'homme concret qui serait lui le titulaire des droits fondamentaux. L'idée est finalement qu'il faut partir de la situation réelle, des faits pour reconnaître des droits fondamentaux à des personnes spécifiques et identifiées. « Dans le consensus sur les droits de l'homme, (...) les titulaires des droits étaient génériques, « les hommes » ou « les citoyens ». (...) La spécification est un progrès de l'historicisme sur le rationalisme. Il faut envisager les droits en rapport avec les personnes concrètes qui en sont titulaires. Certaines situations ou déclinaisons du générique « homme » ou « citoyen », considérés comme particulièrement importantes, exigent un traitement spécial qui ne peut être atteint à partir de cet « *homo iuridicus* »⁷⁹⁴.

549. La spécification est présentée par le recteur Peces-Barba comme un nécessité, une évolution irrésistible des droits fondamentaux, une évolution qui a le mérite d'éviter la critique des droits fondamentaux comme des droits abstraits et surtout ne coïncidant pas avec la réalité. L'analyse du recteur est intéressante car elle montre l'impossibilité de poser la dignité comme fondement des droits fondamentaux ainsi conçus. En effet, la spécification entre en contradiction flagrante avec l'universalité si on pose l'universalité comme point de départ. Or cette spécification est nécessaire et surtout est la réalité. Les droits fondamentaux visent bien si l'on s'en réfère à la jurisprudence, aux conventions internationales, des catégories de la population. La spécification n'est rien d'autre que la consécration de

⁷⁹⁴ G. PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux op.cit.*, p.163.

« l'homme en tant que ... »⁷⁹⁵ comme titulaire des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux en tant que droits de l'homme au sens le plus général visaient tout homme en général, cependant, la dimension « sociale » de l'homme s'impose de plus en plus et surtout impose de plus en plus de tenir compte de la situation spécifique dans laquelle il se trouve. L'homme est un être social. Il faut donc tenir compte de cet état de fait lors de la reconnaissance des droits.

550. Mme Goyard-Fabre dénonce cette spécification en ce qu'elle conduit à une « dénaturation de la naturalité »⁷⁹⁶. Il s'agit ici de mettre en avant la modification des droits de l'homme qui ont subi diverses transformations. Ce que dénonce surtout l'auteur c'est la « socialisation » des droits de l'homme. Ce que l'auteur dénonce par là c'est le fait que les droits de l'homme ne soient plus une prérogative naturelle reconnue officiellement à chacun, mais sont des droits établis par la loi ou les règlements. La socialisation éloigne les droits de l'homme de « *l'esprit de la déclaration de 1789* »⁷⁹⁷. Cette socialisation en occultant l'esprit de la Déclaration de 1789 a entraîné un changement dans la nature juridique des droits de l'homme. Selon l'auteur, l'avènement de ces droits dits droits sociaux qui sont les droits-créances entraînent une perte de la fundamentalité. Il y a bien selon l'auteur une transformation de la nature juridique des droits de l'homme qui se sont éloignés de l'esprit de 1789 et de la philosophie des droits de l'homme en général, dans une perspective plus large. Ce que l'auteur dénonce catégoriquement c'est cette prolifération des droits/ « à l'heure ou tout devient droit, non seulement plus rien n'est droit, mais la naturalité que l'on invoque au principe de la revendication hypertrophiée des droits est dénaturée »⁷⁹⁸. L'idée ici est finalement de dire que la socialisation des droits fondamentaux a entraînée la dénaturation de la naturalité de ces droits et surtout la transformation de leur nature juridique, rendant la dignité comme le fondement définitivement improbable des droits fondamentaux.

551. Il faut alors repenser la fundamentalité, lui redonner une certaine cohérence afin qu'elle soit sauvée et qu'elle ne perde pas son sens. C'est la dignité qui selon nous va permettre à la fundamentalité de perdurer. Il faut alors penser la fundamentalité comme un moyen de parvenir à la dignité, de la réaliser. La spécification en tant qu'elle est nécessaire pour parvenir à l'universalité *a priori*, doit être acceptée mais limitée, strictement encadrée, tolérée *si et seulement si* la dignité est réellement le point d'arrivée.

⁷⁹⁵ V. nos développements à propos de l'homme concret. Supra, Première partie, Titre Premier, Chapitre 1, section 2 par. II, B.

⁷⁹⁶ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op.cit. p.318-332.

⁷⁹⁷ S. GOYARD-FABRE, op.cit. p. 328.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p.328-333

552. L'avènement des droits fondamentaux, leur spécification participe d'une philosophie différente. C'est le constat des inégalités qui sont la règle dans les faits qui rend nécessaire la spécification. Mais l'universalité n'est pas pour autant rejetée, elle l'est en tant que fondement. Mais si elle n'est plus ce de quoi on part elle est ce vers quoi on tend, il s'agit de « l'universalité en bout de course »⁷⁹⁹ avec la dignité comme finalité. La spécification apparaît donc comme un moyen de parvenir à l'universalité. La dignité commande alors cette spécification. La fundamentalité ne s'impose donc plus comme avec les droits de l'homme. Elle ne découle plus de la dignité, elle est imposée par la dignité mais en tant que moyen pour parvenir à elle.

B) LE DROIT FONDAMENTAL COMME MOYEN POUR LA DIGNITE COMME FIN

553. Il y a une certaine confusion autour de la notion de droits fondamentaux à tel point que l'on ne sait plus véritablement ce que sont les droits fondamentaux. C'est à l'adjectif « fondamental » qu'il convient de revenir. Est dit fondamental quelque chose d'incontournable, d'essentiel. Se pose alors la question de la « fundamentalité ». On a un peu l'impression que la « fundamentalité » de la dignité et la « fundamentalité » du droit ne sont pas les mêmes.

554. Mme Champeil-Desplats⁸⁰⁰ recense quatre définitions pour le « droit fondamental » :

- Un droit peut être dit fondamental en raison du sujet de droit : l'homme, il s'agit d'affirmer que les droits reconnus à l'homme du seul fait de son humanité sont des droits fondamentaux. Il s'agit de reconnaître qu'il est des droits dus à l'homme tout simplement parce qu'il est homme, ces droits traduisent en langage juridique des prérogatives réservées à l'homme du fait de sa valeur particulière.
- Un droit peut être dit « fondamental » en raison de la source des droits ou de leur place dans la hiérarchie des normes, dans cette hypothèse, la fundamentalité est imposée. Elle est posée par le législateur ou le constituant. On ne peut négliger la part de l'aléatoire dans cette manière de déterminer la fundamentalité.
- Un droit peut être « fondamental » en raison d'une fonction d'identité et de cohérence d'un système juridique. Le droit fondamental ainsi conçu est constitutif soit de la personne, soit du système juridique auquel il donne sa cohérence. Ainsi entendue la fundamentalité est ce qui

⁷⁹⁹ G. PECES-BARBA, *op. cit.*, p.198.

⁸⁰⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français. *D. chronique*. P. 323.

caractérise le mieux une personne ou un ordre juridique. Il s'agit des principaux caractères du système ou de la personne visés. Ils définissent le système juridique ou la personne qu'il caractérise. Ils se présentent ainsi comme : « une condition *si ne qua non* de l'identité ».

-Un droit peut être fondamental parce qu'il est reconnu comme tel dans la plupart des systèmes juridiques, dans une perspective d'universalisation des valeurs. On s'en réfère aux autres systèmes juridiques pour établir par similitude les droits fondamentaux dans l'ordre interne.

555. Nous ne retiendrons pour notre analyse que les deux premières définitions et nous en déduirons une opposition entre une fundamentalité substantielle (qui correspond à la première définition) et une fundamentalité formelle (qui renvoie à la deuxième définition).

556. Deux logiques vont s'affronter : Un droit peut-être dit fondamental du seul fait qu'il s'agisse d'un droit reconnu à l'homme parce qu'il est homme⁸⁰¹. La fundamentalité ainsi définie est dite substantielle, on s'attache au titulaire du droit. La seconde logique est plus formelle. Un droit serait fondamental car posé comme tel par une norme de droit positif. La fundamentalité ainsi conçue est formelle. On s'attache au contenu du droit et en fonction de son utilité on lui reconnaît par la forme une certaine place dans l'ordonnement juridique⁸⁰².

557. Dans la perspective de confusion « droits de l'homme/droits fondamentaux », un droit est fondamental parce que son titulaire est l'homme en général. Ceci n'est plus tout à fait vrai. A côté de cette fundamentalité substantielle liée au sujet du droit, le droit accorde une place de plus en plus importante à la fundamentalité formelle. Elle est indépendante du titulaire du droit. C'est le contenu qui importe et la reconnaissance formelle du droit en tant que « droit fondamental » dépend du contenu de ce droit et de son utilité.

558. Avec la dignité, la fundamentalité s'affiche comme découlant nécessairement de la qualité humaine de son sujet. La fundamentalité « actuelle » est une fundamentalité qui est

⁸⁰¹ Voir en ce sens notamment O. PFERSMAN, Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux. in .L. FAVOREU, (dir.) *Droit des libertés fondamentales*. 4^{ème} édition, 2007, 622p.p. 86 L'auteur établit ainsi une distinction entre vrais et faux droits fondamentaux. Les vrais droits fondamentaux sont ceux qui sont soumis à la seule appartenance à l'humanité. Il n'y a pas s'agissant du titulaire des droits fondamentaux de « discrimination primaire », C'est-à-dire une discrimination qui aurait lieu en raison de l'âge, du sexe, de la couleur de peau, des origines....

⁸⁰² C'est la logique retenue par un certain nombre d'auteurs. Pour la plupart des auteurs, l'apparition de la catégorie des droits fondamentaux participe d'une volonté du constituant d'établir au sein des droits une hiérarchie matérielle, afin de pouvoir organiser la conciliation. Voir en ce sens notamment : E. PICARD E. PICARD La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? *AJDA* 1998, Chronique, p. 651. D. LOCHAK, La notion de libertés publiques. Libertés, valeurs, et interdits. In Ph. TRONQUOY (dir.) *Les libertés publiques*. Les cahiers français, 2000, n° 296. p.26-33. Voir également D. CAPITANT, Genèse du concept, in, Centre d'études des Droits du monde arabe, *Les droits fondamentaux : Inventaire et théorie générale*. Bruylant, Bruxelles, 2005,471p.p.21-34

tournée vers un but précis, elle est utilitariste. C'est pourquoi on peut affirmer que l'on est passé d'une fundamentalité qui s'imposait et qui pouvait être fondée sur la dignité (1°) à une fundamentalité que l'on impose dans un certain but qui est la dignité (2°).

1° La dignité comme fondement d'une « fundamentalité » qui s'impose

559. Si l'on pose la dignité comme fondement, comme point de départ de la reconnaissance des droits à l'homme, le caractère fondamental du droit est attaché à la nature du sujet. C'est ce qu'affirme M. Bioy en affirmant que la dignité est le « creuset » de la fundamentalité des droits⁸⁰³. Les droits fondamentaux sont considérés comme ceux qui sont « partie intégrante de l'homme ». La fundamentalité est liée à l'humanité ici entendue comme la qualité d'homme⁸⁰⁴. La dignité est alors bien ce qui justifie ces droits ainsi considérés comme fondamentaux. « La signification de ces droits naturels est pourtant grandiose : ils n'expriment rien de moins que la dignité de l'homme et son honneur, c'est-à-dire la place qu'il occupe dans l'échelle des êtres et qui se condense dans les prérogatives immuables dont l'individu, par nature et dans une parfaite insomnie, est porteur »⁸⁰⁵. Il se dégage de cette approche de la fundamentalité une vision de droits ressentis intuitivement comme fondamentaux. Il est certain que dans une perspective de justification philosophique des droits fondamentaux, la notion de dignité est ce qui justifie, fonde ses droits. La dignité impose de rappeler que la fundamentalité est d'abord substantielle et doit être formelle pour être efficace, mais pas pour exister. Ce n'est ici en fait que cette idée reprise par la doctrine selon laquelle le droit positif et le droit naturel doivent cohabiter s'agissant des droits de l'homme, pour la bonne cause en quelque sorte, afin que la philosophie des droits de l'homme cesse d'être une idéologie abstraite. Avec la dignité comme fondement on peut établir une hiérarchie entre fundamentalité formelle et fundamentalité substantielle. La première étant supérieure à la seconde mais ne pouvant paradoxalement être effective sans la seconde. Avec la dignité la fundamentalité est avant tout substantielle et ce n'est que lorsque l'on recherche à rendre effectifs les droits ainsi affirmés qu'on leur recherchera une assise juridique.

560. La fundamentalité substantielle précède la fundamentalité formelle, autrement dit la fundamentalité substantielle est consacrée par la fundamentalité formelle. Le droit

⁸⁰³ X. BIOY, *op.cit.*, p.774.

⁸⁰⁴ Voir en ce sens E. LABOULAYE, *Considérations sur les constitutions*, A. DURAND libraire, 1848, 133p., p. 45. L'humanité de l'homme se caractérise par des prérogatives qui sont partie intégrante de lui-même et que. L'homme a des droits en sa qualité d'homme, des droits naturels »

⁸⁰⁵ S. GOYARD-FABRE. *Les embarras philosophiques du droit positif*, *op.cit.* p.321

fondamental est alors reconnu dans l'idéal à tout homme et consacré par une règle juridique d'une certaine importance, par le juge constitutionnel, par une convention internationale ou par le législateur. C'est l'impérative rencontre de la fundamentalité substantielle, qui relève de l'ordre du droit naturel et de la fundamentalité formelle qui elle doit nécessairement passer par le droit positif. Si on pose la dignité comme fondement des droits fondamentaux, la fundamentalité substantielle précède la fundamentalité formelle ; la fundamentalité formelle est alors « au service » de la fundamentalité substantielle. La fundamentalité formelle doit cependant simplement consacrer la fundamentalité substantielle et ne peut la créer. Admettre le contraire c'est limiter la portée jusnaturaliste des droits fondamentaux et même rompre le cordon avec les droits de l'homme.

561. Un droit est un droit de l'homme parce que son titulaire est un homme, mais alors est-ce qu'on peut vraiment affirmer toujours qu'un droit est fondamental parce que son titulaire est un homme ? Nous ne pensons pas et l'utilisation faite et révélée des droits fondamentaux en droit positif le confirme : la seule « qualité d'homme » du titulaire du droit ne justifie plus aujourd'hui la fundamentalité du droit. Les droits fondamentaux répondent à une logique qui est différente de celle des droits de l'homme ; alors qu'avec les droits de l'homme on répondait à la question à quoi a droit un homme, parce qu'il est homme, avec les droits fondamentaux la question semble être de quoi a besoin un homme pour être homme réellement ?

2° La dignité comme finalité d'une fundamentalité qu'on impose

562. La réalité qui consiste à observer les inégalités sociales et à les prendre en compte sur le plan juridique pose différemment la question de la fundamentalité. Il y a alors deux logiques en œuvre s'agissant des droits fondamentaux : une logique principielle qui pose l'existence de droits de l'homme comme s'imposant à tous, elle renvoie à la dignité et avec elle l'universalité comme fondement. La seconde logique plus juridique exige, sans rompre avec cette universalité nécessaire, une prise en compte des situations particulières pour respecter cette philosophie des droits de l'homme. Ces deux logiques ne sont pas contradictoires. Le changement de perspective est historique et nécessaire, la dignité impose cette spécification des droits fondamentaux. La logique est toujours l'universalité mais la perspective est l'universalisation. La logique est non plus égalitaire mais égalisatrice⁸⁰⁶. Partir de la dignité

⁸⁰⁶ Voir en ce sens G PECES-BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op.cit.

nous apparaît donc du point de vue théorique séduisant, mais la réalité est autre, et la réalité compte. On ne peut faire comme si l'universalité était réelle. Elle est définitivement idéale. Mais là est tout l'intérêt de la dignité. Elle est alors cette impérieuse nécessité qui nous oblige à tendre vers l'idéalité, vers l'universalité. On ne peut alors plus parler d'universalité mais d'universalisation. L'universalité est alors le point d'arrivée et la spécification le moyen nécessaire dans ce processus d'universalisation. Si on pose la dignité comme fondement des droits fondamentaux, on ne peut admettre que ces droits soient relatifs, mais si on part de la réalité, on ne peut que constater cette relativité. Faut-il alors en conclure que la dignité ne serait pas la réalité ? Dans une certaine mesure oui, la réalité nous offre une vision difficilement conciliable avec une telle construction qui est fondée sur un rationalisme trop abstrait. Les droits de l'homme y sont envisagés de manière universelle, dans une perspective universelle qui ne traduit pas la réalité. La dignité comme point de départ impose un universalisme irréel, inconciliable avec l'homme de tous les jours, l'homme situé, « l'homme en tant que... ». Mais la dignité en posant cette universalité absolue de droits reconnus à l'homme doit devenir la réalité. La dignité est alors la réalité idéale, la réalité idéalisée, par opposition à la réalité réelle, le *sollen* par opposition au *sein*.

563. La fundamentalité est devenue un moyen⁸⁰⁷. Le droit fondamental n'est alors plus ici le droit qui part de l'homme parce qu'il est homme, ce n'est plus un droit de l'homme *largo sensu*, mais un droit de ce nouvel homme consacré par la pratique, « l'homme situé », « l'homme concret ». C'est la prise en compte d'une certaine réalité sociale dans l'élaboration générale de la norme juridique. C'est une manière d'expliciter la nécessité de pourvoir à certains besoins qui sont devenus essentiels pour certaines catégories de la population. La logique est utilitariste, finalement les droits fondamentaux sont ceux reconnus ainsi par le législateur ou le constituant. C'est en cela que l'on peut soutenir que le droit fondamental tel qu'il ressort des différents ordres juridiques, l'ordre juridique international ou interne, est un droit avant tout pragmatique et fonctionnel. La dignité devient la finalité, le but suprême de la fundamentalité. La fundamentalité s'imposant avec la dignité comme fondement des droits de l'homme est imposée pour parvenir à la dignité comme finalité.

564. Le débat s'est déplacé du terrain du contenu vers celui de la forme. On glose maintenant sur la fundamentalité, on la relativise⁸⁰⁸, on cherche même à la démystifier⁸⁰⁹. Dans cette

⁸⁰⁷ Si l'on prend l'exemple du droit au logement décent consacré par le Conseil constitutionnel et rattaché explicitement à la notion de dignité Voir nos développements, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe II.

⁸⁰⁸ Ibid l'auteur rappelle que « les droits, même fondamentaux sont généralement relatifs ».

optique, on ne peut rationnellement pas poser la dignité comme fondement de droits ainsi reconnus en tous lieux comme irrésistiblement relatifs. La dignité n'admet pas cette relativité. On serait alors tenté de voir dans cette relativité juridiquement assumée des droits fondamentaux autant d'atteintes à l'universalité de la dignité. Mais il faut y voir au contraire la preuve irréfutable d'une impossibilité pratique de trouver dans la dignité le fondement de ces droits fondamentaux. On attend des droits de l'homme maintenant qu'ils défendent, qu'ils protègent et qu'ils intègrent *effectivement*. Le droit fondamental est alors un droit utile, un instrument d'égalisation, d'intégration, un véritable outil. Le point de départ n'est plus l'idéal mais la réalité. La réalité impliquant de se servir de la fundamentalité comme d'un outil qui ayant démontré son efficacité peut s'avérer un véritable allié.

565. On a cependant l'impression que cette juridicité voulue pour les droits de l'homme pour assurer leur effectivité s'est retournée contre eux. La fundamentalité n'est plus liée à la seule humanité. Bien au contraire, on assiste en droit positif à une complexification de la fundamentalité qui se traduit par l'oscillation des relations entre fundamentalité formelle et fundamentalité substantielle, d'une logique causale à une autre. Parfois strictement opposées, parfois hiérarchiquement ordonnées, ces deux fundamentalités traduisent la difficulté de poser la dignité en fondement des droits fondamentaux. La pratique montre que ces deux fundamentalités sont aujourd'hui traitées sur le même plan en droit, la fundamentalité formelle prenant même parfois « le dessus » de la fundamentalité substantielle. En effet, on note de plus en plus l'importance de droits dits fondamentaux, eu égard aux textes qui le reconnaissent, les créent même dans certains cas. La relation causale subsiste mais « la cause et l'effet ont permuté leurs rôles respectifs »⁸¹⁰. Il faut alors soulever ici les limites d'une fundamentalité que l'on impose. Là où certains ne voient qu'une « spécification » des droits, nous voyons également une conception utilitariste de ces droits. Nous voyons même une transformation plus radicale des droits de l'homme, avec un risque non négligeable d'instrumentalisation de ces droits. Il semblerait que l'on s'éloigne de plus en plus des revendications de M. Laboulaye pour qui « ce n'est pas l'Etat qui concède à l'individu les droits éternels que l'homme tient de sa nature ; mais c'est lui qui dans l'intérêt social en règle l'exercice et les assure en les limitant »⁸¹¹. Ce que l'on dénonce alors ce n'est pas que l'Etat limite l'exercice des droits, mais qu'il pose comme droits de l'homme des droits que lui seul

⁸⁰⁹ J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, 439p. spéc.p.131. selon l'auteur, « le caractère absolu des droits doit s'effacer en raison de la pluralité des sujets aspirant légitimement à la jouissance de ces mêmes droits. (...) la fundamentalité est relative par nature ».

⁸¹⁰ E. PICARD, *op. cit.*

⁸¹¹ E. LABOULAYE, *Considérations sur les constitutions*, *op.cit.*, p.51.

aura jugé comme fondamentaux. Plus que jamais, il faut réaffirmer la distinction entre droits de l'homme et droits fondamentaux, parce que ce ne sont peut-être pas ceux que l'on pensait qui constituent un danger. Ainsi, les droits fondamentaux étaient fondamentaux parce que consubstantiels à l'humanité de l'homme, il s'agissait de droits naturels, inhérents à l'homme. Avant la socialisation des droits, ceux-ci étaient des prérogatives naturelles reconnues officiellement à chacun, mais désormais, on assiste à une véritable « mutation juridique des droits de l'homme »⁸¹². Ces nouveaux droits dits fondamentaux ont perdu cette spontanéité des droits reconnus de manière intuitive à l'homme⁸¹³. Selon nous, le danger vient non pas tellement de la spécification des droits, mais plutôt du mouvement revendicatif qui l'accompagne. A tel point que l'on pourrait dire qu'à l'heure où tout est revendiqué sous le sceau de la fundamentalité, il n'y a plus rien de fondamental.

⁸¹² S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, spéc, *op.cit.*, p.328-332.

⁸¹³ E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, in *Les droits fondamentaux une nouvelle catégorie juridique*, *AJDA*, 1998, n° spécial. L'auteur relève trois manières de concevoir la fundamentalité : une approche intuitive ou impressionniste qui consiste « à traiter des divers droits que l'on ressent spontanément comme fondamentaux, » ; la deuxième approche est plus « strictement positiviste et très existentialiste » est ainsi fondamental tout droit « que les textes ou le juge disent fondamental » ; la troisième approche est de type systématique ou dogmatique, elle consiste « à postuler que dans notre ordre juridique, le constitutionnel étant fondamental, les droits fondamentaux sont les droits constitutionnels (tout u moins certains d'entre eux) ».

TITRE SECOND : NEGOCIATIONS AUTOUR DE LA DIGNITE DE PROTECTION

566. Le pouvoir de l'homme sur l'homme que mettent en évidence la pratique et la technique biomédicale nous oblige à réfléchir sur le sens de l'humain et à révéler notre sens de l'humain. C'est de l'homme dont il s'agit, plus précisément de l'humain dans l'homme, de cette valeur particulière qui met l'homme dans une situation particulière dans le monde. Le développement des sciences biomédicales a montré au moins que si l'accord était possible sur la primauté de l'humain, le sens même de l'humain ne fait pas l'objet d'un consensus. Les règles adoptées vont dépendre de notre sens de l'humain, de notre conception du sacré dans l'homme. Qu'est-ce qui, chez l'homme, est sacré ? C'est notre foi en l'homme qui est mise à l'épreuve. Parce que de notre définition de l'homme, dépendront les limites que l'on assignera à la recherche, à la médecine, dès lors qu'elles veulent traiter de l'homme.

567. Les conceptions sont d'abord différentes selon les disciplines concernées. On oppose souvent l'homme biologique à l'homme juridique, à l'homme philosophique ; la vision de l'homme n'étant pas la même, la défense de l'homme ne sera pas la même. Si nul ne prétend détenir de vérité sur l'homme, chacun essaie pourtant de dire sa vérité de l'homme. « Le sujet principal de la biomédecine est l'homme et (...) l'homme est aussi ce pour quoi le droit est fait, c'est-à-dire sa cause. L'une a besoin de l'homme pour ses recherches, l'autre a pour fonction d'assurer la protection de l'homme »⁸¹⁴.

568. Le droit se voit confier la mission de poser des limites aux avancées de la science et de la médecine. Loin des grandes déclarations de principes et des accords formels sur la primauté de la personne, les avancées réalisées par les sciences de la vie en général et de la vie humaine en particulier, nous sommes de nous prononcer sur cette personne humaine à laquelle on a reconnu une valeur éminente. Le principe de dignité est alors tout indiquée, pour aider le droit dans sa mission. C'est pourquoi le droit de la bioéthique n'hésitera pas à poser ce principe comme son principe cardinal. Cependant, lorsque l'on s'attache à la réception du principe de dignité par le droit de la bioéthique, le constat est celui d'une notion qui sert de caution morale aux atteintes légalisées à l'humain. Sacrifié sur l'autel du progrès scientifique, le principe de dignité se réduit comme une peau de chagrin. On se retrouve face à un principe

⁸¹⁴ J-R. BINET, *Droit et progrès scientifique : Science du droit, valeurs et biomédecine*. PUF, 2002, 299p.p.7

incontournable mais fantomatique, bien loin de constituer un garant intemporel de l'humanité de l'homme. On ne peut que constater l'affaiblissement de la portée du principe de dignité qui peine à s'imposer comme un impératif catégorique. L'affaiblissement est alors d'abord formel (**CHAPITRE 1**). Le principe est également vidé de toute sa consistance, relégué au rang de garant du formalisme entourant des pratiques qui constituent au fond des atteintes à la dignité, l'affaiblissement est alors également substantiel (**CHAPITRE 2**). Contrairement alors à ce qui est affirmé, ce n'est pas notre sens de l'humain qui va se révéler déterminant dans nos choix bioéthiques, mais nos choix bioéthiques qui vont révéler notre sens de l'humain et de la dignité.

CHAPITRE 1

L'AFFAIBLISSEMENT FORMEL DU PRINCIPE DE DIGNITE

569. Poser la question de l'impérativité du principe de dignité peut avoir *a priori* de quoi surprendre. En effet, l'intérêt pour la notion en droit s'explique en grande partie par cette nature « d'impératif catégorique » du principe hérité de la tradition kantienne. Le principe de dignité s'impose à nous en tant qu'il postule cet irréductible humain sur lequel est censé venir buter tout ce qui menace l'humain dans l'homme. C'est pourquoi sa juridicisation s'est imposée avec la force de l'évidence. Dans le même temps, il ne faut pas oublier que c'est au droit qu'il appartient de mettre en œuvre les exigences de dignité. La question qui se pose est alors de savoir si le caractère impératif de la notion de dignité s'est imposé au droit. On ne peut que se demander si le droit a réussi à restituer au principe ce caractère impératif qui le distingue de tous les autres principes (**Section 1**). Si la question se pose c'est parce que la réponse est loin d'être évidente. Très vite, on se rend compte que loin des grandes déclarations de principe, la particularité du droit de la bioéthique, (à savoir le recours aux notions indéterminées, la multiplication des règles non définitives, l'importance de la discussion) fragilise l'impérativité de la notion de dignité. Face à une science de plus en plus présentée comme utile pour l'amélioration de la qualité de la vie et du bien être de l'homme, la dignité apparaît plus comme le résultat d'un compromis social, et international. Elle exprime plus des choix de société que de véritables principes naturels préexistants qui s'imposent à l'homme et au droit. Elle se soumet alors aux impératifs du droit de la bioéthique (**Section 2**).

SECTION 1

LA DIGNITE : PRINCIPE IMPERATIF EN DROIT DE LA BIOETHIQUE ?

570. Un lien particulier unit la dignité et la bioéthique. Cette dernière dans sa quête d'une protection efficace de l'homme contre les appétits souvent démesurés d'une science en perpétuelle évolution, s'est naturellement tournée vers la dignité. La rencontre entre la dignité et le droit de la bioéthique est alors loin d'être fortuite (I).

Le droit de la bioéthique devait permettre de « juridiciser » la notion de dignité, il devait lui fournir à la dignité l'occasion de sa juridicisation effective. Les règles adoptées vont permettre de renseigner sur l'intensité du principe et très vite on se rend compte que le rendez-vous est manqué (II).

§ 1 : DIGNITE ET BIODROIT : UNE RENCONTRE FORTUITE ?

571. La dignité est posée tant par le droit positif que par la doctrine juridique comme le principe fondamental de la bioéthique (A). La juridicisation s'effectue à partir de l'interdit de réification qui constitue une exigence fondamentale de dignité (B).

A) LA DIGNITE : PRINCIPE FONDAMENTAL DU DROIT DE LA BIOETHIQUE

572. Le droit de la bioéthique constitue une terre d'élection pour le principe de dignité (1°), certains auteurs y voient même le terrain de prédilection de la notion (2°).

1° Le droit de la bioéthique : terre d'élection de la dignité

573. Le terme bioéthique est composé de deux termes grecs, *bios* (vie) et *ethikos* (éthique), littéralement, il s'agirait donc de l'éthique de la vie. La notion de bioéthique dont la paternité est attribuée au professeur Van Rensselaer Potter est apparue à la fin des années 1970. La bioéthique est une discipline dont le contenu est évolutif. Aujourd'hui, elle est définie par le

*Dictionnaire du vocabulaire juridique*⁸¹⁵ comme « la discipline réfléchissant sur les questions morales et juridiques suscitées par les progrès de la recherche médicale, notamment dans les domaines de la génétique et de la reproduction ». Cette définition est quelque peu restrictive dans la mesure où elle ne prend en compte que les questions soulevées par la biomédecine en quelque sorte et élude les questions suscitées par les progrès de la science sur les systèmes vivants autres qu'humains. C'est pourquoi, nous lui préférons la définition donnée par l'Encyclopédie⁸¹⁶ aux termes de laquelle, la bioéthique est définie comme « l'étude systématique de la conduite humaine dans le domaine des sciences de la vie et de la médecine, pour autant que cette conduite soit examinée à la lumière des valeurs et des principes moraux ».

574. Pour P. Kemp, il y a eu un passage de l'éthique à la bioéthique, par l'élargissement de « l'éthique de la relation entre le patient et le professionnel de santé à celle de nos rapports avec les animaux et la nature tout entière. » La bioéthique concerne désormais l'ensemble de notre *Lebenswelt* « monde vécu » dans la mesure où elle donne lieu à des jugements éthiques relevant de la biomédecine, de notre façon de traiter les animaux et la nature tout entière⁸¹⁷. Malgré notre adhésion à cette conception large de la bioéthique, notre propos sera limité, à la bioéthique en ce qu'elle concerne les progrès réalisés sur le système vivant humain, et en ce qu'elle prend pour objet l'homme. Notre propos concernera pour reprendre la distinction faite par M. Kemp la bioéthique humaine, par opposition à la bioéthique en général⁸¹⁸.

575. La bioéthique est une discipline née des inquiétudes et des interrogations de la société face au développement des sciences biomédicales, et des sciences s'intéressant au vivant en général. Même si l'angoisse porte plus particulièrement sur les conséquences des agissements sur l'homme, il n'en demeure pas moins que la bioéthique s'intéresse aux sciences de la vie en général. La bioéthique est donc une réponse au progrès techno-scientifique, en ce qu'il suscite l'admiration et la crainte, parce que son « sujet-objet » est l'homme. L'homme auquel on reconnaissait déjà le pouvoir d'agir sur la nature et de la transformer, (et ceci constitue pour certains le fondement de sa dignité⁸¹⁹) se révèle également apte à agir sur sa propre nature, au besoin pour la transformer. Et ceci suscite une certaine crainte celle de perdre l'homme. Mais cela pose également la question de la légitimité de l'intervention de l'homme

⁸¹⁵ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, 2004.

⁸¹⁶ *Encyclopaedia of Bioethics* 1978, cité par P. KEMP, in P.KEMP (dir.) *Le discours bioéthique*, Les éditions du Cerf, 2004, 112p.,p.19-20

⁸¹⁷P. KEMP, La bioéthique en droit et le biodroit en éthique, in P.KEMP (dir.) *Le discours bioéthique*, Les éditions du Cerf, 2004, 112p.,p.13-34.

⁸¹⁸ P. KEMP, La bioéthique en droit et le biodroit en éthique, *op.cit.*

⁸¹⁹ Voir nos développements Première partie, Titre 1^{er}, Chapitre 1, Section 1, §2.

sur l'homme, de la légitimité de la production de l'homme par l'homme. « La préoccupation centrale de la bioéthique consiste en ce que les développements biomédicaux soient en accord avec la dignité de chaque être humain »⁸²⁰. La bioéthique est donc une réponse à toutes ces interrogations, elle se caractérise par sa transdisciplinarité, elle se trouve en effet, au carrefour de nombreuses disciplines et ne peut être revendiquée par aucune en particulier⁸²¹. Cette discipline relativement nouvelle a eu besoin de fondements pour pouvoir assigner des limites éthiques au progrès technico-scientifique. C'est alors que tout naturellement un pont s'est dressé entre bioéthique et dignité, parce que la dignité est ce qui donne de l'homme sa plus belle image et que la bioéthique est menace de cette image de l'homme. « Puisse la dignité de la personne s'inscrire en contrepoint permanent des progrès des sciences dites de la vie »⁸²². C'est dans ce sens que M. Adorno affirme que : « Le point commun de toutes les nouvelles questions, est la valeur de l'homme dans sa corporéité face aux développements biomédicaux ». Dans un premier temps, la réflexion bioéthique ne fait que reprendre le questionnement éternel de l'homme sur lui-même et sur sa dignité, adaptée aux circonstances d'aujourd'hui »⁸²³.

576. Avant d'être un fondement du biodroit, pour autant que l'on s'accorde à reconnaître que le biodroit est le droit de la bioéthique, la notion de dignité est un fondement de la bioéthique. « L'histoire de la notion de dignité de la personne humaine couvre largement l'histoire du combat de l'être humain contre la nature et contre les différents pouvoirs humains qui veulent organiser sa soumission »⁸²⁴. Si l'histoire de la dignité est intimement liée à celle de la bioéthique, l'histoire de la juridicisation de la dignité est également liée au droit de la bioéthique. La notion de dignité n'est pas née avec la bioéthique, mais la question de sa juridicisation se pose avec acuité dans le contexte de la formation d'un biodroit. Si jusqu'à présent la notion de dignité ne s'est vue reconnaître qu'une « juridicité symbolique »⁸²⁵, le droit de la bioéthique semblait être l'occasion de sortir de cette juridicisation symbolique en rendant la notion effective. On peut donc affirmer que c'est la bioéthique qui pose le plus

⁸²⁰ R. ANDORNO, *La bioéthique et la dignité de la personne*. PUF, 1999, 127p. p. 20

⁸²¹ La multiplication des néologismes prenant pour racine le terme *bios* rend compte de cette préoccupation transdisciplinaire des questions relevant de la bioéthique, on parle ainsi désormais de biodroit, de biopolitique, de biomédecine. On remarquera l'absence d'une "biophilosophie", qui peut s'expliquer par le fait que la bioéthique est très souvent rattachée à la philosophie, et à la morale, même si la bioéthique n'est en rien une métaphysique, l'association avec la philosophie est contenue dans l'énoncé.

⁸²² GIL, J. MORANGE La position du comité national d'éthique, in *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales : 200 ans après la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789*. Litec, Paris, 1989, 142p. p.97-100.

⁸²³ R. ANDORNO, *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, 1999, 127p. p. 4

⁸²⁴ M. BENCHIKH, La dignité de la personne humaine en droit international., in P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, p. 37-52.

⁸²⁵ Voir en ce sens nos développements, Première partie, Titre second, Chapitre 2, section 1, § 2.

clairement la problématique de la notion de dignité en tant que principe normatif. Pour M. Mathieu, c'est d'ailleurs la bioéthique qui a rendu indispensable, incontournable, la « juridicisation » de la notion de dignité : « C'est parce que les pratiques biomédicales (...) sont susceptibles de transformer l'être humain en objet au service de préoccupations sanitaires collectives, que le législateur a reconnu la nécessité de transmuter ce qui est essentiellement une valeur en droit »⁸²⁶. Même si elle ne figure pas expressément dans le Code de Nuremberg de 1947, nul ne peut contester à la lecture de ce texte que la notion de dignité innerve les règles adoptées. Comme le souligne M. Mathieu, « reconnaître comme l'a fait, à juste titre le Conseil Constitutionnel, dans la phrase préliminaire du préambule de 1946, la source du principe de dignité en droit interne, c'est s'inscrire dans le cadre du Code de Nuremberg. C'est en effet, le rappel des crimes commis contre la dignité de la personne humaine qui justifie cette affirmation. « S'est ainsi établi en droit français, un lien direct entre l'éthique biomédicale et le principe de dignité. Reconnu comme tel, le principe a un caractère absolu »⁸²⁷. C'est dans ce sens que le Code de Nuremberg (1947), tirant une leçon des pratiques criminelles qui ont eu lieu sous le régime nazi (transformant l'homme en objet d'expérience, puisque son consentement n'était pas sollicité), place le consentement de la personne en tête des dix règles d'éthique médicale. Or le consentement est considéré comme un moyen d'éviter sinon la réification, du moins l'asservissement qui est également une des composantes de la dignité consacrée par le Conseil constitutionnel en 1994. La dignité constitue ainsi « un véritable point d'ancrage face à des recherches, des manipulations technologiques qui pourraient dégrader la personne humaine, (...) une valeur indérogeable (...) c'est donc d'abord l'affirmation de la spécificité de l'homme par rapport à tout être biologique et à fortiori par rapport aux choses. C'est un guide d'action pour les praticiens qui sont confrontés à des décisions souvent inédites dans le domaine de la biomédecine »⁸²⁸.

577. La bioéthique s'est progressivement constituée en branche particulière du droit. Et c'est cette branche du droit qui a accueilli le principe de dignité en droit français pour la première fois. En effet, c'est dans le cadre de l'élaboration des premières lois de bioéthique que le Conseil Constitutionnel a érigé le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation en principe à valeur

⁸²⁶ B. MATHIEU, Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques. in *Dix ans de lois de bioéthique en France. RGDM numéro spécial, Les Etudes Hospitalières*, 2006, 230p.p.213-230

⁸²⁷ B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? *D.* 1996, chron, p. 282.

⁸²⁸ P. PEDROT, La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales. in, P. PEDROT(dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 423p

constitutionnelle⁸²⁹. C'est à cette occasion que le principe est introduit à l'article 16 du Code civil. Le recours à la dignité n'est donc pas une surprise et nul autre principe ne semble être mieux en mesure de protéger l'humain. « La question est de savoir si la recherche scientifique peut s'appliquer à l'homme- ou à ce qui dans l'homme est qualifié d'*humain* sans attenter à sa dignité »⁸³⁰. Le fait que la consécration par le Conseil constitutionnel du principe de sauvegarde et de respect de la dignité intervienne dans le contexte bien spécifique de la bioéthique suffit pour voir dans le principe de dignité le garant de l'encadrement du progrès scientifique.

2° Le droit de la bioéthique : terrain de prédilection de la dignité ?

578. Il n'est pas étonnant que si l'utilisation de la notion de dignité dans certains domaines est parfois critiquée à discussion⁸³¹, son implication dans le droit de la bioéthique soit pour la plupart des auteurs légitime. Le lien entre biodroit et dignité « n'est pas seulement normatif, il est substantiel »⁸³². L'usage de la notion de dignité serait donc légitime dans le domaine de la bioéthique et illégitime lorsqu'il s'agirait de l'appliquer aux droits sociaux. C'est ce qu'affirme M. Mathieu : « Reconnaître la valeur constitutionnelle du principe de dignité de la personne humaine à propos de lois relatives à la bioéthique était (...) à la fois opportun et parfaitement justifié »⁸³³. L'auteur reconnaît ensuite que le principe « enfle jusqu'à perdre toute spécificité, envahissant non seulement le champ de la bioéthique, mais aussi le domaine social ou politique, la reconnaissance de son caractère absolu est privé de sens »⁸³⁴. C'est également ce que reconnaît implicitement M. Benchikh : « les gouvernants et toutes les forces et intérêts qu'ils protègent admettent l'extension du champ couvert par la dignité de l'homme mais réduisent l'effectivité de la protection ainsi conquise en rendant la sanction très aléatoire ou en la subordonnant à certaines conditions »⁸³⁵. Parler de l'élargissement de la notion de

⁸²⁹ CC 94-654 DC du 24 juillet 1994.

⁸³⁰ J-F. MATTEI, La bioéthique et la dignité de l'homme, in S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, 238p. p.210-216.

⁸³¹ B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : Du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel. In, A. SERIAUX (dir.) *Le droit, la médecine et l'être humain : Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XX^{ème} siècle*. PUAM, 1996, p.212-236. C. NEIRINCK, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.39-50

⁸³²B. MATHIEU, Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques. in Dix ans de lois de bioéthique en France. *RGDM* numéro spécial, Les Etudes Hospitalières, 2006, 230p.p.213-230

⁸³³B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ?quel titulaire ? *D.*, 1996, chron, p. 282.

⁸³⁴ *Ibid.*

⁸³⁵ M. BENCHIKH, La dignité de la personne humaine en droit international. , *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, p. 37-52.

dignité, de son extension, c'est reconnaître qu'il y aurait un domaine « réservé » de la notion et un domaine « annexé » en quelque sorte. Cependant, il faut avant d'assigner un champ d'application à la notion de dignité, se souvenir que la dignité définit ce qu'il y a d'humain en l'homme : par conséquent, partout où se trouve l'homme, se trouve la dignité. Que la dignité ait reçu son adoubement juridique à l'occasion des lois bioéthiques est une chose, affirmer que la dignité ne serait dans son bon usage que lorsqu'elle est invoquée dans le domaine bioéthique en est une autre. Que l'on critique l'utilisation de la dignité dans certains domaines, c'est une chose, que l'on cherche ainsi à affirmer qu'il y aurait un « domaine réservé » de la dignité peut paraître gênant, puisque la seule condition pour la dignité c'est l'humanité.

B) L'INTERDIT DE LA REIFICATION : UNE EXIGENCE FONDAMENTALE DE DIGNITE

579. L'absence de définition de la notion de dignité est souvent mise en avant pour justifier son appréhension difficile par le droit. Il est bien commode de se réfugier derrière une notion dont on met en avant le caractère indéterminé pour échapper aux critiques soulignant une atteinte à cette notion. Comment en effet postuler l'atteinte à un principe dont on ignore le contenu ? C'est là finalement ce qui explique en partie l'attrait de la bioéthique pour la dignité⁸³⁶. La malléabilité de la notion, sa fluidité permettent finalement de mettre derrière le mot ce que l'on veut. On retrouve ce regard toujours très intéressé que l'on pose sur la notion de dignité. Si il est juste de dire que la notion de dignité n'est pas définie parce qu'elle est indéfinissable, cela ne signifie pas que l'on ne puisse pas avoir une idée des exigences de dignité. En effet la dignité renvoie à un minimum d'exigences, au premier rang desquelles se trouve l'exigence de « non-réification ». Cette exigence est bien prise en compte par le droit contrairement à ce qui est affirmé, elle renvoie à des exigences concrètes. Toute pratique qui entraîne réification de la personne doit être interdite. La notion de réification a évolué en droit

⁸³⁶ S. MALJEAN-DUBOIS, Les timides développement d'un bio-droit mondial face aux rapides avancées des sciences de la vie. in, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, p.13-32 « En pratique toute fois, l'énoncé de principes généraux trouve ses limites. Le principe de dignité humaine l'illustre très nettement. Considéré de longue date comme figurant au noyau dur du juridique, au fondement de l'humanisme, il est indérogeable. (...) Mais il s'avère finalement trop mystérieux pour que sa portée soit réelle : il est bien difficile de passer de l'accord sur le principe aux applications concrètes et réelles. Dans des manières très technicisées comme la bioéthique, on tire parti de son caractère vague pour faire des exceptions à ses corollaires, qui finissent par ruiner le principe. »

de la bioéthique (2°). Il faut avant d'expliciter cette évolution tenter de préciser ce qu'il faut entendre par la « réification » (1°).

1° La définition de la réification

580. Le droit positif ne vise pas expressément cette notion de réification⁸³⁷. C'est pourtant tout le sens et l'intérêt de la notion de dignité dans le droit de la bioéthique. La naissance de cette réflexion sur le permis et l'interdit sur l'homme, qui justifie l'émergence d'une éthique dans l'éthique et d'un droit dans le droit, se cristallise autour de cette problématique kantienne du sujet qui ne peut jamais être simplement un moyen. Le caractère indéterminé du principe de dignité n'a pas lieu d'être en droit de la bioéthique puisque ce principe « contient l'idée selon laquelle l'individu prime sur la collectivité. Il récuse toute instrumentalisation de l'être humain, ainsi que toute discrimination conduisant à considérer, directement ou indirectement, que certains hommes sont un peu moins homme que les autres »⁸³⁸.

581. Le droit de la bioéthique fournit un contre exemple au principe selon lequel la dignité constitue un principe indéterminé. On parle de contre-exemple bioéthique pour souligner le fait que c'est dans le domaine de la bioéthique que contrairement aux affirmations traditionnelles relatives à son imprécision, la notion de dignité se fait la plus précise, puisque les exigences qu'elle pose sont en la matière faciles à identifier. La crainte principale soulevée par les pratiques nouvelles étant celle d'une instrumentalisation de l'humain, le principal obstacle traditionnellement mis en avant pour souligner la « juridicisation difficile », à savoir l'incertitude du contenu de la notion, n'a donc pas lieu d'être s'agissant de la dignité en ce qu'elle est posée en principe « normatif » du biodroit.

582. La notion kantienne a été sollicitée par le droit pour son caractère contextuel et universel⁸³⁹. Avec le développement des sciences et de la technique dans le domaine médical et ses conséquences pour l'homme, la crainte d'une réification de l'humain est plus que jamais réelle et réaliste. Le danger est réel, il ne faut pas négliger le risque de dérives. Le célèbre impératif kantien qui sert de base à la juridicisation du principe de dignité, vise l'interdiction de traiter l'homme simplement comme un moyen. Il s'agit d'une appropriation par le droit du troisième impératif catégorique kantien « Agis de telle sorte que tu traites

⁸³⁷ Voir notamment à propos de la notion de réification, O. THOLOZAN, (dir.) « *De jure corporis* » ou la réification du corps humain. PUAM, 2004, 183p.

⁸³⁸ B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*. PUAM, Economica, 2000, spéc.p. 33

⁸³⁹ Voir en ce sens nos développements, Première partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 2.

l'humanité en ta personne toujours en temps que fin et jamais simplement comme moyen »⁸⁴⁰. « Avec le développement des biotechnologies, la distinction se brouille peu à peu entre les personnes et les choses, entre le sujet et l'objet, entre l'homme de chair et de sang, ou de matériaux comparables. (...) Expérimenter, en effet, c'est opérer sur un objet ou construire un objet ; expérimenter c'est donc la traiter ne serait-ce de façon temporaire en objet »⁸⁴¹. C'est le corps qui intéresse la technique et la science, le danger est alors grand d'une utilisation du corps comme pur objet. Il faut protéger l'homme contre l'instrumentalisation, la chosification, la marchandisation, ce sont là les exigences de dignité. Toute pratique devrait alors s'envisager selon qu'elle entraîne ou non une réification de la personne. C'est autour de cette idée que se cristallisent souvent les débats pour la légalisation ou non de certaines pratiques rendues techniquement possibles mais moralement contestées.

583. La notion de réification n'est pas définie par le droit positif, qu'il s'agisse du droit international ou du droit interne. Elle est cependant sous-jacente dans les débats auxquels donnent lieu notamment les avis des différents « lieux de discussion » institutionnalisés par le droit de la bioéthique⁸⁴². Même si le mot n'est pas toujours expressément visé, la crainte de la réification, apparaît au premier rang des préoccupations des participants au débat, des interlocuteurs, des communicants. Tout ce qui met la personne « à la disposition » d'autrui ou d'elle-même doit être interdit sur le fondement du principe de dignité. « Ce qu'il y a de mal à faire d'une personne un sujet expérimental est que nous faisons d'elle une chose- une chose passive, un pur et simple objet sur lequel une action est opérée »⁸⁴³. Réifier c'est alors appliquer à un sujet le traitement réservé à une chose, c'est expérimenter, donner prélever, modifier, transformer, c'est explorer l'humain. La question de la brevetabilité des inventions biotechnologiques suscite des réticences notamment en raison de la crainte de la marchandisation du corps humain. L'article 5 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, sera l'occasion d'affrontements. Cet article prévoit : « le corps humain aux différents stades de sa constitution et de son développement,

⁸⁴⁰ Voir nos développements, supra, Première partie, Titre premier, Section 1 ;

⁸⁴¹ J-F. MATTEI, La bioéthique et la dignité de l'homme, *op.cit.*, 210-216.

⁸⁴² On pense ainsi surtout aux comités d'éthiques, qui dans le cadre de leurs avis, bien souvent pour justifier la prohibition d'une pratique, mettent en avant le fait que cette pratique conduit à la réification de la personne. C'est ainsi que par exemple, le Comité consultatif national d'éthique français, a rendu quelques avis où la notion de réification apparaissait comme leitmotiv. Dans Avis du CCNE du 24 août 1991, relatif à l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population : « Le génome d'un individu, parce qu'il relève de son être plutôt que de son avoir, ne peut pas être l'objet de commerce, tout comme les autres composants physiques de sa personne. »

⁸⁴³ H. JONAS, Philosophical Reflections on Experimenting with human subjects, cité par J-F. MATTEI -La bioéthique et la dignité de l'homme, in S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, 238p. p.210-216.

ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène ne peuvent constituer des inventions brevetables ». Une exception introduite dans le second paragraphe prévoit : « un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ». Cette directive a été transposée dans le droit français par la loi du 6 août 2004. La notion kantienne de dignité condamne toute marchandisation de l'humain dans la mesure où la dignité s'oppose chez le philosophe de Koenigsberg au prix et échappe ainsi à toute logique marchande. La dignité c'est ce qui n'a pas de prix, ce que l'on ne peut évaluer en argent. La notion de dignité constitue un rempart formel contre la brevetabilité du vivant⁸⁴⁴, mais il n'appartient qu'au droit de donner de la substance et de la consistance à cette interdiction. Le développement des sciences biomédicales et surtout leur intérêt pour le sujet, voulu objet pour les besoins de la science, ne serait-ce même que pour un temps déterminé, a donné une nouvelle dimension à cette notion de réification.

2° L'évolution contestable de la notion de réification

584. On constate cependant que certaines pratiques sont permises, légalisées, alors même qu'elles emportent réification de la personne. On met alors en avant le fait que la réification serait atténuée par le consentement du sujet « objectivé ». Ce dernier en émettant son consentement « se repositionne » en sujet. Le consentement permet alors de prémunir contre la réification, la réification s'entendant alors du refus de considérer l'autre en sujet. Il faut dénoncer ici la confusion qui s'opère insidieusement entre la réification et l'asservissement. Kant ne parle pas explicitement de « réification » ou « d'asservissement ». Ce que le philosophe de Koenigsberg dénonce c'est le fait de « réduire la personne » à un moyen. « L'asservissement est définie comme la réduction à un état de dépendance absolue, alors que la réification est la transformation en chose »⁸⁴⁵. C'est autour de l'idée d'une réification et d'un asservissement de la personne que s'organise et se construit la notion juridique de dignité. L'impératif kantien s'entend à l'origine indifféremment de l'asservissement ou de la réification de la personne, sans que l'on ne puisse fixer clairement de limite entre les deux termes. L'interdit de l'esclavage a pendant longtemps symbolisé le respect concret de cette non réification, la réification s'assimilant alors à un asservissement. Le décret de Schoelcher

⁸⁴⁴ Article L 611-17 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸⁴⁵ A. LA LANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*.

du 27 avril 1948 a aboli l'esclavage en reconnaissant que « l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine, en détruisant le libre-arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ».

585. Les choix effectués par le législateur pénal pour rendre compte de la protection de la dignité démontrent cette double interprétation de l'interdit kantien en termes d'asservissement et de réification. Au travers de la condamnation du proxénétisme⁸⁴⁶ et du bizutage⁸⁴⁷, on cherche à protéger la personne contre l'asservissement. Dans toutes ces hypothèses, c'est le fait que la personne soit amenée contre son gré à effectuer certains actes qui est réprimé. S'agissant des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité, on retient tantôt l'asservissement⁸⁴⁸, tantôt la réification⁸⁴⁹. Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994⁸⁵⁰ ne vise expressément que l'asservissement et la dégradation ; il n'est cependant pas faux de lire dans cette décision, à mots couverts, une condamnation de la réification dans l'asservissement et ceci dans la mesure où le Conseil intervient dans le cadre des lois dites de bioéthiques et que la crainte principale de la bioéthique est celle de la réification de la personne, de sa transformation en marchandise, en chose. On ne peut pas oublier que les premiers grands débats sur la notion de dignité en tant que notion juridique ont lieu en France à partir de l'affaire du lancer de nains⁸⁵¹ et il ne s'agissait là ni plus ni moins que d'inscrire la notion juridique dignité dans une perspective de lutte contre la réification de l'humain.

586. Cependant, l'asservissement et l'objectivation sont deux choses qui doivent être distinguées. Il y a dans la réification une étape supplémentaire par rapport à l'asservissement, l'annihilation de toute trace du sujet, l'assimilation à la chose est plus profonde qu'avec l'asservissement. Ce dernier entraîne l'exercice d'un pouvoir sur un sujet, mais la reconnaissance du sujet est implicite et surtout à tout moment, le sujet peut se repositionner en tant que tel en acceptant la subordination. L'asservissement est donc simplement la soumission non consentie. Ce rôle que peut jouer le consentement dans l'asservissement est ce qui le rend relatif par rapport à la réification. La réification est une notion plus objective, elle se constate indépendamment du fait de savoir si le sujet réifié a consenti ou non. Dans l'asservissement, il y a reconnaissance de l'autre en tant que sujet, mais un refus de lui reconnaître les prérogatives du sujet. Avec la réification, il y a cette transformation

⁸⁴⁶ Art. 225-5 et s. du Code pénal

⁸⁴⁷ Art. 225-16-1 et s. du Code pénal

⁸⁴⁸ Cass. crim, 11 décembre 2001, *Dr. pen.* 2002, comm. 65, obs. Véron.

⁸⁴⁹ Voir en ce sens, Cass. crim. 4 mars 2003, *Droit pénal* 2003, comm. 83. Obs. Véron

⁸⁵⁰ CC. Décision 94-343-344 du 27 juillet 1994, *JO* du 29 juillet 1994, p.11024.

⁸⁵¹ CE, 29 octobre 1995 Commune de Morsang sur orge, P. FRYDMAN, L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. *RFDA*, 1995, p.1204-1217.

irréversible du sujet en chose. Le sujet disparaît inéluctablement sans pouvoir « ré-émerger » en tant que sujet. Enfin, l'asservissement n'intervient qu'entre deux sujets, alors que la réification peut intervenir dans un rapport de soi à soi.

587. Cependant, on constate qu'en droit de la bioéthique, la réification s'entend de deux manières :

- *Une conception objective* aux termes de laquelle il y a réification, indépendamment du consentement de la personne, la réification s'entend du fait d'utiliser la personne comme matériau, non-obstant l'adhésion de celle-ci à cette instrumentalisation. La simple réduction de la personne comme matériau constitue une réification. C'est ici suivre une logique pénaliste, puisque en droit pénal le consentement n'a jamais été considéré comme cause d'irresponsabilité pour l'auteur d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne⁸⁵².

- *Une conception subjective* aux termes de laquelle une pratique peut échapper à la qualification de réification, par le simple fait que la personne a consenti à l'acte. Le consentement jouerait par conséquent un rôle important pour faire échapper de l'interdit de réification à une pratique pourtant réifiante.

588. Dans la conception subjective, le risque est la confusion de la réification à l'asservissement. En effet, asservir une personne c'est ne pas respecter la volonté de celle-ci, c'est lui imposer une autorité et la réduire à un objet soumis à la volonté d'autrui. Si *a priori* la conception objective de la réification est celle qui respecte le mieux la dignité, on oscille bien souvent en droit de la bioéthique entre ces deux conceptions, le rapport de force tourne cependant bien souvent à l'avantage de la conception subjective. Traditionnellement on retient une approche objective de la réification, et une pratique est considérée comme réifiante objectivement et indépendamment du consentement donné par le sujet. C'est cette logique qui s'applique au principe d'indisponibilité du corps humain en vertu duquel celui-ci ne peut faire l'objet de conventions. La notion de dignité est introduite par la jurisprudence administrativiste par le biais de cet interdit de réification du corps dans l'affaire du lancer de nains. En l'espèce, la personne se voit opposer l'exigence de dignité devant laquelle cède le consentement qu'elle a donné à une pratique considérée comme réifiante⁸⁵³. En droit civil, l'approche objective est retenue notamment à propos d'une convention de mère porteuse, dans l'arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 31 Mai 1991. La Cour de Cassation déclare illicite la convention par laquelle une femme « s'engage fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un

⁸⁵² Voir en ce sens, sur le consentement en droit pénal, F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, Paris, 2003.

⁸⁵³ Voir nos développements sur l'arrêt CE ass, Commune de Morsang sur orge, 27 octobre 1995, *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre, 2, Section 1, Paragraphe II

enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain qu'à celui d'indisponibilité de l'état des personnes »⁸⁵⁴. Cette solution a été confirmée par la jurisprudence et est reprise à l'article 16-7 du Code Civil. On constate cependant un fléchissement au profit de l'approche subjective de la réification, ainsi le consentement donné par une personne va suffire à légitimer une réification du corps. Le législateur face à certaines pratiques va se réfugier derrière la protection du consentement pour légitimer une chosification du corps. C'est là toute l'histoire de l'encadrement juridique du don d'organes. Il ne s'agit pas de remettre en cause cette pratique, ni de contester son utilité dans le processus thérapeutique. Il s'agit simplement d'affirmer qu'il y a don de soi contraire à la notion de dignité, eu égard à la réification incontestable que cette pratique instaure. Cependant du fait du consentement du donneur, dont l'expression est strictement encadrée par la loi, le don d'organes échappe à la critique de réification. Il s'agit selon nous d'une confusion faite avec la notion d'asservissement. En effet, le consentement n'est important qu'en matière d'asservissement et ne devrait pas importer en matière de réification.

§ 2 : DIGNITE ET DROIT DE LA BIOETHIQUE : UN RENDEZ-VOUS MANQUE

589. Le rendez-vous de la juridicisation est manqué parce que la notion de dignité est inscrite le plus souvent dans des textes dépourvus de valeur contraignante (A). Et même lorsque la question de la portée contraignante ou non du texte ne se pose pas ou plus, c'est la formulation même de la notion qui en fait une disposition non normative. A ceci s'ajoute le non respect par le droit des exigences de dignité, tant et si bien que la dignité s'avère n'être qu'un slogan dans le droit de la bioéthique (B).

A) L'INSCRIPTION DE LA DIGNITE DANS DES TEXTES DENUES DE VALEUR CONTRAIGNANTE

590. L'inscription de la dignité dans des textes dénués de valeur contraignante ne milite pas en faveur de l'effectivité juridique du principe. Cependant, il ne faut pas oublier que le droit de la bioéthique est un droit particulier, le paysage bio-juridique est bipolaire, à côté des normes juridiques contraignantes, existent des règles non contraignantes (1°). Le droit mou

⁸⁵⁴ Cass.ass.plén. 31 mai 1991, *D.* 1991, note D. THOUVENIN. *D.* 1992, somm., 59 obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *JCP.* éd. G. 1992-I-3547, obs. H. RUBELLIN-DEVICHI.

est une institution en droit international de la bioéthique. C'est ce qui explique que si à l'origine on était tenté d'affirmer que le droit mou n'était pas du droit (2°), la tendance actuelle est à la légitimation du droit mou et à son inscription dans la catégorie des règles juridiques. Le droit mou est désormais du droit (3°). On ne peut plus tirer argument de la seule inscription de la dignité dans des textes dénués de valeur contraignante, pour en déduire le caractère inopérant du principe.

1° La réalité de l'existence de normes juridiques non contraignantes en droit de la bioéthique.

591. Traditionnellement, les Etats s'engagent au niveau international au travers des traités. Le traité est le fruit de la concertation entre les Etats, mode d'élaboration traditionnel et privilégié par le droit international. La concertation aboutit à un accord le plus souvent écrit, prenant la forme le plus souvent d'un traité ou d'une convention bi-latérale ou multilatérale qui, ayant force obligatoire, tient lieu de loi entre les parties signataires. Les spécificités du droit international, notamment les diversités culturelles et les particularismes nationaux ont rendu difficile l'élaboration de conventions formellement contraignantes et ont rendu nécessaire le recours à la négociation et à la concertation entre les différents Etats afin de parvenir à un consensus acceptable par tous. La matière internationale est particulière et l'engagement international dépend entièrement de la bonne volonté des Etats qui s'engagent. « La communauté universelle ne peut exister que si la reconnaissance des valeurs communes contribue à déterminer le sens des normes applicables »⁸⁵⁵. Chaque Etat est soucieux de sa souveraineté et de préserver les valeurs qu'il considère comme fondamentales. Or les valeurs considérées comme fondamentales par un Etat ne le sont pas nécessairement pour tous les Etats. Le relativisme des valeurs est un facteur avec le quel doit composer le droit international. L'universalisme est alors un idéal que « le relativisme obstiné des faits contredit chaque jour »⁸⁵⁶. Ce relativisme des valeurs explique souvent la difficulté de parvenir à un consensus. Il faut alors pouvoir au moins permettre d'instaurer le dialogue entre les Etats. C'est à cette fin que se développe un droit dit non- contraignant dont l'objectif est à long terme d'emporter l'adhésion de tous. C'est ce qui explique que les auteurs internationalistes aient eu la primeur de la question de la validité du droit non-contraignant ou

⁸⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*. Editions du Seuil, Paris, 2004, 439p. p.23.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p.23

non obligatoire, désigné par les doctrines anglo-saxonnes comme « *soft-law* ». Il s'agit dans un sens large de toutes les règles non impératives, non formellement contraignantes, de tous les « accords et textes divers juridiquement non liants »⁸⁵⁷. Sont ainsi concernés notamment, les déclarations, les résolutions, les recommandations, les « codes de conduite », les accords informels. Cette réalité juridique est saisie par une polyphonie lexicale qui traduit toutes les certitudes et les incertitudes doctrinales autour du statut de ces règles particulières. Ainsi parle-t-on de « *soft-law* », « droit souple », « droit mou », de « droit doux », de « droit vert », d'« infra-droit », pour désigner ce droit dit non-contraignant ou non obligatoire, par opposition au « droit dur » qui serait lui contraignant ou obligatoire. En tout état de cause, le paysage juridique international est désormais composé à la fois de règles dites juridiquement contraignantes et de règles dont la portée juridique est incertaine au moins d'un point de vue strictement formaliste.

592. Le droit de la bioéthique qui n'a pas échappé à la mondialisation et à l'internationalisation, n'a par conséquent pas dérogé non plus à cette bipolarisation du paysage juridique international. On pourrait même affirmer que le biodroit contribue plus qu'aucun autre à la valorisation de cette forme alternative de droit que constitue le « droit mou ». Ainsi en droit de la bioéthique on accorde une place importante à des règles émanant d'organes non juridiques. La portée juridique de ces règles s'avère même parfois plus forte que celle d'une règle édictée par une instance juridique habilitée. Il faut tenir compte du fait qu'avant même que le droit n'intervienne en la matière, il existait déjà des règles normatives. C'est le cas des règles de déontologie médicale. « Affrontant les progrès de la biologie et de la médecine ainsi que leurs conséquences, les sociétés humaines ont été fort embarrassées. Des solutions simples ont donc d'abord été envisagées. Il paraissait tout naturel de confier au médecin, au malade ou à la famille du malade, aux uns et aux autres la responsabilité des décisions. Ces solutions se sont révélées peu satisfaisantes, les personnes concernées, étant même au sens noble du terme, trop intéressées pour être impartiales »⁸⁵⁸. Même s'il ne s'agissait pas de règles juridiques au sens strict du terme, des sanctions étaient prévues en cas de manquement aux règles. C'est pourquoi certains auteurs parlent s'agissant de ces règles du développement d'un système d'autorégulation para-juridique dans la mesure où ce système « présente d'une certaine part, certaines qualités de la norme au travers notamment de sa prétention à l'effectivité et en raison de l'existence d'éventuelles sanctions

⁸⁵⁷ P-M. DUPUY, *Droit international public*. Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2006, 849p, p. 370.

⁸⁵⁸ J. BERNARD La Bioéthique. Un exposé pour comprendre, Un essai pour réfléchir. Flammarion, 1994, 125p.spéc.p.72

professionnelles »⁸⁵⁹. Le code de déontologie médicale consacre ainsi plusieurs articles à la notion de dignité. L'arrivée de règles juridiques, n'a pas fait disparaître ces normes para-juridiques « dont l'existence met en exergue la spécificité du système normatif de la bioéthique »⁸⁶⁰. Traduisant l'importance reconnue à ces normes para-juridiques, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), créé en 1983, joue un rôle non négligeable en droit de la bioéthique. « Toutefois, le fait que les milieux de la recherche biomédicale soient saisis de ces questions s'explique aussi parce qu'en recourant à des règles éthiques, ils entendaient éviter un contrôle plus drastique de l'Etat ; ils ont mis en place un système d'autorégulation par les pairs dans l'objectif d'aborder de manière interne les problèmes moraux posés par les applications techniques de la recherche scientifique »⁸⁶¹. Ceci explique alors que la notion de dignité se retrouve mentionnée au travers de ces différents instruments. Le droit de la bioéthique a fait de la « *soft-law* » son moyen d'expression privilégié. Mme Maljean Dubois souligne ainsi que « dans le domaine de la bioéthique, l'infra-droit est foisonnant, au contraire des règles obligatoires. La faiblesse formelle est donc à la fois quantitative et qualitative »⁸⁶². Ceci nous amène logiquement à nous interroger sur la force juridique du principe de dignité supposé être l'« invariant majeur »⁸⁶³ du biodroit. Quelles sont donc les incidences de cet intérêt non démenti et croissant du droit de la bioéthique pour le « droit mou » sur le « statut juridique » du principe de dignité ? Tout va alors dépendre de ce que l'on entend par juridicisation et juridicité.

2° Le droit mou n'est pas du droit

593. Le fait que la dignité soit inscrite en grande partie dans des textes dépourvus de valeur contraignante constitue-t-il un obstacle insurmontable à sa classification dans la catégorie de règles juridiques ? La réponse à cette question dépend de la réponse à une autre question : le droit non contraignant est-il du droit ? C'est la question du critère du droit qui est posée. Quel est ce signe distinctif qui sépare le droit des règles qui n'en relèvent pas ? Qu'est-ce qui

⁸⁵⁹ S. MONNIER Les comités d'éthique et le droit : Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. L'Harmattan, 2005, 620p.spéc.p. 37

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ D. THOUVENIN, Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires ? in, D. LECOURT (dir.) *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?* PUF, 1999, 89p.50-78.

⁸⁶² S. MALJEAN-DUBOIS Les timides développement d'un bio-droit mondial face aux rapides avancées des sciences de la vie .in, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, p.13-32

⁸⁶³ M. BEDJAOU, De la dignité humaine aux principes de la bioéthique : décliner l'universalisme dans le respect du pluralisme, in C. BYK (dir.) *Bioéthique et droit international : Autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*. Litec, Paris, 2007.p.67-79.

distingue le juridique du non-juridique ? Sous l'impulsion de Kelsen et dans une perspective purement positiviste, la contrainte par l'autorité publique a été retenue comme le signe distinctif du droit. Le non-contraignant était alors purement et simplement banni de la sphère juridique, raccompagné poliment mais fermement aux portes du droit (a). L'époque post-moderne s'avère être plus conciliante, prête à revoir ses certitudes et accueillir à la table du droit des règles *a priori* non contraignantes, le critère de l'efficacité se démarquant de plus en plus de celui de la contrainte. Le non-contraignant n'est alors plus systématiquement disqualifié et bien au contraire, il est même recherché comme un moyen pour atteindre l'efficacité. L'efficacité est alors la fin, et tous les moyens sont bons pour cette fin (b).

594. Fortement marquée par les développements de Kelsen sur les critères de la règle de droit, il est une vérité juridique⁸⁶⁴ selon laquelle, il n'y aurait de droit que « contraignant ». La contrainte est alors le critère de la règle de droit. M. Auby affirme d'ailleurs de manière péremptoire que le droit est « *fondamentalement un ordre de contrainte* »⁸⁶⁵. La sanction par l'autorité publique participerait de l'essence du droit objectif⁸⁶⁶. Ce critère permet de distinguer la norme juridique des autres normes sociales telles que les normes morales ou religieuses. Il ne suffit pas de poser la règle de droit comme une règle de conduite sociale pour la définir parce que le droit n'est pas le seul ordre à fournir des règles. Il a par conséquent fallu déterminer un critère permettant de spécifier « l'essence du droit ». C'est ainsi que sous l'impulsion de Kelsen, la sanction de l'autorité publique va être érigée en signe distinctif de la norme juridique : « dire qu'une norme est « valable », c'est affirmer qu'elle est obligatoire »⁸⁶⁷. Si l'on s'en tient à ce critère unique et exclusif, les choses sont simples, soit une règle est juridique parce que sanctionnée, soit elle est non sanctionnée et par conséquent n'est pas juridique. Mme Delmas-Marty parle à cet égard de la validité empirique des normes. Il s'agit des théories qui jugent de la validité des normes d'après leurs effets. « Le risque est alors soit de légitimer sur ce seul critère la validité de n'importe quel système de normes dès lors qu'il se révèle « durablement efficace », soit à l'inverse de disqualifier tout système dont l'effectivité ne serait pas démontrée »⁸⁶⁸. Mme Delmas-Marty distingue deux types d'effectivité, une effectivité instrumentale et une effectivité symbolique. Cette distinction est

⁸⁶⁴ Voir notamment C. THIBIERGE, Le droit souple :Réflexion sur les textures du droit. *RTD civ.*, 2003, p.599.L'auteur souligne que la notion de droit souple nous oblige à « éprouver la solidité de convictions aussi établies qu'apparemment évidentes selon lesquelles : le droit est un ensemble de règles ; les règles sont nécessairement obligatoires et contraignantes ; et la contrainte est le critère de la règle de droit.

⁸⁶⁵ J-B. AUBY, Prescription juridique et production juridique, *RDJ* 1988,p.673.

⁸⁶⁶ Voir en ce sens, L. BOYER, H. ROLAND, *Introduction au droit*. Litec, Paris, 2003. 664p.

⁸⁶⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*,. Dalloz, 1960 p. 255

⁸⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel :les forces imaginantes du droit*. Editions du Seuil, Paris, 2004, 439p. p.169.

construite autour de la notion de normes et plus précisément à partir des dérivés de ce terme. « On retiendra d'une part, *normatif et normativité* et d'autre part *normal, normalité et normalisation* ». ⁸⁶⁹ Lorsque l'on entend la norme dans le sens de « normatif », l'effectivité est dite instrumentale : « La norme est effective quand elle est appliquée et la transgression sanctionnée, ou plus largement quand cette norme peut être invoquée à l'appui d'une contestation devant une autorité compétente » ⁸⁷⁰. C'est la question de la justiciabilité de la norme. L'effectivité sera dite symbolique lorsque « la norme véhicule et inculque une certaine idée de la normalité, indépendamment de toute obligation juridique et en dehors du cercle restreint de ceux auxquels chaque norme à vocation à s'appliquer » ⁸⁷¹. En posant la contrainte comme marque du droit, on adhère à la logique de l'effectivité instrumentale, dès lors un texte non-contraignant ne constitue pas du droit ⁸⁷². On comprend donc aisément, à l'issue de cette recherche sur la spécificité de la règle de droit, que le fait que la notion de dignité soit inscrite la plupart du temps dans des textes dénués de valeur contraignante ne favorise pas son « accession » au rang des notions juridicisées.

595. La dignité est à l'origine inscrite dans des textes dénués d'une valeur contraignante, et ceci est vrai pour le droit international généraliste ⁸⁷³ notamment avec la mention dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. En affirmant cela, on s'inscrit dans cette logique aujourd'hui décriée par la doctrine internationaliste, à savoir la distinction entre d'une part le droit international déclaratoire composé des résolutions et des recommandations, et le droit international conventionnel. Le critère de distinction proposé entre les deux droits est celui de leur valeur juridique contraignante. Ainsi le droit déclaratoire n'aurait pas vocation à poser des obligations juridiquement contraignantes pour les parties, mais relèverait plutôt d'une volonté de respecter la volonté des parties d'affirmer certains

⁸⁶⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*, op.cit p.170

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 170..

⁸⁷¹ *Ibid.*, p.171.

⁸⁷² Mme Thibierge établit une « boucle de la négation » qui conduit à l'exclusion du domaine du droit, des règles non-contraignantes. Il s'agit d'un raisonnement en plusieurs étapes au terme duquel, on exclut définitivement la possibilité pour le droit non-contraignant de prétendre à la juridicité. : 1. le droit est un ensemble de règles. 2. Et par définition, une règle de droit présente divers caractères, tels que d'être générale, obligatoire et sanctionnée. 3. Plus précisément la sanction juridique s'entend de la contrainte dont est assortie toute règle de droit ; contrainte potentielle de l'autorité publique. 4. C'est justement dans ce dernier caractère, le caractère contraignant que réside le critère de la règle de droit : seules sont juridiques les règles dont le respect peut, au besoin, être assuré par le recours à la contrainte. 5 et puisque le droit est constitué de règles, ce critère de la règle de droit qu'est la contrainte, est nécessairement le critère du droit. 6. Par conséquent, le droit est nécessairement contraignant, sanctionné. 7. Or justement le droit mou est sans sanction 8. Par conséquent le « droit mou » ne peut être du droit. Il n'a de droit que le nom. Faute de revêtir ce caractère-critère de la contrainte, il ne peut prétendre être du droit. C. THIBIERGE, *Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit*. *RTD civ.*, 2003, p.599.

⁸⁷³ Nous distinguerons le droit international généraliste du droit international plus spécifique qui est celui de la bioéthique.

principes auxquels elles croient, sans pour autant s'engager plus⁸⁷⁴. Mme Grewe s'intéressant aux techniques de proclamations des droits affirme que « le choix de l'instrument de proclamation renseigne sur la valeur et la portée des droits. Ce choix obéit à deux séries de motivations assez différentes et souvent contradictoires que sont d'une part, la solennité de l'engagement et d'autre part la volonté de conférer au texte une forte normativité »⁸⁷⁵. Au rang de ces techniques de proclamation, l'auteur recense la déclaration, le préambule et l'incorporation dans la Constitution. Sur la scène internationale, la dignité est mentionnée pour la première fois dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, texte comme son nom l'indique participant de ce droit dit mou parce que non contraignant eu égard à sa nature déclaratoire.⁸⁷⁶ Cette forme de proclamation n'inscrit pas à l'origine la notion de dignité dans une perspective normative, non-obstant le fait que cette déclaration soit considérée comme faisant partie aujourd'hui du droit obligatoire⁸⁷⁷. La normativité de la Déclaration et partant des principes qu'elle énonce en son sein ne s'imposent donc pas à l'origine avec la force de l'évidence. René CASSIN lui-même à qui nul ne songerait à contester la paternité du texte reconnaît que la plus grande lacune qu'on reproche à ce texte c'est de « ne pas avoir la portée juridique complète qu'aurait eu une convention signée, ratifiée, génératrice d'engagements obligatoire et sanctionnés »⁸⁷⁸. Tout ceci s'explique pourtant par le fait que la Déclaration est un texte de compromis, elle se veut porteuse d'un idéal commun et universel et le but est alors avant de contraindre, de convaincre tous de la nécessité des principes contenus dans le texte. L'exemple français est symptomatique à cet égard. En effet, le droit français en insérant « la déclaration dans le préambule de la constitution de 1946, alors même que le préambule était dans cette constitution soustrait au contrôle de constitutionnalité, illustre de manière plus générale que « le droit français n'était pas encore prêt à reconnaître pleinement le caractère normatif de la Constitution ni encore moins celui du préambule »⁸⁷⁹. Les pactes internationaux de 1966 viennent cependant nuancer

⁸⁷⁴ C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruylant, Bruxelles, 2004, 704p., spéc. p.35-39. Bien que l'auteur ne remette pas en cause la distinction entre le droit international obligatoire dont fait partie le droit conventionnel, et le droit mou ou *soft law*, elle rappelle que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, instrument non obligatoire à l'origine a pu obtenir un caractère obligatoire en se transformant en règle coutumière internationale.

⁸⁷⁵ C. GREWE, Les déclarations nationales de l'immédiat après-guerre., in *La Déclaration universelle des droits de l'homme. 1948-98 : Avenir d'un idéal commun*. La Documentation française, 1999, p.125-129.

⁸⁷⁶ Voir nos développements, *supra*, Première partie, Titre second, chapitre 1, Section 1, § II, A.

⁸⁷⁷ ⁸⁷⁷ Voir nos développements, *supra*, Première partie, Titre second, chapitre 1, Section 1, § II, A.

⁸⁷⁸ R. CASSIN, La protección internacional De los Derechos Del Hombre Y sus Dificultades », *Revista juridica de Buenos-Aires*, 1985-1986-1988. Cité par M. PINTO, L'écriture de la Déclaration universelle : les lacunes et les compromis, in *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-98 : Avenir d'un idéal commun*., p.183-189.

⁸⁷⁹ C. GREWE Les déclarations nationales de l'immédiat après-guerre *op.cit*, p.125-129.

l'affirmation du caractère non contraignant de la Déclaration de 1948. En effet, ces pactes en constituent la concrétisation sous une forme conventionnelle. Selon Charles Rousseau, « sans doute a-t-on estimé aux Nations Unies que c'était là la méthode la plus sûre pour conférer aux principes énoncés en 1948 la force d'application positive sans laquelle ceux-ci ne seraient que des préceptes vides »⁸⁸⁰. Ce débat sur la valeur juridique obligatoire ou non de la Déclaration de 1948 tend à se résoudre aujourd'hui en faveur de l'affirmative⁸⁸¹. Il est admis que cette différence entre un droit déclaratoire prétendument dépourvu de normativité et un droit conventionnel qui en serait par définition pourvu ne correspond pas à la réalité et méconnaît l'impact de la Déclaration⁸⁸². L'évolution du « statut » de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 vient quelque peu ébranler notre hypothèse de la juridicisation « manquée » de la notion de dignité du fait de son inscription dans des textes dépourvus de valeur contraignante. En effet, le passage de cette Déclaration du non-contraignant au contraignant accrédite l'idée d'une frontière ouverte entre le droit contraignant et le droit non-contraignant, et affaiblit sensiblement l'idée d'une juridicisation « ratée » du simple fait de l'inscription dans un texte non-contraignant. Cette hypothèse est encore mise à mal par l'avènement d'un droit post-moderne qui remet en cause le critère de la contrainte comme marque exclusive de la règle de droit, rendant crédible la possibilité même d'une règle juridique « non-contraignante ».

3° Le droit mou est du droit

596. Le critère de la contrainte comme marque distinctive du droit est remis en cause par la doctrine, notamment la doctrine internationaliste. M. Dupuy affirme en effet que « L'inexistence de sanctions de type drastique ne doit pas faire conclure à l'absence de règle juridiques. Les deux plans normatifs et coercitifs ne se confondent pas »⁸⁸³. La doctrine

⁸⁸⁰ Ch. ROUSSEAU, Droits de l'homme et Droits des gens, in *Liber Amicorum Discipulorumque René Cassin, Méthodologie des Droits de l'homme*, cité par C. SCIOTTI-LAM. *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p.39.

⁸⁸¹ La majorité des interventions du colloque qui s'est déroulé les 14-15 et 16 septembre 1998 à la Sorbonne, et qui rassemblait d'éminents spécialistes, théoriciens et praticiens des Droits de l'homme, tend à démontrer au-delà des questions spécifiques aux quelles chaque intervenant s'efforce de répondre, que la question du caractère juridique obligatoire de cette déclaration est bien au cœur des préoccupations, et si à l'origine l'instrument tend plutôt à se rapprocher du droit dit déclaratoire, sa force juridique obligatoire fait aujourd'hui l'unanimité.

⁸⁸² Ch. ROUSSEAU, Droits de l'homme et Droits des gens, in *Liber Amicorum Discipulorumque René Cassin, Méthodologie des Droits de l'homme*, IV, Pedone, Paris, 1972, 405p. cité par C. SCIOTTI-LAM. *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*. Bruylant, Bruxelles, 2004, p.39.

⁸⁸³ R-J. DUPUY, Droit déclaratoire et droit programmatoire : De la coutume sauvage à la « *soft law* » in, *L'élaboration du droit international public*. Colloque de Toulouse de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 1974, p.132-148.

juridique dans son ensemble se saisit de la question pour reconnaître que le droit va au-delà du sanctionnable, M. Terré affirme avec force que « cette vision réductrice (du droit comme un ensemble de règles) est inacceptable, car le droit n'est pas seulement cela et il s'en faut de beaucoup (...) le droit est aussi coutume, pratique, jurisprudence, recommandation, etc. (...) Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique ?»⁸⁸⁴

597. Avec le « critère-contrainte »⁸⁸⁵ on partait de l'idée d'une juridicité statique, la règle étant ou n'étant pas juridique. Avec l'avènement du droit mou et surtout de sa reconnaissance comme droit, on s'intéresse plus à une efficacité à long terme. Il s'agit d'un « droit de finalité qui rompt avec le droit international classique »⁸⁸⁶. La spécificité du contexte international marqué par le pluralisme des valeurs et le relativisme culturel trop longtemps contenus et dorénavant débordants, rendent les convergences moins spontanées, plus discutées et disputées. De ce fait la dureté du droit contraignant, sa rigueur et sa rigidité, apparaissent désormais inadaptées à la postmodernité. L'idée qu'un accord minimal est préférable à une absence totale d'accord gagne du terrain, notamment en matière bioéthique. Le groupe européen d'éthique, dans son avis du 23 novembre 1998 au niveau communautaire, rappelle : « les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain (...) Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de tous les autres »⁸⁸⁷. Le pari est alors désormais pris sur l'avenir. L'efficacité de la règle n'est plus recherchée dans son caractère immédiatement contraignant, mais elle est recherchée à long terme dans sa capacité à être respectée par le plus grand nombre. Il faut que la règle n'effraie pas par sa froideur prohibitive ou sa rigueur contraignante. Il faut qu'elle séduise par sa souplesse persuasive. Le droit de la bioéthique par les enjeux qui sont les siens a plus à gagner par la souplesse de ses règles afin de permettre à long terme un engagement réel des Etats. Ceci est d'autant plus indispensable qu'il n'y aura

⁸⁸⁴ F. TERRE, Pitié pour les juristes ! *RTD civ.*, 2002, p. 247.

⁸⁸⁵ Le terme est de C. THIBIERGE *Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit. RTD civ.*, 2003, p.599.

⁸⁸⁶ R.-J. DUPUY *Droit déclaratoire et droit programmatore : De la coutume sauvage à la « soft law »* in, *L'élaboration du droit international public*. Colloque de Toulouse de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 1974, p.132-148.

⁸⁸⁷ Cité par S. MALJEAN-DUBOIS *Les timides développement d'un bio-droit mondial face aux rapides avancées des sciences de la vie*. in, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, p. 13-32

de droit bioéthique qu'universel, c'est-à-dire accepté par tous. Le spectre du *forum shopping* n'est en effet pas un mythe mais une réalité que seule la coopération internationale peut enrayer. « Du point de vue de l'évolution actuelle de la normativité, le droit de la bioéthique constitue une sorte de laboratoire. La norme est désormais moins purement prescriptive et plus incitative que jadis, même si elle devient de plus en plus impérative. Elle dépend plus que jadis de son acceptabilité et devient souvent une norme d'objectifs, fortement finalisée, au lieu d'être régulatrice »⁸⁸⁸.

598. La quarantaine du droit mou est progressivement levée d'autant plus que ce caractère non contraignant peut s'avérer temporaire. Un acte formellement non contraignant à l'origine peut se révéler contraignant par l'effet de la pratique et avec le temps. C'est l'exemple fourni par la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'avenir que l'on prédit aux règles de bioéthique. L'objectif étant de parvenir à des engagements contraignants à moyen ou long terme. La contrainte n'est donc plus au départ de l'acte, elle n'est pas perdue de vue, elle est la finalité de l'acte. La contrainte n'est alors plus imposée, mais elle est acceptée. Cependant, la notion de dignité fait de la résistance. En effet, même si l'on ne conteste pas la juridicité du droit mou, on peut contester son application à tous les principes. Certains principes doivent échapper de cette mollesse pour s'exprimer et s'imposer avec rigueur et fermeté au travers du droit dur qui est plus approprié à leur nature. Il en va ainsi du principe de dignité. On peut tout d'abord s'appuyer sur les raisons pour lesquelles le droit s'est tourné vers la notion de dignité. C'est à l'origine pour disposer d'une notion qui permette la protection efficace et effective de l'homme, de la personne humaine. La dignité est « saisie » par le droit pour son caractère impératif, elle s'impose à lui. Il n'est donc pas à l'origine question de se laisser du temps pour se convaincre de son impérativité. La dignité est par essence normative, dans le sens le plus prescriptif et le plus contraignant du terme. Elle impose des exigences impératives, la protection effective de la personne humaine est à ce prix. Ce n'est d'ailleurs pas autre chose qu'affirme Mme Thibierge pourtant partisane d'une vision élargie de la juridicité. En effet pour l'auteur, le droit contemporain ne se divise pas entre d'une part un droit dur contraignant et d'autre part un droit mou non-contraignant. Il y a bien plutôt une échelle de densité normative⁸⁸⁹. Il s'agit de l'« expression de la gradation des textures du droit, cette échelle juridique et normative concerne plus particulièrement la force obligatoire et contraignante, de

⁸⁸⁸ J-L. BERGEL, *Rapport de synthèse*, in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.) *Normativité et biomédecine*. Economica, Paris, 2003, 304p.

⁸⁸⁹ C. THIBIERGE, *Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit*. *RTD civ.*, 2003, p.599.

la règle et du droit »⁸⁹⁰. A l'extrémité de cette échelle, on trouve un droit *très dur, très contraignant*, puis viennent successivement un droit dur obligatoire et contraignant, un droit semi-dur, semi-obligatoire, un droit souple de type recommandatoire, et enfin à l'autre extrémité de l'échelle se trouve un droit très souple de type déclaratoire. Le droit « très dur », qui se trouve sur la plus haute marche de normativité est « constitué de prohibitions indérogeables et de droits intangibles, ne souffrant aucune exception ni aucune marge, autrement dit empreint d'une force obligatoire et contraignante maximale. Ce droit très dur ne se caractérise pas uniquement par sa forte vigueur technique. *Son objet est également spécifique en ce qu'il garantit des valeurs de civilisation relatives notamment à la dignité*⁸⁹¹ et à l'identité de l'humanité »⁸⁹². On voit bien que la notion de dignité est une notion impérative qui ne s'accommode pas de la souplesse. La contenir et l'exprimer au travers de règles souples, voire très souples et la subordonner à la nécessité d'un accord de tous ou au moins du plus grand nombre, c'est la trahir. Le droit de la bioéthique plus qu'un autre peut-être avait l'occasion de montrer que la notion de dignité est également un impératif juridique et ne constitue pas seulement un impératif moral et philosophique. La dignité contraindra ou ne sera pas. Le droit avait la lourde tâche de réaliser les exigences de dignité et c'est pour cela que l'on se rend compte que la dignité bien loin d'être un impératif, ne sera que ce que le droit veut qu'elle soit.

B) LA DIGNITE COMME SLOGAN EN DROIT DE LA BIOETHIQUE

599. La dignité apparaît comme un principe incontournable en droit de la bioéthique. Il ne se trouve pas de texte qui n'en fasse pas mention. Cependant lorsque l'on s'arrête sur la formulation du principe dans les textes, on est vite déçu. La notion apparaît davantage comme un précepte moral que comme un principe juridique contraignant. (1°). Cette impression se confirme par le fait que le principe s'avère incapable de constituer un rempart efficace contre les atteintes portées à l'humain. L'exemple du clonage nous fournira l'occasion de vérifier nos impressions (2°).

1° Les raisons tenant aux formules employées pour la juridicisation de la notion de dignité

⁸⁹⁰ C'est ce que reconnaît également Mme POMART qui parle de penser la normativité en terme de *continuum*. Selon l'auteur, il y a plusieurs étapes du non normatif au normatif. C. POMART, Les dispositions légales non normatives : une invitation à prendre la normativité en terme de *continuum*, *R..R..J*, 2004, n° 3, p.1679.

⁸⁹¹ Nous soulignons.

⁸⁹² C. THIBIERGE, Le droit souple :Réflexion sur les textures du droit. *RTD civ.*, 2003, p.599.

600. La juridicisation de la notion de dignité, à savoir sa mention dans les textes de droit positif, se fait au départ sans que la notion de dignité se voie créditée une valeur juridique contraignante. Non pas que les règles attenantes à la dignité ne soient pas assorties de sanctions, mais surtout parce que soit elles figurent dans des textes dénués d'efficacité juridique, soit la généralité des termes ne renvoie pas à une prescription précise. L'efficacité juridique n'est donc pas le souci premier des auteurs de la « première vague de juridicisation ». Il s'agit avant tout d'affirmer une croyance, une foi commune autour d'un principe transcendant. Et il paraît important d'affirmer solennellement et officiellement cette croyance. Il s'agit de rappeler que le droit doit assurer le respect de cette valeur éminente. On peut comprendre que les déclarations « généralistes » n'aient pas donné à la notion de dignité une « normativité opérative ». Cependant on pouvait s'attendre à ce que le droit de la bioéthique comble cette lacune substantielle. Le mouvement de juridicisation a été lancé par le droit international « généraliste ». Le droit de la bioéthique, réputé pour être un droit dont le but est l'adoption de règles matérielles, devait par conséquent réaliser la juridicisation substantielle de la dignité, en réalisant strictement les exigences de dignité. En effet, l'enjeu des déclarations généralistes est un rassemblement sur des valeurs communes, une réaffirmation universelle de la croyance dans ces valeurs. S'agissant du droit de la bioéthique, on se place d'emblée dans une perspective pratique. Les questions posées sont concrètes et appellent des réponses concrètes.

601. Ainsi si l'on s'intéresse aux principales conventions qui traitent de questions bioéthiques, on relève que la dignité y est toujours mentionnée. La Convention d'Oviedo du 4 avril 1997, relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, affirme dans son article premier : « les parties à la présente convention, protègent l'être humain dans sa dignité et son identité ». La Déclaration internationale sur les données génétiques humaines du 16 octobre 2003 dans son article premier affiche au premier rang des objectifs de la convention, « la protection de la dignité et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la collecte, le traitement, l'utilisation et la conservation des données génétiques humaines (...) ». La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme adoptée le 19 octobre 2005, rappelle dans son article 3 que : « la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales doivent être pleinement respectées ». La dignité se donne alors sous le mode d'une formule déclamatoire. Mme Monnier dira d'ailleurs que la juridicisation de la notion de

dignité se fait sur « par répétition et convergence »⁸⁹³. La formule plait, elle est répétée à l'envie alors qu'elle ne renvoie à rien de concret. « La réitération de la notion de dignité dans les textes de droit positif traduit le fait qu'à la prise de conscience éthique de la nécessité de protéger certaines valeurs a succédé une prise de conscience juridique (...). La fonction de la législation française semble alors être de « traduire en langage juridique des principes éthiques ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des domaines de la biomédecine »⁸⁹⁴. Que signifie alors traduire en langage juridique ? N'est-ce pas prendre la mesure juridique substantielle de la protection accordée à ces valeurs, en leur assurant une protection juridique réelle ? Ou alors est-ce simplement prendre la mesure juridique formelle d'une telle protection ? S'agissant de la « positivisation » de la notion de dignité en droit interne français, force est de constater que la prise de conscience est formelle, et pas substantielle. La notion de dignité apparaît comme un principe moral, omniprésent certes, mais aux effets juridiques singulièrement indécélables. Le constat effectué par M. Mathieu prend ainsi tout son sens « Les formules déclamatoires sont peu utiles, le juge hésitant à appliquer des principes flous (l'intégrité de l'espèce humaine, l'interdiction des pratiques eugéniques »⁸⁹⁵. Seule une réalisation concrète des exigences de dignité peut permettre de lever le discrédit sur cette formulation de la dignité.

602. Rien ne laisse apparaître la dignité comme un impératif. Elle apparaît au travers des textes comme un slogan juridique, une formule incantatoire, qui à force d'être répétée se fond dans la forme de l'acte. Il appartient au droit de « sauvegarder la dignité humaine ». La protection dont la dignité réclame assurance passe par la réalisation effective des exigences de dignité et ceci au travers d'actes matériels. Il s'agit de condamner des pratiques avec la plus grande fermeté, et non de les tolérer « sous conditions ». En effet c'est la pratique qui est attentatoire à la dignité nonobstant les conditions dans lesquelles elle est réalisée et peu important sa finalité. Admettre le contraire c'est remettre en cause le caractère impératif de la dignité, elle n'est plus indérogeable. Ceci est notamment vrai des actes qui révèlent une vision schizophrénique du droit, tels que le clonage. L'atteinte à la dignité y est tolérée sous condition de distinction artificielle entre le clonage à visée thérapeutique et le clonage à visée reproductive.

⁸⁹³ S. MONNIER, *op.cit.*, p. 305-310.

⁸⁹⁴ N. LENOIR, Le statut juridique du corps humain pour répondre à l'angoisse contemporaine, in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant. L'Etat de droit*, Paris, Dalloz, 1996, P.413, cité par S. MONNIER *Les comités d'éthique et le droit : Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*. L'Harmattan, 2005, p.306

⁸⁹⁵ D. FENOUILLET, La nécessité d'une réglementation législative spécifique in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.) *Normativité et biomédecine*. Economica, Paris, 2003, 304p. p.67-77

2° Les raisons tenant à l'absence de respect des exigences matérielles de dignité
l'exemple du clonage

603. La question du clonage illustre bien cette difficulté qu'a la dignité à s'imposer comme principe impératif en droit. Ce caractère impératif ne s'impose pas inéluctablement au droit, le droit choisit ou non de l'imposer, dans tous les cas lui seul peut décider de la teneur de cet impératif. Ce que l'on entend par échec de la juridicisation, à savoir l'absence d'efficacité de la notion de dignité, n'est pas si on s'arrête au cas particulier de la bioéthique, un échec. Du point de vue du droit de la bioéthique, il n'y a alors pas échec. Mais du point de vue de la dignité, il y a échec dans la mesure où la juridicisation n'est pas matérielle. Des pratiques attentatoires à la dignité sont légalisées. C'est le cas du clonage à visée thérapeutique. Comment justifier d'une part sa légalisation et d'autre part l'interdiction du clonage reproductif? En effet, si l'on se place du point de vue de l'exigence de la dignité, la modification de l'être de l'homme, la création de l'homme par l'homme est condamnable, quelle qu'en soit la fin. Or le biodroit légalise la pratique bien sûr en l'encadrant, mais en distinguant là où la dignité ne distingue pas. Ce n'est pas la finalité d'un acte qui détermine l'atteinte à la dignité, mais l'acte en lui-même.

604. Le clonage est une technique qui permet la création de cellules, d'organes ou de tissus génétiquement identiques. S'agissant du clonage d'embryons humains, on distingue celui dont la visée est reproductive et celui dont la visée est thérapeutique. Si l'interdiction formelle du clonage à visée reproductive fait l'objet d'un consensus, la question de la possible légalisation du clonage thérapeutique est laissée ouverte. Si le premier fait l'objet d'une condamnation quasi-unanime (a), la condamnation du second est plus timorée (b).

a) L'interdiction quasi-unanime du clonage à visée reproductive

605. Le clonage à visée reproductive renvoie à la technique qui consiste à placer un embryon cloné dans l'utérus d'une femme afin de donner naissance à un enfant. Le recensement fait par l'UNESCO tend à démentir cette idée d'une condamnation quasi-unanime du clonage à

visée reproductive, puisque l'on y apprend que seulement 30 Etats prohibent implicitement ou explicitement cette pratique⁸⁹⁶.

606. Cette pratique est prohibée :

- au niveau international, par une résolution de l'organisation mondiale de la santé du 14 mai 1997, par la déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits fondamentaux du 9 décembre 1998.

- au niveau européen par le protocole additionnel adopté le 12 janvier 1998, ainsi que la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000.

607. En droit français, c'est le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) qui le premier s'est prononcé sur le clonage reproductif. Dans son avis n° 54 du 22 avril 1997 il condamne sans ambiguïté une pratique qui entraîne une instrumentalisation inadmissible de l'être humain. Aucun des motifs avancés pour justifier cette pratique n'a été jugé recevable par égard aux principes protecteurs de l'être humain. Avant la loi portant révision des lois dites de bioéthiques de 1994, il fallait se tourner vers l'article 16-4 du Code civil pour y déceler une interdiction de la pratique. Cet article ne visait pas directement le clonage reproductif, l'interdiction a été déduite de ces termes : « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ». Cet article n'étant pas jugé suffisant pour y lire une interdiction franche de la pratique, la loi du 6 août 2004 pose le clonage reproductif au même titre que l'eugénisme comme un crime contre l'espèce humaine⁸⁹⁷.

b) La condamnation timorée du clonage thérapeutique

608. Le clonage à visée thérapeutique a pour objet de créer des réserves de cellules spécialisées à partir d'un embryon clone du patient, lui-même obtenu en prélevant une de ses cellules et en la transférant ensuite dans un ovule. Les partisans du clonage thérapeutique mettent en avant les avancées thérapeutiques non négligeables qui en résulteraient. Cette technique a un intérêt non seulement sur le terrain de la thérapie génique, notamment parce qu'elle conduit à l'augmentation des réserves de cellules spécialisées. Cet intérêt provient également du fait que la technique permet d'assurer une compatibilité immunologique entre les cellules du donneur et celles du receveur. A ces arguments s'ajoute celui plus prosaïque

⁸⁹⁶ UNESCO, *Législations nationales relatives au clonage humain reproductif et thérapeutique* cité par M-P. LANFRANCHI, Vie et mort du projet de convention sur le clonage reproductif, in, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005.p.13-32

⁸⁹⁷ Art. 214-2 du Code pénal.

tiré de la disparité des législations et précisément du fait que certains Etats ont depuis longtemps légalisé la pratique⁸⁹⁸ mais d'autres la condamnent encore⁸⁹⁹. En France la possibilité d'autoriser cette pratique avait été envisagée par le premier ministre à l'occasion de la présentation de l'avant-projet de loi sur la révision des lois bioéthiques le 26 décembre 2000. Le Comité consultatif national d'éthique s'est montré favorable à la pratique dans son avis n°54 du 18 janvier 2001. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a rendu un avis défavorable le 25 janvier 2001. Une proposition de loi déposée le 25 mai 2005 visait à ouvrir cette possibilité⁹⁰⁰. La loi du 6 août 2004 a choisi la voie de l'interdiction tout en posant des sanctions moins fortes que pour le clonage reproductif, marquant ainsi tout de même la différence de traitement entre les deux pratiques. Cette différence de traitement est symptomatique de cette incapacité de la dignité à constituer un rempart infranchissable dans la protection de l'homme. En effet, « l'indulgence » qui est de mise à l'égard du clonage thérapeutique pose un problème évident à l'égard de la notion de dignité. Pour justifier cette différence de traitement à l'égard des deux pratiques qui relèvent pourtant du même procédé, on met en avant que seul le clonage reproductif en ce qu'il vise à la fabrication d'un être humain de manière artificielle, constitue un réel danger d'instrumentalisation de l'humain. Deux camps s'affrontent, un camp qui revendique la prohibition de toute forme de clonage, parce que c'est le procédé en lui-même qui porte atteinte à la dignité ; et un autre camp qui envisage de faire dépendre l'interdiction de la finalité de l'acte, dès lors que l'acte ne vise pas à la naissance d'un être humain nouveau, il est acceptable. Seul le clonage reproductif est alors condamnable. Le clonage reproductif est jugé comme privant l'individu ainsi « créé » de l'aléa génétique, de plus il porte atteinte à la singularité et à l'autonomie de la condition humaine. Sur lui plane le spectre de l'eugénisme⁹⁰¹. La vision apocalyptique de l'homme manipulant l'homme, de l'homme créant l'homme est portée à son paroxysme. A cette vision dérangeante, on oppose la vision plus rassurante d'un clonage thérapeutique dont l'intérêt pour la santé de l'homme est mis en avant. Cette distinction est remise en cause par les partisans d'une prohibition de toute forme de clonage. Au cœur du débat sur le clonage se

⁸⁹⁸ C'est le cas notamment de la Grande Bretagne avec sa loi sur l'embryologie et la fécondation humaine.

⁸⁹⁹ Les Etats-Unis militent en faveur de l'extension de la prohibition du clonage reproductif au clonage thérapeutique.

⁹⁰⁰ Proposition de loi n° 2346 déposée par M. Schwartzberg : « la constitution par clonage d'embryons humains à des fins thérapeutiques et les recherches sur les embryons ainsi constitués sont autorisés sous réserve du respect des mêmes conditions que celles énoncées aux troisième à septième alinéas pour les recherches menées sur les embryons conçus *in vitro* dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental. »

⁹⁰¹ voir sur ce point notamment : X. BIOY, Les crimes contre l'espèce humaine ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel. In, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, p.101-119.

trouve l'impératif de dignité. Le clonage est une technique qui implique l'embryon humain, et le respect dû à celui-ci explique la méfiance à l'égard de la pratique en général. Axel Kahn considère ainsi : « D'une part, la dignité de la personne humaine s'étend à ses projets donc aux embryons humains. D'autre part, la seule justification éthique pour créer une vie humaine, non pas dans le désir que cette vie humaine puisse, le cas échéant, s'épanouir, mais afin de constituer du matériel biologique, à des fins de recherche, de transferts de cellules ou de transferts d'organes, est contraire à l'éthique »⁹⁰². C'est la technique même du clonage qui est contraire à la dignité et non la finalité thérapeutique ou reproductive de l'acte. Parce que la manipulation sur l'embryon a lieu dans les deux cas et l'interdit de la manipulation de l'humain est une exigence de dignité. Il n'y a pas une forme « légitimable » de clonage du seul fait du bénéfice prétendu pour l'homme. Il n'y a qu'une pratique qui suppose une manipulation de l'humain. Ceci est incompatible avec la dignité humaine, un procédé que rien ne peut justifier, sauf à admettre que la dignité ne constitue plus un impératif.

609. M. Bioy souligne d'ailleurs le caractère artificiel de cette distinction entre clonage reproductif et clonage thérapeutique en mettant en avant le fait que « cette distinction entre les deux formes de clonage ne se base que sur la finalité avouée par leurs promoteurs ». L'auteur va même plus loin en affirmant « le clonage peut-être perçu comme toujours reproductif en fait »⁹⁰³. Pour certains, il est « conceptuellement impossible et aberrant » de distinguer entre les deux types de clonage »⁹⁰⁴.

610. Un projet de convention sur le clonage reproductif a ainsi été avorté, du fait de la crispation des débats autour de deux propositions difficilement conciliables. La première proposition préconisait en plus d'une interdiction du clonage reproductif, une solution plus flexible s'agissant du clonage thérapeutique. Ainsi, les parties à la convention pouvaient choisir, soit la voie de l'interdiction totale, soit la voie du moratoire ou celle de l'autorisation sous réserves de conditions strictes⁹⁰⁵. La deuxième proposition retenait : « *le clonage humain quels que soient ses motifs*⁹⁰⁶, est contraire à l'éthique, moralement odieux et contraire au respect de la personne humaine, et il ne peut être ni justifié ni accepté »⁹⁰⁷.

⁹⁰² A. KAHN, *Société et révolution biologique. Pour une éthique de la responsabilité*, INRA éditions, 1996, 94p.

⁹⁰³ X. BIOY, Les crimes contre l'espèce humaine ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel. In, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, p.101-119.

⁹⁰⁴ Voir en ce sens M-P. LANFRANCHI, Vie et mort du projet de convention sur le clonage reproductif, in, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*, op.cit.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ Nous soulignons.

⁹⁰⁷ M-P. LANFRANCHI, Vie et mort du projet de convention sur le clonage reproductif, op.cit.

611. La possibilité même de voir légitimer universellement le clonage thérapeutique constitue la marque de l'échec de la dignité en tant qu'impératif. Le débat s'est déplacé du terrain de la pratique vers celui de la finalité de l'acte. Cette manière d'envisager le clonage caractérise l'influence du droit de la bioéthique sur la notion de dignité et la transformation de cet impératif philosophique en slogan biojuridique.

SECTION 2

LA DIGNITE SOUMISE AUX IMPERATIFS DE LA BIOETHIQUE

612. Le droit de la bioéthique s'inscrit dans une logique de conciliation à laquelle tient son opérativité. En effet, la coopération nationale s'impose pour éviter le *forum shopping*. Les pressions des scientifiques sont assez fortes pour contraindre le droit sous peine d'être taxé d'obscurantisme, à concilier les différents intérêts et valeurs en présence. Dans un tel contexte, le principe de dignité peine à s'imposer comme valeur primordiale du droit de la bioéthique. Il n'est alors plus qu'une valeur parmi d'autres (I). La dignité peu habituée à une logique de « compromission » va pourtant se retrouver au même titre que d'autres sur la table des négociations, rabaissée au rang d'intérêt à prendre en compte parmi d'autres. La dignité est alors confrontée avec plus ou moins de succès aux autres valeurs fondamentales de la bioéthique (II).

§ 1 : LA DIGNITE : VALEUR PARMIS D'AUTRES DU DROIT DE LA BIOETHIQUE

613. Que la dignité ait perdu son caractère impératif du fait de sa juridicisation ne semble plus faire aucun doute, mais on peut toujours légitimement se demander si le principe n'en demeure pas moins un principe « à part » du droit de la bioéthique ? Constitue-t-il toujours « le principe matriciel »⁹⁰⁸ dont découleraient les autres ? C'est ce que certains ont voulu affirmer en posant le caractère absolu du principe de dignité. Cependant la critique du caractère absolu du principe entraîne la désacralisation du principe de dignité (A). La logique particulière en œuvre dans le droit de la bioéthique va achever d'affaiblir le principe de dignité et va contribuer à le faire descendre du ciel des principes pour le conduire à la table des négociations (B).

⁹⁰⁸ B. MATHIEU, La place des normes constitutionnelles dans le droit de la bioéthique. in B. FEUILLET-LE MINTIER(dir.) *Normativité et biomédecine*, Economica, Paris, 2003, 304p. p.67-77.

A) LA REMISE EN CAUSE DU CARACTERE ABSOLU DU PRINCIPE DE DIGNITE

614. Le caractère absolu du principe de dignité est affirmé avec force et constitue la marque la plus visible des origines métaphysiques du principe (1°). Cependant pour certains, sa juridicisation rendrait inéluctable la relativisation de sa portée (2°).

1° Le caractère absolu du principe de dignité comme marque de ses origines métaphysiques

615. Lorsque la philosophie s'attache à rechercher ce qui rassemble les hommes et leur permet de se démarquer des autres êtres vivants, il y a derrière cette quête une volonté omniprésente de sublimer l'homme, de le magnifier. Telle est en tout cas l'impression qui se dégage de l'humanisme du XV^{ème} siècle. Dans cette quête de sublime et de sacré, on découvre la dignité, une façon de rendre l'homme semblable seulement à l'homme. On cherche en quelque sorte à sacraliser l'animalité humaine afin que triomphe cette vérité humaine selon laquelle l'homme n'est pas un animal comme les autres. Toute la réflexion philosophique est alors tournée vers une sorte de mythification de l'humain, de célébration de la divinisation⁹⁰⁹ de l'humain, comme si on voulait figer dans l'éternel cette primauté humaine. Bien loin des contingences sociales et juridiques, la dignité est ainsi célébrée telle un absolu immuable, intangible. Le caractère absolu de la dignité est une évidence lorsque l'homme tient sa dignité de Dieu, puisque Dieu est l'Absolu et que l'homme a été créé à l'image de Dieu. De cette conception découle son éminente valeur, sa dignité qui surpasse en qualité tout autre être ou chose sur cette Terre⁹¹⁰. L'usage métaphysique de ce mot en parlant de Dieu ou de ses attributs est très ancien et paraît venir de ce qu'il présentait autrefois une signification essentiellement laudative. Ainsi ce terme pris comme adjectif ou adverbe sublimait le nom qu'il accompagnait ; on parlait alors de terre absolue pour désigner la terre sainte⁹¹¹. Dans une perspective laïque, cette volonté de sublimer l'homme a persisté. La volonté d'affirmer la primauté de l'homme en toutes circonstances explique que l'on se réfère toujours à cette valeur absolue pour rendre compte de l'homme.

⁹⁰⁹ La divinisation ne doit pas s'entendre ici dans son sens religieux, mais dans sa traduction laïque, qui renvoie au sublime de la condition humaine

⁹¹⁰ G. LEBRETON, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine. *Mélanges Patrice Gelard*, Montchrestien, 1999, 483p. 53-63

⁹¹¹ A. LALANDE *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*.

616. Dans la mesure où la notion de dignité que l'on retrouve en droit est largement inspirée de la notion kantienne de dignité, le caractère absolu de la notion de dignité va de soi. Ainsi en même temps que la notion de dignité a été « empruntée à la philosophie morale »⁹¹², en général et à Kant en particulier, il n'est pas incompréhensible que le caractère absolu de la notion tel que posé en philosophie morale ait des incidences en droit. Le propre de l'impératif catégorique est d'ordonner sans condition⁹¹³, et « pour qu'il existe un impératif catégorique, il faut qu'il existe une chose qui soit une fin en soi, c'est-à-dire quelque chose dont l'existence en soi même ait une valeur absolue »⁹¹⁴. Il s'agit de rechercher par le recours à la dignité l'invariable humain, l'irréductible humain, en effet, le recours à la dignité s'explique par le souci de trouver ce qui quel que soit le lieu ou le moment, donne la meilleure image de l'homme, cet indéfinissable qui exprime avec force et vigueur la permanence de l'homme et la nécessité de toujours respecter l'homme. C'est en cela que la dignité est alors posée comme absolu en philosophie. On s'attendait donc à ce que la dignité se voie reconnaître cette dimension sur le plan juridique. Puisque le droit est tenu d'assurer le respect des exigences de dignité, ce respect ne sera que ce que le droit veut qu'il soit, absolu ou relatif. Mme Lenoir s'intéressant aux principes directeurs en droit de la bioéthique concentre son analyse sur le principe de dignité, lui reconnaissant une place privilégiée dans la hiérarchie des principes directeurs de la bioéthique⁹¹⁵. Pour Mme Lenoir, le principe de dignité serait « le droit *indérogeable* par excellence »⁹¹⁶. Le caractère absolu de la dignité est affirmé avec force également par M. Mathieu qui fonde ce caractère sur le fait que la dignité serait « un droit naturel préexistant à toute construction juridique, fût-elle constitutionnelle »⁹¹⁷. C'est d'ailleurs ainsi que le principe est reçu en droit des droits de l'homme, lorsqu'il s'agit d'établir et de déterminer les droits dits durs, ou indérogeables. Ces droits auxquels on ne peut apporter de dérogation sont ceux qui contribuent au respect de la dignité⁹¹⁸.

⁹¹² L. BRUNET, C. LEVY, Personne et dignité de la personne : perspectives juridiques, in *Responsabilité du vivant* G. BIODJÉKIAN, D. WEBER (dir.) : *Quelle place pour la personne ?* L'harmattan, 2001, p.129-172.

⁹¹³ Voir nos développements infra Première partie, titre 1er

⁹¹⁴ D. COLLIN, *Questions de morale*. Armand Colin, Paris, 2003, 299p. Spéc.p.245-248.

⁹¹⁵ N. LENOIR, Bioéthique, constitutions et droits de l'homme, *Diogène*, 1995, n°172, p. 13-36.

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? *D.* 1996, chron, p. 282.

⁹¹⁸ Voir en ce sens notamment P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés : la convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 752p. p.423-468 L'auteur établit une corrélation entre l'intangibilité de la dignité et l'inaliénabilité des droits de l'homme.

2° Le caractère relatif du principe de dignité, conséquence de sa juridicisation

617. Dans le même temps, on se heurte rapidement à une hostilité doctrinale à l'égard des principes absolus. Il n'y aurait pas en droit de principe absolu. Poser le caractère absolu d'un principe c'est supposer qu'en toutes circonstances ce principe s'applique et que tout autre principe cède devant lui. Cette idée est combattue avec constance par la doctrine juridique et en particulier par la doctrine constitutionnaliste. Il n'existe aucun principe absolu en droit, il faut entendre par là, aucun principe que l'on ne puisse aménager, concilier avec d'autres. La dignité doit alors se résoudre à n'être « *que* relative », au même titre que tout autre principe juridique⁹¹⁹. Mme Evain, affirme ainsi que la dignité est un principe parmi d'autres du droit constitutionnel, « l'absence de hiérarchie *juridique* implique qu'un conflit entre normes de même valeur soit résolu par une conciliation, un arbitrage. De cette conciliation naîtra finalement une portée modulée des principes, droits ou libertés en cause sans que cette modulation ait un caractère systématique et impose une quelconque hiérarchie »⁹²⁰.

618. Il reste encore un « espoir » pour la dignité, celui d'une hiérarchie matérielle. Il s'agit alors d'affirmer que si les normes sont identiques sur le plan formel, lors de leur application concrète, lorsque le juge se trouve confronté à deux principes entre lesquels une conciliation s'impose, il fait prévaloir un des principes sur l'autre. Si un principe est de manière constante toujours prépondérant par rapport aux autres, s'il ressort toujours triomphant de la conciliation, on peut en déduire l'existence d'une hiérarchie matérielle. C'est la position d'une partie de la doctrine⁹²¹. M. Rousseau constate que « deux principes paraissent bénéficier d'un statut particulier les mettant en position de « surplomb » par rapport aux autres droits : le pluralisme et la dignité de la personne »⁹²². Pour l'auteur, il n'y a pas de contradiction à affirmer d'une part l'impossibilité de postuler l'existence d'une hiérarchie entre les droits et libertés garantis par le Conseil Constitutionnel, et d'autre part à reconnaître qu'une place privilégiée doit être faite notamment au principe de dignité et au principe du pluralisme. L'apparente contradiction est résolue par l'auteur qui exclut le pluralisme et la dignité de la liste des droits fondamentaux, pour les ériger en « principes d'intelligibilité des

⁹¹⁹ Voir en ce sens notamment : S. EVAIN, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, Thèse dactylographiée, Cergy Pontoise, 1999. 430p.

⁹²⁰ : S. EVAIN, *op.cit.*, p. 121-122.

⁹²¹ D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, PUF, 2^{ème} édition, 542p., p. 146.

⁹²² D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*. Montchrestien 7^{ème} édition, 2006, p.127-128

droits fondamentaux »⁹²³. L'auteur affirme ainsi s'agissant de la dignité et du pluralisme, que ce sont « des principes qui ne prennent corps que par leur effectuation dans l'énoncé des droits fondamentaux auxquels ils donnent leur unité de sens. Le Conseil ne peut donc se trouver ni théoriquement ni pratiquement en situation de concilier le pluralisme ou la dignité avec tel ou tel droit fondamental ; il arbitre seulement et toujours entre droits fondamentaux qui expriment chacun dans leur domaine, les principes du pluralisme et de la dignité humaine »⁹²⁴. Si on ne peut qu'être d'accord avec une telle hypothèse, on ne peut que regretter que dans les faits la conciliation ait bien lieu. Elle n'est pas présentée comme une réelle confrontation entre la dignité et les droits fondamentaux, il s'agira bien plus souvent de retenir une conception arrangeante de la dignité, arrangeante pour la conciliation à opérer. La conception de la dignité retenue et avancée sera fonction du résultat que l'on souhaite obtenir. Ainsi là on affirmera que l'embryon n'est pas titulaire de la dignité, ou encore que là, la liberté de la recherche participe de l'actualisation de la dignité. La dignité serait alors absolue et relative à la fois, la contradiction ne gêne pas ; et pourtant comment affirmer qu'un principe est absolu et admettre immédiatement le caractère relatif de sa portée ? Pour certains auteurs, ce sont là les conséquences de la juridicisation de la notion de dignité, comme si quelque part, toute notion qui prétend à la juridicisation, devait sacrifier quelque chose. La dignité en quelque sorte pour mériter son inscription au « panthéon des notions juridiques », doit se débarrasser de son caractère essentiel pour l'homme, son indérogeabilité, son intangibilité. Il n'y a en droit pas de notion absolue. La dignité ne peut être l'exception qui confirme la règle. Elle devra se soumettre ou se démettre. « Devenue notion juridique, la dignité de la personne va nécessairement subir l'attraction du système juridique, de ses rouages. Comme toute notion, la dignité de la personne humaine ne saurait faire l'objet d'une protection absolue (...) En droit positif, la dignité de la personne humaine n'est pas plus absolue qu'un autre principe du droit. Tout simplement parce qu'il n'y a pas de degré dans l'absolu et qu'il n'existe pas de principe absolu »⁹²⁵. Cette impossibilité est présentée comme inhérente au droit, en quelque sorte il est de la nature du droit de ne pas connaître de principe absolu. Mais cela ne relève-t-il pas plutôt d'une habitude du droit, que d'une règle impérative en droit ? Auquel cas il serait

⁹²³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op.cit.* L'auteur affirme ainsi s'agissant de la dignité et du pluralisme, que ce sont « des principes de valeur qui ne prennent corps que par leur effectuation dans l'énoncé des droits fondamentaux auxquels ils donnent leur unité de sens. Le Conseil ne peut donc se trouver, ni théoriquement ni pratiquement en situation de concilier le pluralisme ou la dignité avec tel ou tel droit fondamental ; il arbitre seulement et toujours, entre droits fondamentaux qui expriment, chacun dans leur domaine, les principes du pluralisme et de la dignité humaine. »

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ N. MOLFESSIS, La dignité de la personne humaine en droit civil. in, M-L. PAVIA, T. REVET *La dignité de la personne humaine*, Paris : Economica, 1999, p.107-136.

plus juste d'affirmer qu'il n'y aurait *traditionnellement* pas de principe absolu en droit. Ou alors cela signifie-t-il qu'il n'y a pas de principe absolu en droit, cette affirmation prenant à son tour les allures d'un principe absolu ? Dans ce cas l'évidence énoncée n'a plus rien de logique et apparaît même quelque peu contradictoire. En effet, comment affirmer comme règle absolue que rien n'est absolu ? Ceci relève moins à notre sens d'une évidence eu égard aux traditions du droit, que d'un aveu de l'impossibilité dans laquelle on se trouve en droit pour garantir à l'homme une protection absolue. Parce que c'est bien ce dont il est question, de la nature de la protection que l'on *veut* accorder à la personne. En effet, la dignité n'est que ce que le droit veut qu'elle soit, comme toute notion n'est que ce que le droit veut qu'elle soit. Au lieu d'affirmer le caractère fatalement relatif de la notion de dignité, il faudrait plutôt reconnaître que le caractère impératif de la notion de dignité n'a pas cours en droit.

619. Le débat sur le caractère absolu ou relatif de la notion de dignité est un faux débat, puisque la notion n'a pas de contenu déterminé. Elle renvoie dans le meilleur des cas à l'interdiction faite de réifier ou d'asservir la personne, ou de manière plus imprécise à l'essence de la personne. Or qui peut affirmer que l'interdit de la réification n'est pas un absolu en droit ? Ou encore qui peut soutenir que ce qui fait de la personne un être à part est relatif ? Il y a bien évidemment des exemples de réifications légitimées de la personne, mais on a recours à des astuces pour contourner l'interdit de réification⁹²⁶. Les efforts ainsi déployés pour se prémunir de critiques manifestent selon nous une croyance en un interdit absolu, à une valeur indépassable, la dignité. On ne peut donc pas affirmer que le principe de dignité ne soit pas absolu du simple fait qu'il est devenu juridique. Il faut plutôt reconnaître que le droit s'est trouvé dans l'impossibilité d'accorder à ce principe la protection qu'il ambitionnait cependant pour elle. En effet, à la lecture des textes relatifs à la dignité et surtout de l'expression « consacrée » en droit pour juridiciser le principe de dignité : « la loi interdit toute atteinte à la dignité de la personne humaine », on a l'impression même furtive que l'on voulait en faire un principe absolu. On aurait pu trouver une formule plus évasive telle que « le droit interdit autant que possible les atteintes à la dignité de la personne ». Cette seconde formule laisserait davantage entrevoir l'aveu d'un principe de nature relative. La formule retenue conforte bien une vision absolue du principe. C'est au moment de mettre en œuvre les règles déduites du caractère absolu de la dignité que le législateur manque à ses promesses, et multiplie les règles qui dérogent au principe. C'est dans ce sens que M. Mathieu est forcé de constater le caractère relatif du principe lors de sa mise en œuvre. Selon lui, c'est le contenu

⁹²⁶ Parmi ces astuces, on peut citer le consentement, ou la distance introduite entre le corps et la personne. Voir nos développements, Deuxième partie, Titre second, Chapitre 2.

donné à la notion qui conduit à la relativisation du principe : « Sa portée est relative (...) parce que les prescriptions et les droits qu'il engendre ne bénéficient pas du même caractère absolu »⁹²⁷.

B) LES RAISONS TENANT AU PROCESSUS PARTICULIER DU DROIT DE LA BIOETHIQUE

620. La raison d'être du droit de la bioéthique est de tenir compte des évolutions des progrès scientifiques et de pouvoir réagir à ces évolutions de manière adéquate. « La flexibilité devient donc un impératif juridique et elle est en tant que telle juridiquement organisée »⁹²⁸. Chaque nouvelle avancée scientifique ou technique pose un nouveau problème moral ou éthique qu'il faut résoudre. En droit de la bioéthique plus qu'ailleurs, la recherche d'un consensus est capitale. Le moment est trop important, l'enjeu est crucial, c'est de l'homme dont il s'agit. Les différentes parties concernées sont alors invitées à prendre part à la discussion, sur le modèle préconisé notamment par Jürgen Habermas (1°). Ce qui emporte des conséquences non négligeables sur la portée du principe de dignité (2°).

1° La logique de la discussion

621. La validité d'une norme dans le système développé par Habermas repose sur son acceptabilité par la communauté. Une place de choix est donc faite à l'intersubjectivité qui va constituer le fondement des normes pratiques. La norme valide va apparaître comme celle à laquelle tous les participants à la discussion rationnelle pourraient donner leur accord, ce sera celle qui rencontrera l'assentiment de tous. La logique du consensus s'impose, pour cela il faut inviter tous les participants à faire valoir leurs arguments, il faut instaurer une véritable coopération intersubjective. Avec la logique de la discussion on ne peut affirmer de manière péremptoire qu'il existe un principe qui s'impose à tous puisque l'idée c'est que tous les participants au débat apportent leurs arguments, et on recherche à fédérer l'ensemble. La discussion doit être réelle, il doit y avoir une véritable négociation⁹²⁹. Il s'agit de déterminer

⁹²⁷ B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? *D*, 1996, chron, p. 282.

⁹²⁸ S. MALJEAN-DUBOIS, Les timides développement d'un bio-droit mondial face aux rapides avancées des sciences de la vie. in, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, p.13-32

⁹²⁹ Voir en ce sens S. MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique, op.cit.* p. 217. « La négociation implique un échange de vues sur un sujet controversé entre les intéressés ayant des opinions divergentes afin de réduire les oppositions pour parvenir à un accord acceptable pour tous ».

l'agir juste, c'est-à-dire celui qui sera en adéquation avec les maximes morales. Il faut pour cela organiser des confrontations. La confrontation ne signifie pas un affrontement, une lutte pour une quelconque domination. Il s'agit de décider ensemble de cet agir juste. Ainsi est l'éthique moderne : « Au lieu d'imposer aux autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité »⁹³⁰. La bioéthique devient en quelque sorte l'affaire de tous, puisque tout le monde est invité à en délibérer ; l'idée d'un principe impératif qui s'impose spontanément et dont on n'a plus qu'à prendre acte tient alors de la légende. Ceci ne signifie pas que l'on renonce à un quelconque universalisme, mais l'universalisme est construit par tous. « Pour être universalisables, les maximes doivent gagner la reconnaissance de toutes les personnes concernées »⁹³¹. La logique de discussion induit alors l'absence de principes « préexistants », de règles « pré-établies », puisque la norme doit être élaborée par tous. Le résultat de la discussion n'est donc pas établi à l'avance, il est subordonné à la discussion. La prétention à la validité d'une norme « est une validité par consensus, par l'accord ou l'entente des participants à la discussion », ce qui signifie que la validité obéit « à la « force » non-coercitive du meilleur argument, *qui ne saurait être le meilleur argument absolument (ce qui n'aurait guère de sens)*⁹³², mais le meilleur argument en l'espèce⁹³³. Par conséquent il n'y a pas de place dans cette logique pour un impératif catégorique au sens kantien ou la règle s'imposerait sans condition. La norme impérative et universelle est alors celle à l'élaboration de laquelle tous ont participé.

2° Les conséquences de la logique de la discussion sur le principe de dignité

622. Il n'y a pas de place dans cette logique pour une hiérarchisation des valeurs. C'est ce que souligne Mme Monnier lorsqu'elle s'intéresse à cette nouvelle logique procéduraliste en œuvre lors de l'élaboration des normes de bioéthique. Elle prend acte de l'avènement d'une nouvelle légitimité démocratique fondée sur le consensus qui succède à la logique démocratique fondée sur le principe du vote majoritaire. Cette nouvelle logique emporte légitimation du pluralisme et met au premier plan le respect des différences qui en

⁹³⁰ J. HABERMAS, *Morale et communication*. Ed. du Cerf, 1986, 212p., p. 88

⁹³¹ *Ibid.*, p. 86.

⁹³² Nous soulignons.

⁹³³ C. BOUCHINDHOMME, *Le vocabulaire de Habermas*, Ellipses.80p.voir. p.20.

découlent⁹³⁴. Cette logique se présente comme plus adaptée à la réalité sociale, teintée de pluralisme et de diversités culturelles et s'élève contre l'ancienne logique qui postulait une unité « abstraite, fictive et oppressive »⁹³⁵. Il semble alors difficile de postuler l'existence d'un principe qui s'impose à tous en tous temps et en tous lieux. « Selon les tenants du pluralisme, la perte des références axiologiques fondant l'identité collective, fait obstacle à une hiérarchisation des valeurs qui ferait valoir une forme de vie privilégiée ce qui ne peut être envisagé qu'au prix d'une transformation de la démocratie. En rejetant l'idée de hiérarchie des valeurs, ils mettent en cause à la fois le système majoritaire et un système fondé sur le droit naturel, lesquels imposent et font prévaloir soit le point de vue de la majorité, soit des valeurs prédéterminées et transcendantes »⁹³⁶. Pour rendre compte de cette réalité, Mme Girard pose la distinction entre une technique conventionnelle et une technique universelle pour l'élaboration du droit international. La technique conventionnelle est celle qui vise à la recherche d'un accord entre les parties, et qui vise alors à un universalisme *a posteriori*. « Dans une perspective conventionnelle multilatérale, l'objectif consistant dans l'internationalisation des normes est atteint via un méthode qui revient à accomplir des formes prédéfinies pour conférer aux dispositions qui font de l'objet de l'accord une force obligatoire parmi les sujets de droit international cocontractants. Il y aurait donc dans cette technique d'universalisation une décomposition du processus en plusieurs temps. Après le temps de la négociation et de la rédaction, vient celui des formes juridiques à accomplir. Le dernier temps consiste à recueillir formellement l'accord du plus grand nombre d'Etats. Certes, il arrive qu'au cours de cette étape, le contenu de l'accord, le texte soit encore modifié ou soumis à des réserves de la part des Etats signataires »⁹³⁷. Cette méthode traduit une logique formaliste qui s'oppose à la méthode universaliste dont la logique est substantialiste. La logique substantialiste donne la priorité au fond sur la forme, au contenu sur la procédure. Avec cette logique la technique est universelle, il s'agit de s'appuyer « sur le caractère universel du contenu pour en déduire le caractère *nécessairement* international de la convention. (...) En vertu de cette démarche, les contenus sont *pré-normatifs* ⁹³⁸ au sens où les formalités dont sera ensuite revêtu le *texte ne viennent que confirmer un état normatif ... naturel* »⁹³⁹. Seule la méthode substantialiste permettrait alors au droit de la bioéthique de réaliser ses objectifs, à

⁹³⁴S. MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit : Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, *op.cit.*, p.221.

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ C. GIRARD, *Le droit international de la bioéthique. L'universalisation à visage humain ? op.cit.*

⁹³⁸ Nous soulignons.

⁹³⁹ *Ibid.*

savoir l'édiction de valeurs universelles constituant des garanties efficaces contre les dérives éventuelles de la science. Ce n'est cependant pas cette méthode qui a été privilégiée dans le droit de la bioéthique, mais la méthode procéduraliste.

623. La dignité sur le fond est alors devenue en droit de la bioéthique, une valeur parmi d'autres et en tant que telle, soumise au processus de « réflexion » et de « compromission » caractéristique du droit de la bioéthique. La dignité n'est plus un impératif catégorique, un « Tu dois » mais un « Si tu veux, tu dois », un impératif hypothétique, puisque la conception de la dignité est revue au fur et à mesure des lois et des intérêts en présence. Le pragmatisme bioéthique implique que l'on ne puisse s'assurer pour longtemps de l'interdiction d'une pratique ; les interdictions sont à l'image des lois de bioéthiques, soumises à évaluation, susceptibles à tout moment d'être levées. Le but du droit de la bioéthique est de dire non pas ce qui est possible, mais bien de dire si ce qui est possible peut être permis. Le possible va par conséquent être confronté à notre conception de l'homme. Or là est bien le problème, la dignité, ou plus précisément ses exigences, ne seront que ce que le droit aura décidé qu'elles soient ; rien n'impose de respecter l'homme si ce n'est l'homme lui-même par le médium de la règle de droit. Dans la mesure où la règle est négociée, ce qui est voulu aujourd'hui peut ne plus l'être demain. En effet, à partir du moment où on s'inscrit dans une logique de discussion, on prend et on assume le risque d'une nouvelle discussion qui n'aboutisse pas aux mêmes conséquences que la précédente. Derrière la logique de discussion, on a cette impression que rien n'est jamais définitif tout peut se négocier et se renégocier. Cette impression est confortée par la multiplication des lois soumises à une logique de réexamen⁹⁴⁰. « Dans le champ de la bioéthique, la règle de droit est requise pour encadrer et définir certaines limites. Or, ces limites sont sans cesse repoussées en raison à la fois de la rapidité des évolutions techniques et scientifiques, qui rendent possible aujourd'hui ce qui était inconcevable hier, et de l'évolution progressive des conceptions et perceptions de l'éthique, qui rendent finalement acceptable aujourd'hui ce qui était condamnable voire intolérable hier »⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ En effet, les premières lois de bioéthique du 29 juillet 1994, prévoyaient déjà une réévaluation dans les cinq ans, les lois des 6 août et 8 décembre 2004, n'ont pas échappé à ce qui constitue désormais une tradition en droit de la bioéthique, la réévaluation de la loi à l'expiration d'un certain délai. Voir en ce sens notamment S. HENNETTE- VAUCHEZ, Bioéthique, biodroit, biopolitique : Politique et politisation du vivant. In S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, p.29-50.

⁹⁴¹ S. MALJEAN-DUBOIS, Les timides développement d'un bio-droit mondial face aux rapides avancées des sciences de la vie, *op.cit.*

624. Le caractère impératif de la dignité n'est pas mis en cause frontalement, mais d'autres exigences sont également mises en avant par le bio-droit qui sont autant d'intérêts à prendre en compte et qui vont concurrencer la dignité. La nouvelle logique consiste alors à tenter de « concilier des exigences et des valeurs contradictoires : la protection de l'individu la sauvegarde du genre humain et la liberté de la recherche ; le droit à l'information, le droit à la santé et le respect de la vie privée ; et enfin, et surtout, la dignité de la personne humaine »⁹⁴². Ce n'est donc plus notre conception de l'homme qui guide nos choix bioéthiques, mais bien nos choix bioéthiques qui révèlent notre conception de l'homme.

§ 2 : LA DIGNITE CONFRONTEE AUX AUTRES VALEURS DU DROIT DE LA BIOETHIQUE

625. Le sort réservé à l'embryon est emblématique de cette conciliation de la dignité avec les autres valeurs de la bioéthique. La confrontation est sur le plan des textes niée mais sur le terrain des pratiques, elle a bien lieu. La question qui divise aujourd'hui sans doute le plus est celle du statut juridique de l'embryon. L'embryon est-il une personne ? L'embryon est-il une chose ? En fonction de la réponse, l'embryon pourra bénéficier de la protection étendue dévolue à la personne en tant qu'elle est titulaire de la dignité, ou alors être soumis au régime juridique applicable aux choses. L'alternative est « simple » puisque en droit il n'y a que deux catégories, soit on est une personne, soit on est une chose. L'enfant à naître est devenu « embryon » à partir du moment où on s'est rendu compte que l'on ne pouvait pas en même temps affirmer qu'il est une personne et reconnaître l'avortement comme une liberté. Ce changement terminologique s'imposait à partir du moment où il fallait envisager la possibilité de pouvoir disposer de cet embryon à l'origine dans le cadre de la législation sur l'interruption de grossesse, puis dans le cadre des recherches sur embryons. La rigueur juridique, exige que selon la qualification retenue, on applique strictement le régime juridique afférent. On ne peut qualifier l'embryon de personne et admettre sa mise à disposition d'autrui⁹⁴³.

⁹⁴² H. OBERDOFF, La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux, in J-M. GALABERT, M-R. TERCINET (éd.) *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*. PUG, 1996. 550p.p.379-392.

⁹⁴³ Autrui s'entend ici à la fois de la mère ou du couple parental, dans le cadre d'une AMP, en effet, à partir du moment où l'on est une personne, ou l'on est reconnue en tant que tel, on a des droits qui nous sont personnels, et, même si on ne peut les exercer, ils sont garantis, notamment par la possibilité qu'une autre personne les exerce pour nous. Dans ce contexte, toute personne est autre. On ne peut donc pas considérer que l'embryon puisse être le prolongement de la mère comme cela est parfois soutenu, il n'est pas une partie d'elle, il est autrui pour elle comme elle est autrui pour lui.

626. Si l'on s'arrête sur l'état des débats sur l'embryon aujourd'hui, on peut oublier qu'en des temps reculés l'embryon était un enfant conçu, à naître ; avant d'être cet amas de cellules évolutif, il était considéré dans son humanité en développement. Jadis, l'enfant non encore né était titulaire de certains droits, en vertu notamment de l'adage « *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* ». L'idée est que l'enfant conçu doit être considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Aujourd'hui, l'intérêt de l'enfant conçu non encore né est éclipsé par des intérêts actuels, à savoir, l'intérêt du couple parental dans le cadre de l'AMP, ou l'intérêt de la femme dans le cadre de l'IVG, ou encore l'intérêt de la recherche. Les possibilités offertes par la science, que ce soit dans le domaine de la procréation en dehors de tout processus naturel, ou alors dans le domaine de l'expérimentation sur l'humain, ouvrent de nouvelles questions sur la manière de percevoir l'enfant à naître. Il s'agit ici de montrer comment en droit la question de la nature reconnue à l'embryon dépend non pas d'une construction rationnelle, mais est conditionnée par le but que l'on souhaite atteindre. L'exemple de l'embryon est significatif de cette tendance dans laquelle se trouve le droit dans le domaine de la bioéthique, tiraillé entre plusieurs intérêts, les principes moraux indispensables pour limiter les risques de dérives, la liberté et la nécessité de la recherche (conditions du progrès scientifique et tendant bien sûr à l'amélioration de la vie humaine). Pour cela le droit va devoir rechercher ce qui peut le mieux parvenir à maintenir un équilibre entre tous les intérêts en présence. Malheureusement par moment le droit va opérer des choix en fonction du but à atteindre et de l'intérêt à favoriser. Là où certains voient un alignement du droit sur le biologique afin de rendre compte dans le droit de la vérité scientifique, nous ne voyons qu'une autre façon pour le droit de ne pas contrarier le progrès scientifique en disqualifiant l'enfant à naître déchu au rang « d'embryon ». C'est dans ce sens que Mme Lhermitte affirme que : « l'histoire de l'embryon humain illustre une vieille ruse de la pensée juridique : qualifier un être de chose pour pouvoir l'utiliser comme une chose »⁹⁴⁴. Il est vrai que des expérimentations ont lieu à tous les âges de la vie, mais la situation de l'embryon est devenue particulière à partir du moment où on l'a sorti du giron protecteur de la dignité pour lui créer un « respect ad hoc ». Quoi qu'il en soit, le cas particulier de l'embryon est symptomatique de cette confrontation organisée en pratique entre le principe de dignité et les autres valeurs de la bioéthique, confrontation dont l'issue est fatale pour le principe de dignité. Là, c'est le progrès scientifique qui triomphe de la dignité

⁹⁴⁴ M-A. LHERMITTE, Pouvoirs sur la vie, pouvoirs sur la mort, les rôles du droit in Y. MICHAUD (dir.) *Qu'est-ce que l'humain ?* Odile Jacob, 2000, p.539-548.

(A), là encore c'est la liberté individuelle qui prend le dessus dans le cadre de l'interruption de grossesse (B).

A) LA DIGNITE CONFRONTEE AU PROGRES SCIENTIFIQUE, L'EXEMPLE DE LA RECHERCHE SUR L'EMBRYON

627. L'évolution de la législation relative aux recherches sur l'embryon montre bien cette faveur faite au progrès scientifique (1°) au détriment de la dignité. L'embryon est ainsi sacrifié sur l'autel de la conciliation (2°).

1° Les faveurs faites au progrès scientifique

628. Le progrès scientifique est encouragé par plusieurs facteurs qui conduisent à lui assurer une certaine suprématie sur les autres intérêts en présence, au premier rang desquels figure le principe de dignité. Ainsi s'explique la place de plus importante accordée à la liberté de la recherche ; sans recherche, il n'y aurait pas de progrès. La Déclaration universelle sur le génome humain du 11 novembre 1997 dans son article 12b rappelle ainsi que la création scientifique est « nécessaire au progrès des connaissances ». Pour certains, ce texte « situe la création scientifique au coeur des droits de l'homme »⁹⁴⁵.

629. En droit français, la liberté de la recherche a d'abord été rattachée au principe de la liberté d'opinion et de communication par la loi du 20 janvier 1984⁹⁴⁶ relative à la liberté et l'indépendance des enseignants-chercheurs. La loi prévoit dans son article 57 : « les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leur activité de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions de la présente loi, les principes de tolérance et d'objectivité » La liberté de la recherche a été érigée au rang de droit fondamental autonome en 1994 par la décision du Conseil constitutionnel rendue à propos de la loi relative à l'emploi de la langue française⁹⁴⁷. Le Conseil Constitutionnel a ainsi été amené à déclarer que le fait de soumettre l'octroi par une personne publique d'une subvention pour des travaux de recherche et d'enseignement, à l'engagement d'en assurer la diffusion en langue française, était contraire

⁹⁴⁵ J-R. BINET, *L'encadrement juridique du progrès scientifique*, op.cit., p. 178

⁹⁴⁶ Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984.

⁹⁴⁷ CC, Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994. JO 1994, p. 11240.

au principe fondamental de la liberté de communication dans l'enseignement et la recherche. Cette reconnaissance a contribué à donner plus de poids au principe et à justifier qu'il puisse affronter le principe de dignité. Cette autonomie reconnue au principe de liberté de la recherche s'inscrit dans ce contexte particulier de « faveurs faites à la science par le droit »⁹⁴⁸. Non pas que la liberté de la recherche prévale sur la dignité, mais les exigences de la recherche sont telles que l'on assiste à la mise en place de « faveurs faites par le législateur au scientifique »⁹⁴⁹ qui sont autant d'atteintes niées à la dignité. Le progrès scientifique est en théorie inférieur à la dignité, mais il contribue à repousser les limites de celle-là, au nom d'un droit à une qualité de vie. L'amélioration de la qualité de vie est par conséquent prise en compte pour justifier le progrès. En théorie, le progrès scientifique cède devant la dignité de la personne, mais en pratique, il contribue à élargir le possible, et donc à élargir le permis. Il a donc une incidence sur la conception de la dignité, puisque il recule les limites du possible et du permis.

630. Le fait même de s'interroger sur la confrontation entre la dignité et le progrès scientifique apparaît comme une hérésie. En effet, de l'avis de tous, du législateur à la doctrine en passant par le juge, du droit prescriptif au droit descriptif, il ne saurait y avoir une quelconque confrontation entre dignité et progrès scientifique. Cela reviendrait à reconnaître une suprématie de la technique sur l'homme, ce que tous scientifiques, philosophes ou juristes réprouvent. Ainsi, l'article 16 du Code civil qui affirme la primauté de la personne ne dit rien d'autre que l'inexistence d'un intérêt pouvant prévaloir sur la personne humaine. Les termes sont généraux, mais cette généralité est explicite, rien ne surpasse la personne. Le rapport Cabanel, rendu à l'occasion de l'examen du projet des lois relatives à la bioéthique du 29 juillet 1994, a proposé cette rédaction pour l'article 16 du Code Civil : « la reconnaissance de la primauté de la personne étant un devoir de la société, la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique qui méconnaît la dignité de la personne est interdite. La recherche scientifique, la thérapeutique médicale et les actions de préservation de la santé publique sont conduites dans le respect de ce principe »⁹⁵⁰. La prévalence de la dignité ne fait alors aucun doute, et bien plus, le progrès scientifique est placé sous le haut patronage de la dignité, au grand dam des scientifiques qui ont émis des réserves sur la rédaction de cet article. Ils mettaient en avant le fait que cette

⁹⁴⁸ Voir J-R. BINET, *L'encadrement juridique du progrès scientifique, op.cit.*, p. 178. Pour l'auteur la science est servie par le droit, et toutes les règles juridiques semblent destinées à favoriser le progrès scientifique.

⁹⁴⁹ *Ibid.* p. 178 et s.

⁹⁵⁰ Rapport Cabanel, Sénat, n° 230, 1993-1994, cité par J-R. BINET, *L'encadrement juridique du progrès scientifique, op.cit.*, p.207.

rédaction risquait de freiner la recherche scientifique. Il ne s'agissait pas de contester la primauté de la dignité sur toutes les autres exigences, mais ce qui était critiqué par les scientifiques, c'est cette impression donnée par le texte que le progrès scientifique pouvait constituer une menace pour la dignité humaine. Réponse fut faite par le rapport Cabanel qui souhaitait par cette référence explicite à la recherche scientifique « rappeler aux chercheurs, aux médecins et aux responsables de la définition et de la conduite des politiques de santé publique *qu'aucune des exigences propres à leurs activités ne sauraient porter atteinte à la dignité de la personne ni au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »⁹⁵¹. Cependant, cette référence a été abandonnée à la faveur de la rédaction nouvelle pour la forme plus épurée et plus sobre que nous connaissons aujourd'hui : « La loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci »⁹⁵². La rédaction actuelle ne fait plus aucune référence directe au progrès scientifique, cependant il est toujours implicitement admis que celui-ci ne peut prévaloir sur la dignité. La Déclaration universelle relative à la bioéthique du 19 octobre 2005 prévoit : « l'intérêt et le bien être de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science ». Dans une note explicative de l'avant-projet de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, on relève qu'il n'existe pas *à priori* de hiérarchie des principes : « Face à un problème de bioéthique particulier, tous les principes appropriés et applicables doivent être pris en compte avant de parvenir à une conclusion raisonnée quant à la solution éthique de ce problème. Il est de nature de la bioéthique que plusieurs principes puissent s'appliquer en même temps lorsqu'un décideur est confronté à un problème de bioéthique. En cas de conflit entre les principes, l'évaluation du dilemme éthique doit se fonder sur la mise en balance des principes appropriés et sur l'analyse des arguments afin de déterminer comment les principes fonctionneront par interaction les uns avec les autres »⁹⁵³. La dignité est exclue des « principes ainsi visés », puisqu'elle apparaît *in fine* comme le principe auquel aucun principe ne devra être contraire. L'article 28 de la déclaration prévoit alors : « aucune disposition de la présente convention ne peut être interprétée comme susceptible d'être invoquée de quelque façon (...) pour se livrer à une activité ou accomplir un acte à des fins contraires aux droits de l'homme, aux libertés fondamentales et à la dignité de la personne humaine ». Devant les condamnations fermes des textes, le progrès scientifique ne pouvait donc affronter de manière

⁹⁵¹Rapport Cabanel, Sénat, n° 230, 1993-1994, cité par J-R. BINET, *L'encadrement juridique du progrès scientifique, op.cit.*, p.210.

⁹⁵² Art.16 du Code Civil.

⁹⁵³Note explicative sur l'élaboration de l'avant-projet d'une déclaration relative à des normes universelles en matière bioéthique, in C. BYK (dir.), *Bioéthique et droit international : Autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*. Litec, 2007, p.187-205.

frontale la dignité. Une victoire sans appel de la dignité ne faisait aucun doute. Malgré toutes les tentatives pour nous persuader du contraire, l'affrontement a bien lieu ; comme toujours dès qu'il s'agit du principe de dignité, « l'adversaire » s'avère sournois, conscient de la défaite inéluctable dans le cas d'une opposition frontale. L'attaque se fera alors insidieuse, la supercherie sera masquée, avec plus ou moins de subtilité, pour peu qu'elle soit découverte, la pratique aura déjà été avalisée par les moeurs. C'est au nom de cette liberté de la recherche et eu égard à l'intérêt porté aux fruits de la recherche, à savoir, l'amélioration de la santé et du bien être de tous qu'un certain nombre d'atteintes à la dignité vont être commises. Comme souvent s'agissant de la recherche, l'embryon va se trouver au premier plan des « victimes ». Déjà fragilisé par la « dépenalisation de l'avortement », l'embryon est sacrifié sur l'autel de la recherche et partant du progrès scientifique.

2° L'embryon sacrifié sur l'autel du progrès scientifique

631. La nécessité de l'expérimentation sur l'humain est posée en termes de bienfaits pour l'humain lui-même, il faut donc en quelque sorte « sacrifier » l'humain pour sauver l'humain. Les espoirs placés dans la recherche expliquent que parfois la fin justifie les moyens. En l'occurrence, la fin c'est la personne humaine et le moyen la « personne potentielle ». Si l'expérimentation de la personne née fait l'objet d'un encadrement strict, l'embryon « être humain sans qualités »⁹⁵⁴ se retrouve trop souvent démunie face aux exigences tirées du progrès scientifique⁹⁵⁵. La possibilité de « disposer » des embryons surnuméraires à des fins de recherche est au cœur de ce conflit entre progrès scientifique et dignité. Le flou qui entoure le statut de l'embryon⁹⁵⁶ ainsi que le refus de se prononcer en faveur de la reconnaissance de la dignité pour l'embryon profitent au progrès scientifique qui pèse de tout son poids sur le débat. La possibilité d'effectuer des recherches sur l'embryon a donné lieu à de vifs débats, d'autant plus que la procréation médicalement assistée a contribué à la « mise à disposition » d'embryons surnuméraires.

⁹⁵⁴ L'expression est empruntée à F. BELLIVIER, et P. EGEA L'être humain sans qualités. In, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, 154p.p.121-133.

⁹⁵⁵ D. VIGNEAU, « Dessine-moi un embryon », *LPA*, 1994, n° 149, p.162. Pour l'auteur, le législateur a largement préservé la recherche et vidé en partie la portée du principe d'interdiction de toute expérimentation sur l'embryon humain.

⁹⁵⁶ Voir en ce sens C. NEIRINCK, L'embryon humain ou la question apparemment sans réponse de la bioéthique, *LPA*, 1998, n°29. L'auteur envisage que l'on puisse qualifier l'embryon de chose tout en lui reconnaissant le respect. ; Voir également M. HERZOG-EVANS, Homme, homme juridique, et humanité de l'embryon, *RTD. civ.*, 2000, p.65. Pour l'auteur « l'embryon est réellement une personne humaine ».

632. L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel⁹⁵⁷. Il s'agit schématiquement de procéder à la fécondation de l'ovule par le spermatozoïde en dehors du corps de la femme. On replace ensuite l'ovule dans l'utérus de la femme. Il s'agit d'un acte médical qui peut s'avérer douloureux pour la patiente, et dont le résultat n'est pas nécessairement garanti dès la première insémination. Afin d'éviter d'avoir à renouveler l'opération, il est d'usage de stimuler l'ovaire afin que celui-ci fabrique plusieurs ovules, ceux-ci seront alors fécondés et trois au maximum seront implantés dans l'utérus. Les autres seront alors stockés en vue d'une réimplantation ultérieure. Dans le cas où la réimplantation n'aurait pas lieu, on se trouve alors en présence d'embryons surnuméraires. Ces embryons vont faire l'objet de toutes les convoitises de la part des scientifiques. D'avis du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) ces embryons « deviennent de fait disponibles pour la recherche (...) »⁹⁵⁸. Ce qui va conduire à faire de l'embryon un matériau de recherche. La liberté de la recherche suppose que soit aménagé un environnement favorable pour la recherche. Cet environnement favorable passe par la possibilité de disposer de matériau de recherche. L'embryon va alors être sollicité par la science, il va lui être livré par le droit. La dignité de la personne humaine cède irrésistiblement face aux nécessités du progrès scientifique. Le premier avis rendu par le CCNE⁹⁵⁹ est consacré à l'expérimentation sur l'embryon. C'est à cette occasion que le Comité va qualifier l'embryon de « personne humaine potentielle » ayant droit au respect. Ce premier avis est l'occasion pour le Comité de prendre position en faveur de ces expérimentations, tout en condamnant la production d'embryons à des fins de recherche. Cette position du Comité va être confirmée ultérieurement dans plusieurs avis. Le comité est alors favorable aux recherches et aux expérimentations sur l'embryon, mais ces recherches doivent être strictement encadrées. Cependant il ne saurait être toléré au nom de la dignité humaine⁹⁶⁰, la production d'embryons à des fins de recherche ; seuls les embryons issus d'une fécondation in vitro et ne s'inscrivant plus dans le cadre d'un projet parental pourraient donc avec le consentement de leurs géniteurs, faire l'objet d'études ou de recherches à des fins scientifiques. En droit français, le

⁹⁵⁷ Art. L 2141-1 du Code de la Santé publique.

⁹⁵⁸ Avis du 15 décembre 1986, publié sur www.ccne-ethique.fr

⁹⁵⁹ Avis du 22 mai 1984, publié sur : www.ccne-ethique.fr

⁹⁶⁰ C'est le CCNE qui renvoie explicitement à la dignité comme principe s'opposant à cette production d'embryons humains à des fins exclusives de recherche, on ne peut donc qu'être conforté dans cette impression que l'embryon titulaire au même titre que la personne déjà née est titulaire de la dignité du seul fait de son appartenance à l'humanité. Cette production d'embryons à des fins de recherche ayant un goût de réification, elle est condamnée par le CCNE, voir avis du 15 décembre 1986.

législateur est intervenu dans le cadre des lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994. La perspective d'aboutir à un statut fixe de l'embryon est écartée dès l'ouverture des débats parlementaires. C'est à partir de la définition de l'embryon comme une personne humaine potentielle que l'on va raisonner. Quoi qu'il en soit, le droit français va poser le principe de l'interdiction de toute expérimentation sur l'embryon. « La conception *in vitro* d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite »⁹⁶¹. Cependant, une dérogation est admise par la possibilité offerte au couple ayant eu recours à une AMP de consentir aux études ayant une finalité médicale menées sur leurs embryons. La nécessité d'une adaptation de la loi aux nouvelles techniques médicales est prévue dans la loi à l'article 21. Entre les lois de 1994 et la loi du 6 août 2004, s'ouvrent de nouveaux débats sur les recherches sur les embryons. Le CCNE réaffirme sa position de principe, à savoir la possibilité de recherches sur les embryons, mais à condition de respecter des conditions strictes. Il résulte ainsi de son avis du 25 juin 1998 que « seuls pourraient être utilisés à des fins de recherche les embryons congelés provenant de dons des couples qui, par consentement écrit, ont abandonné leur projet parental et décidé de l'arrêt de la conservation »⁹⁶². Cette position du Comité est critiquée avec raison eu égard à cette volonté qui transparaît de favoriser le progrès scientifique. M. Binet à propos de la position du comité dira que l'éthique biomédicale est évolutive « non pas en raison de l'évolution des mœurs, comme ce peut être parfois le cas pour la morale, ou pour le droit, lorsque l'évolution va dans le bon sens, mais bien en raison de l'évolution des demandes de la communauté scientifique et des techniques actuellement réalisables »⁹⁶³. Cette position favorable à la recherche sur les embryons est également celle de l'académie nationale de médecine et de la commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal. Le Conseil d'état dans son rapport relatif à l'examen des lois de bioéthiques met en balance les deux principaux intérêts concernant la recherche sur embryons, à savoir « le respect de la vie dès son commencement » et d'autre part « le droit de ceux qui souffrent à voir la collectivité entreprendre les recherches les plus efficaces possibles, pour lutter contre leurs maux ». Le Conseil d'état se montre alors favorable à la levée de l'interdiction de la recherche sur les embryons, afin de permettre à la recherche de se développer dans des conditions optimales⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ Article L2141-8 du Code de la santé publique.

⁹⁶² Avis n°60 du 25 juin 1998, disponible sur www.ccne-ethique.fr

⁹⁶³ Voir sur ce point la critique de J-R. BINET, *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*. PUF, 2002, 299p.p.166.

⁹⁶⁴ Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*. La Documentation française, 1999, 337p.

Lors de la présentation du projet de loi du 20 mai 2001, le premier ministre déclare : « des motifs tenant à des principes philosophiques, spirituels ou religieux devraient-ils nous conduire à priver la société et les malades d'avancées thérapeutiques ? » La dignité est reléguée au rang de croyance philosophique, et pèse de peu de poids face à la santé de la personne humaine. Les valeurs fondamentales de la bioéthique font alors pâle figure face aux enjeux du progrès scientifique. Le législateur est invité à prendre en compte ces enjeux et à autoriser, tout en encadrant la pratique de manière stricte, la recherche sur les embryons. Il apparaît alors difficile de voir dans cette faveur faite à la recherche et à l'expérimentation sur l'embryon, la marque d'un principe fort et protecteur de dignité. Bien au contraire : « en faisant semblant de se prémunir des difficultés juridiques ou ontologiques qui auraient pu résulter de la reconnaissance, pourtant évidente, nécessaire de la qualité humaine de l'embryon, le législateur a, en réalité, fait le choix de la recherche »⁹⁶⁵.

633. La révision des lois bioéthiques, initialement prévue en 1999, a enfin lieu en 2004. La constitution d'embryons in vitro à des fins de recherche est toujours interdite⁹⁶⁶. La loi du 6 août 2004 reprend le principe de l'interdiction de la recherche sur les embryons⁹⁶⁷ tout en admettant des dérogations au principe dans des conditions strictement établies par la loi : sont admises les études sur embryons lorsque l'homme et la femme qui forment le couple y consentent et que ces études ne portent pas atteinte à l'embryon. On peut se demander ce que le législateur a entendu protéger par cette interdiction des études « portant atteinte à l'embryon ». Ne s'agit-il que d'une formule qui consiste à donner bonne conscience à la loi, ou peut-on y voir une véritable limite à la recherche ? Mme Dorsner-Dolivet⁹⁶⁸ fait montre d'un certain scepticisme, compréhensible au demeurant, devant cette rédaction ambiguë qui ouvre dans certains cas la possibilité d'études sur l'embryon. Pour l'auteur, si l'étude consiste seulement dans l'observation de l'embryon, sans qu'il n'y ait de manipulation de celui-ci, le bénéfice pour la science médicale sera quasiment nul. Mais si par étude on admet un prélèvement ou une biopsie, dans ce cas là on pourrait escompter des avancées pour la science, mais au prix d'une atteinte à l'embryon, contraire alors à la lettre de l'article L 2151-5 du Code de la santé publique. On ne peut cependant pas imaginer que le législateur ait entendu cantonner les études autorisées à une simple observation, exclusive de toute manipulation. La notion d'étude est sans doute plus neutre que celle d'expérimentation, car

⁹⁶⁵ J-R. BINET, *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*. PUF, 2002, 299p.p.133

⁹⁶⁶ Article L 2151-2 du Code de la santé publique.

⁹⁶⁷ Article L 2151-5 du Code de la santé publique.

⁹⁶⁸ A. DORSNER-DOLIVET, De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain, loi n°2004-800 du 6 août 2004. *D* 2004,I, 172.

elle ne laisse pas percevoir l'embryon comme un matériau de recherche. Ceci participe de cette attitude devenue traditionnelle du législateur en matière biomédicale, attitude qui consiste à enjoliver la réalité, à dédramatiser les atteintes pourtant réelles portées à l'humain. Ceci est d'autant plus plausible que dans le même temps, le législateur a admis la possibilité d'importer des cellules souches embryonnaires⁹⁶⁹. Le fait même de parler d'importation achève de convaincre un peu plus de la réification de l'embryon, transformé en matériau de recherche pour les besoins du progrès scientifique. Comme souvent, en la matière, le législateur cache l'atteinte par l'exigence d'un formalisme strict destiné à détourner l'attention du fond vers la forme.

B) LA DIGNITE CONFRONTEE A LA LIBERTE INDIVIDUELLE : L'EXEMPLE DE L'INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE

634. La question de l'interruption volontaire de grossesse constitue la question « éthico-morale » par excellence. Elle est l'occasion d'un affrontement entre humains : l'embryon et la femme qui le porte en son sein. On verra que ce « conflit » est un « conflit » de dignités (1°) qui tend à se résoudre à la faveur de la liberté de la femme de mettre un terme à sa grossesse dans les conditions prévues par la loi (2°).

1° Un conflit de dignités ?

635. La dignité et la liberté sont depuis longtemps liées, la liberté a toujours été considérée comme la source de la dignité de l'homme. Avec Pic de la Mirandole⁹⁷⁰ l'homme trouve sa dignité dans sa liberté, c'est cette liberté qu'il a à se déterminer librement et à fixer librement sa place sur l'échelle des êtres qui justifie la dignité. Toute la dignité de l'homme est alors dans sa liberté. Liberté et dignité ne se confondent pas et bien au contraire constituent les deux éléments essentiels justifiant la particularité humaine. Cette idée est reprise avec force par Kant, qui propulse l'autonomie⁹⁷¹ au rang de fondement de la dignité. Il faut rechercher la dignité de l'homme dans cette capacité qu'il a de trouver dans sa propre volonté les lois qui vont régir sa vie. La liberté kantienne n'est donc pas la capacité que celui-ci a de faire ce qu'il veut, mais bien cette haute valeur morale reconnue à la raison parce qu'elle est son propre

⁹⁶⁹ Article 37 de la loi du 6 août 2004

⁹⁷⁰ Voir nos développements, Première partie, Titre premier, Chapitre 1, Section 1, II, B.

⁹⁷¹ Voir nos développements, Première partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 1, I, B.

législateur. Elle n'est donc nullement soumise à des lois qui lui seraient imposées par une force extérieure. Ce n'est pourtant pas dans ce sens que le droit en général et le droit de la bioéthique en particulier vont concevoir la liberté. La liberté y est entendue comme « la situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut ses facultés ». Cette liberté est entendue plus spécialement en droit de la bioéthique comme établissant un pouvoir d'auto-disposition de la personne. Ce pouvoir est ainsi reconnu à la personne sur son corps. La liberté est alors autodétermination bien plus qu'autonomie au sens kantien du terme. Cette liberté est érigée en principe fondamental et constitue une des formes de la volonté dans le droit de la bioéthique⁹⁷²

636. En droit de la bioéthique la dissociation entre dignité et liberté est consommée. La dignité n'est pas la liberté, la liberté n'est pas la dignité. Le lien entre les deux se dilue. Il s'agit purement et simplement de deux « principes fondamentaux du droit de la bioéthique ». Cette confrontation juridiquement scénarisée entre liberté et dignité a déjà eu lieu lors du recours à la dignité par le juge administratif dans l'affaire du lancer de nains. La dignité y est alors opposée comme limite ultime de la liberté individuelle, elle est opposée à l'homme contre sa propre volonté⁹⁷³. C'est également autour de la liberté comme manifestation ultime de la dignité de la personne que les partisans de l'euthanasie revendiquent le droit de mourir « dans la dignité »⁹⁷⁴. Liberté et dignité sont en droit souvent liées, d'une liberté fondant la dignité en philosophie, on est passé à une liberté manifestant la dignité, puis à une liberté surpassant la dignité. Le droit de la bioéthique accorde une place importante à la liberté de la personne, cette liberté s'exprime au travers des demandes formulées par la personne et que le droit de la bioéthique essaie de satisfaire. La liberté peut s'entendre de deux manières selon M. Schattner. Tout d'abord elle participe de la nature de l'homme, elle le définit et le constitue, elle est statique et c'est la « liberté enchaînée »⁹⁷⁵. Ce n'est cependant pas dans ce sens qu'elle est consacrée en droit, mais bien en tant qu'elle renvoie à la revendication d'un libre choix exercé par chacun, il s'agit de la « liberté

⁹⁷²P. EGEA, Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique ». in, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, 154p. p.135. La liberté se trouve ainsi couplée avec le consentement. Pour l'auteur, le droit de la bioéthique est placé sous le signe de la protection de la volonté de la personne, protection matérialisée par une place centrale reconnue à la liberté et au consentement. La liberté se retrouve dans cette possibilité offerte à la personne de solliciter certains actes, elle est dans ce cas considérée comme déclenchante, parce que c'est elle qui permet que l'acte médical

⁹⁷³Voir nos développements Première partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 1, § 2.

⁹⁷⁴ Voir nos développements, partie, Titre premier, Chapitre 2, Section 1, § 2

⁹⁷⁵ M. SCHATNER, *Souffrance et dignité humaine, pour une médecine de la personne*. Mame, 1995. p.124-128

souveraineté »⁹⁷⁶. Cette « liberté souveraineté » va recevoir un accueil très favorable en droit de la bioéthique, comme en atteste l'évolution du droit relatif à l'interruption de grossesse. La condamnation sévère de la pratique tant par la loi que par la société a fait place à une dépénalisation partielle qui a été parachevée par la loi du 4 juillet 2001. Cette loi consacre une véritable liberté pour la femme d'interrompre sa grossesse. L'attitude du législateur à l'égard de l'interruption volontaire de grossesse permet d'illustrer cette articulation entre dignité et liberté. On relève la primauté accordée à la liberté de la femme sur la dignité de l'être humain qu'elle porte en elle.

637. On peut se demander si la question de l'interruption de grossesse n'entraîne pas un conflit de « dignités » ? C'est dans ce sens que l'on rencontre parfois cette problématique, il en irait de la dignité de la femme et de celle de l'enfant à naître. « (...) Si l'interruption de grossesse n'était pas aussi interruption d'une vie embryonnaire, il n'y aurait aucune difficulté. Mais ne pouvant pas faire d'avortement sans avorton, on est voué à la contradiction (...) les « pro-choice » *ne voient que la femme* et les « pro-life » *ne voient que l'embryon* »⁹⁷⁷. En effet, l'embryon est un être humain et cela le rend de fait titulaire de la dignité⁹⁷⁸, accepter que la femme puisse décider d'interrompre la vie de ce dernier, c'est admettre une atteinte à la dignité humaine. La femme lorsqu'elle souhaite exercer cette possibilité qui lui est offerte par la loi d'interrompre sa grossesse ne fait qu'exercer les potentialités qui lui sont offertes par sa dignité d'être humain. Mais il ne s'agit *que de sa dignité personnelle*. Le fait de refuser à la femme l'accès à cette « liberté » revient à entraver l'actualisation de son être mais ne remet pas en cause cet être-même. On ne saurait rattacher l'exercice de cette liberté d'interrompre sa grossesse à la dignité qui définit l'être de la personne, à sa dignité essentielle. En revanche s'agissant de l'embryon, c'est bien de la dignité en tant qu'elle le définit dans son humanité qui est en cause. L'interruption de grossesse conduit à une atteinte à la dignité de l'embryon, il est considéré comme une chose sur laquelle la personne peut exercer un pouvoir. Il s'agit par conséquent d'un conflit entre une dignité essentielle qui est celle de l'embryon et une dignité personnelle qui est celle de la femme. Ce conflit aurait dû être résolu en faveur de la dignité essentielle puisque celle-ci conditionne la dignité personnelle. La dignité essentielle n'admet aucune dérogation. Pour échapper à ce conflit de dignités, on va adopter un

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ D. FOLSCHIED, L'embryon ou notre docte ignorance in, B. FEUILLET-LE MINTIER *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*. Economica, 1996, 338p p. 25-43

⁹⁷⁸ Voir dans ce sens notamment A. KAHN Quelle dignité pour l'embryon humain ? Préface, in B. FEUILLET-LE MINTIER *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*. Economica, 1996, 338p. D. FOLSCHIED L'embryon ou notre docte ignorance B. FEUILLET-LE MINTIER *L'embryon humain, approche multidisciplinaire, op. cit.*, p. 25-43

raisonnement juridique contestable. Ce raisonnement suppose d'admettre que l'embryon n'est *qu'une* personne humaine potentielle et, qu'à ce titre il ne bénéficie *que du respect* et pas de la dignité. Ce raisonnement qui a abouti à la consécration de l'interruption de grossesse comme liberté, a dû recourir à un subterfuge pour légitimer ce qui, malgré la démonstration séduisante, n'en demeure pas moins une atteinte à la dignité humaine. L'analyse montre qu'il serait plus juste de postuler un conflit dignité/liberté, la dignité de l'embryon s'opposant à la liberté de la femme. Au prix d'une « qualification juridique hasardeuse » de l'embryon en tant que personne humaine potentielle, la tendance est à la « libéralisation de l'avortement », ou tout au moins au développement de législations tolérantes à son endroit.

2° Le triomphe de la liberté individuelle

638. Notre propos ne concerne que l'hypothèse de l'interruption volontaire de grossesse, qui est à distinguer de l'interruption involontaire de grossesse, qui consiste à l'expulsion spontanée de l'embryon ou du fœtus non-viable. Nous n'écartons cependant pas de nos développements les hypothèses où l'interruption de grossesse intervient par la faute, l'imprudence ou la négligence d'un tiers. L'évolution du regard porté sur l'interruption de grossesse se traduit en langage juridique par l'angle nouveau sous lequel le droit aborde la question. On est passé d'une pratique condamnable en elle-même et sur laquelle la volonté de la femme n'avait aucune incidence, à une pratique soumise à un encadrement strict destiné à permettre l'exercice de la liberté de la femme dans les meilleures conditions.

639. Au niveau régional, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit de toute personne à la vie, mais cet article ne doit pas s'entendre comme emportant la prohibition de l'avortement. Même si certains Etats continuent de condamner la pratique, le mouvement de dépénalisation semble gagner du terrain. En droit interne français, on assiste après une période de dépénalisation à une vaste entreprise de « libéralisation de la pratique ». Le droit protège désormais la liberté de la femme de mener à terme ou non sa grossesse. Cette liberté est cependant encadrée et soumise à certaines conditions de fond et de forme, derniers vestiges d'une dignité reléguée à la protection des conditions dans lesquelles peut s'exercer cette liberté. Le droit pénal interdisait l'interruption de grossesse au nom de la défense des intérêts de l'enfant et de la société. La loi IVG-Contraception du 4 juillet 2001⁹⁷⁹ entérine la consécration de la protection de la liberté de la femme à mener ou non sa grossesse

⁹⁷⁹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, *J.O* du 7 juillet 2001, p.10823

à son terme. Cette loi consacre un véritable pouvoir de la femme sur son corps. La disparition des derniers vestiges de l'ancienne répression pénale de l'avortement avec la loi du 4 juillet 2001 confirme cette volonté du droit pénal de protéger la liberté de la femme et traduit ce triomphe de la liberté dans le conflit entre la dignité et la liberté. Le terme même d'avortement retenu pour qualifier l'acte qui consiste en « l'expulsion provoquée de l'embryon » est aujourd'hui « chargée d'une coloration morale jugée trop péjorative pour être maintenue dans les textes »⁹⁸⁰. Il est remplacé lors de la réforme du Code pénal par le terme « d'interruption volontaire de grossesse ». Cependant à l'origine, c'est bien ainsi qu'est désigné l'acte d'interruption de grossesse, ce qui souligne l'attitude réprobatrice de la société à l'égard de la pratique. Le mouvement de « libéralisation juridique » débute avec la loi Veil du 17 janvier 1975⁹⁸¹, qui tout en réaffirmant « le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie », ouvre la possibilité d'une interruption volontaire de grossesse lorsque celle-ci est pratiquée avant la fin de la dixième semaine. Dans l'esprit du législateur, il s'agit non pas d'instaurer une liberté de la femme, mais bien d'introduire un fait justificatif tiré de la permission de la loi, le principe général étant toujours celui de l'interdiction de l'avortement. Un certain nombre de dispositions demeurent très répressives à l'égard de la femme. Elles vont être supprimées au fur et à mesure des textes édictés pour encadrer la pratique. L'évolution vers la consécration d'une liberté de la femme est progressive. C'est ainsi que l'article 317 ancien du Code pénal dans son alinéa 3 disposait : « sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 360 francs à 20 000 francs la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet ». Il s'agit du crime d'auto-avortement qui en dépit des réticences suscitées a été maintenu lors de la réforme du Code pénal de 1992, toutefois, la loi invitait elle-même les juges à l'indulgence et à la modération de la peine. Il faut attendre la loi du 27 janvier 1993⁹⁸² pour que la femme ne puisse plus être poursuivie comme auteur sur elle-même d'une interruption illégale de grossesse. La femme n'était pas encore totalement à l'abri de poursuites, puisque survivaient l'hypothèse d'une complicité punissable de la femme dans le cadre du délit d'interruption illégale de grossesse ainsi que dans le cadre du délit de fourniture à une femme des moyens d'interrompre sa grossesse.

⁹⁸⁰ DICTIONNAIRE PERMANENT BIOETHIQUE ET BIOTECHNOLOGIES, fascicule « Interruption de grossesse ».

⁹⁸¹ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975. *J.O.* du 18 janvier 1975, p.739

⁹⁸² Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993, *J.O.* du 30 janvier 1993, p.1576, rectificatif *J.O.* du 23 avril 1993, p.6528.

640. - *L'hypothèse de la complicité de la femme dans le cadre du délit de fourniture à une femme des moyens d'interrompre sa grossesse*

L'article 223-12 (aujourd'hui article L2222-4 du Code de la santé publique) réprimait le fait de fournir à la femme des moyens de pratiquer une interruption de grossesse sur elle-même. Enoncer l'hypothèse d'une complicité de la femme dans ce cadre laisse perplexe dans la mesure où on se refuse de punir la femme en tant qu'auteur. Force est cependant de constater que si ce cas de figure est resté une hypothèse d'école, il n'en demeure pas moins que depuis 1975 la question d'une éventuelle complicité punissable de la femme n'en n'était pas moins posée. Une femme s'étant procurée les moyens de pratiquer l'interruption de grossesse sur elle-même pouvait-elle être considérée comme complice du délinquant fournisseur de ces moyens ? Certes l'indulgence du législateur, sans cesse renouvelée depuis la loi de 1975, face à la détresse de la femme sollicitant une interruption de grossesse, tendait à faire penser à l'aberration d'une telle hypothèse. Cependant, la rigueur et la froideur de la logique juridique justifiaient de prendre en compte cette hypothèse. En effet, l'article 121-7 du Code pénal dispose : « Est complice d'un crime ou d'un délit de la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don ou par promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». La complicité punissable suggère des actes de complicité et une infraction principale punissable. L'infraction punissable existait bien dans le Code pénal et les actes de complicité pouvaient être facilement retenus, tant au titre de l'aide que de l'assistance, dès lors l'hypothèse aurait très bien pu se poser devant les tribunaux. Cependant, le changement d'optique de la répression pénale n'aurait pas pu être complet si une telle hypothèse avait subsisté. C'est ainsi que la loi du 4 juillet 2001 a explicitement écarté cette hypothèse dans l'article L2222-4 du Code de la santé publique, relatif au délit de fourniture à la femme des moyens d'interrompre sa grossesse qui dispose dans son alinéa 1 in fine : « En aucun cas la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte ». Une seconde hypothèse de complicité subsiste cependant.

641. - *L'hypothèse de la complicité de la femme dans le cadre du délit d'interruption illégale de grossesse*

Dans le cadre de l'article 317 al 4 ancien du Code Pénal, la femme s'étant procuré l'avortement à elle-même, ayant tenté de se le procurer, ou ayant consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, faisait l'objet d'une incrimination spécifique et ne pouvait pas être complice de celui qui pratiquait matériellement l'intervention. Or la

suppression de l'infraction autonome de la femme pose nécessairement la question de la complicité de la femme s'étant procurée l'interruption de grossesse dans des conditions illégales. L'article L.2222-2 du Code de la santé publique réprime le fait de pratiquer une interruption de grossesse à la fin du délai légal hormis le cas où l'interruption intervient pour « motif médical », mais également l'interruption de grossesse pratiquée par une personne n'ayant pas la qualité de médecin, et enfin est réprimé l'acte réalisé dans un autre lieu qu'un établissement d'hospitalisation public ou privé visé par l'article L.2322-1 du Code de la santé publique. Les conditions de la complicité punissables sont remplies puisque la pratique de l'interruption de grossesse hors du cadre légal constitue un délit réprimé à titre principal, et la complicité de la femme peut être retenue au titre de l'aide ou de l'assistance, soit qu'elle ait demandée la réalisation de l'acte soit qu'elle y ait simplement consentie. La volonté du législateur dans ce cas est moins explicite que dans le cadre de la fourniture des moyens abortifs, puisque le législateur n'a instauré aucune disposition semblable à celle relative à la fourniture de moyens abortifs. L'hypothèse d'une telle complicité reste encore viable⁹⁸³.

642. Le déclin de l'ancienne répression pénale est également marqué par la suppression des dispositions pénales ayant trait à la provocation à l'interruption de grossesse menaçant les organismes soutenant les femmes en détresse.

643 - *La suppression d'une possible répression pénale des organismes soutenant la femme en détresse*

Cette répression s'explique par la volonté de rappeler que l'interruption volontaire de grossesse devait conserver son caractère exceptionnel et n'était que tolérée. La loi du 17 janvier 1975 instaura dans l'article L.647 du Code de la santé publique, un article relatif aux délits de provocation à l'interruption de grossesse (alinéa 1) et de propagande et publicité en sa faveur (alinéa 2). Ce délit a été qualifié par certains de « remords du législateur »⁹⁸⁴. Il a été repris lors de la réforme du Code pénal dans l'article L.2221-1 du Code de la santé publique qui dispose : « Sans préjudice des dispositions des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal, le fait de provoquer par un moyen quelconque à l'interruption de grossesse, même licite, alors même que cette provocation n'est pas suivie d'effet, est punie de 2 ans d'emprisonnement et de 300000 francs d'amende ». La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, par un moyen quelconque, concernant soit les établissements dans lesquels sont pratiquées les interruptions de grossesse soit les médicaments, produits et objets ou méthodes destinés à

⁹⁸³ Pour une analyse critique de cette hypothèse, voir, notamment F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, Paris, 2003, 618p. spéc.p.293-296

⁹⁸⁴ G. MEMETEAU, L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur, *JCP*, 1976. I 2781.

procurer ou présentés comme de nature à procurer une interruption de grossesse, sauf dans les publications réservées aux médecins et aux pharmaciens, est punie des mêmes peines. En cas de provocation, de propagande ou de publicité au moyen de l'écrit, même introduit de l'étranger, de la parole ou de l'image, même si celles-ci ont été émises de l'étranger, pourvues qu'elles aient été perçues en France, les poursuites prévues aux alinéas précédents contre les personnes énumérées à l'article 42 de la loi sur la liberté de la presse, et contre les personnes reconnues responsables de l'émission ou, à leur défaut, les chefs d'établissements, directeurs ou gérants des entreprises ayant procédé à la diffusion ou en ayant tiré profit.

644. Ces délits de provocation, de propagande et de publicité auraient pu viser les associations et les centres de planning familial, voire même le corps médical dans le cadre de l'interruption de grossesse. La provocation se définissait comme un acte d'incitation, il suffisait qu'il ait été donné, intentionnellement, publiquement ou de façon privée, par oral ou par écrit, dans l'objectif de pousser à l'interruption de grossesse. La publicité supposait la diffusion auprès du public d'informations concernant ces établissements ou ces produits alors que la propagande n'impliquait pas cette diffusion, l'éloge d'un produit ou de l'établissement étant suffisant. Ces dispositions représentaient un obstacle à la conduite d'actions dans le domaine de l'information de l'interruption de grossesse, les organismes concernés craignant toujours de faire l'objet de poursuites judiciaires sur le fondement de cet article. Ce texte a très vite été dépassé, et est très vite tombé en désuétude, mais d'un point de vue strictement légal, le seul fait d'avoir conseillé à une femme et encore plus de l'avoir conseillé d'interrompre sa grossesse tombait sous le coup de l'article L.2221-1 du Code de la santé publique. Or le travail des conseillères amène celles-ci à fournir aux femmes venant les consulter toutes les informations nécessaires, dont celles relatives à l'interruption volontaire de grossesse. La loi du 4 juillet 2001 (article 16) a purement et simplement supprimé cet article. Cette suppression constitue une preuve de plus, s'il en fallait encore une, de la volonté du législateur de ne plus considérer l'interruption volontaire de grossesse comme un acte condamnable et simplement toléré mais bien comme une liberté dont l'exercice est simplement encadré légalement afin que l'acte soit réalisé dans de bonnes conditions sanitaires.

645. Si elle est devenue liberté pour la femme, l'interruption volontaire de grossesse n'en n'est pas moins enfermée dans un cadre légal strict au-delà duquel intervient le droit pour prévenir et réprimer les déviances. Ces déviances prennent la forme du délit de fourniture de moyens abortifs et du délit de pratique de l'interruption de grossesse en dehors du cadre sanitaire fixé. Ces deux délits ont été éloignés du Code pénal vers le Code de la santé publique par la loi du 4 juillet 2001. La femme est seule maîtresse de son corps, aussi peut-

elle décider seule de mener sa grossesse à terme ou non dans les conditions prévues par la loi. C'est ce que le législateur pénal affirme au travers de l'infraction d'interruption de grossesse d'autrui. L'article 223-10 du Code pénal prévoit : « l'interruption de grossesse d'autrui est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »

646. L'importance du consentement de la femme dans le cadre d'une interruption de grossesse, explique pourquoi cet article constitue le seul article relatif à l'interruption de grossesse qui a survécu au transfert massif des dispositions relatives à l'interruption de grossesse, du Code pénal vers le Code de la santé publique. Le maintien de cet article dans le Code pénal est tout à fait symbolique du changement de perspectives qui s'est opéré à la faveur de la loi nouvelle et dont le principe directeur est la liberté de la femme.

CHAPITRE 2

L'AFFAIBLISSEMENT MATERIEL DU PRINCIPE DE DIGNITE

647. Le principe de dignité est un principe qui pose des exigences matérielles, avec la dignité, on se trouve dans une logique substantielle. On doit se prononcer sur la conformité de telle ou telle pratique concrète avec les exigences de dignité. Il ne s'agit pas d'affirmer de manière solennelle le respect de la dignité. Le principe directeur ultra directif de dignité exige que chaque pratique qui emporte réification de la personne soit interdite. Cependant, le contenu du principe dépend du droit. La vision d'une dignité qui s'imposerait inéluctablement aux hommes et par conséquent à la loi, est de plus en plus malmenée⁹⁸⁵. C'est pourquoi il est possible de s'interroger à la suite de M. Hottois : « L'anthropocentrisme conséquent n'a-t-il pas raison de penser qu'il n'y a pas de valeur intrinsèque dans la mesure où ce sont *toujours des hommes* – des hommes relevant d'une certaine tradition- qui déclarent que quelque chose a une valeur en soi ? »⁹⁸⁶ La dignité est à l'origine sollicitée en tant qu'elle unit l'âme au corps dans un rapport nécessaire d'interdépendance. C'est dans cette perspective seulement que l'interdit de réification en tant qu'exigence fondamentale de dignité a du sens (**Section 1**) L'affaiblissement de la notion de dignité passe par une disqualification du sujet de dignité. Il s'agit une dépersonnalisation du corps qui devient impunément objet d'expérience et d'expérimentation. Le corps est mis à distance de la personne. Celle-ci se voit reconnaître un pouvoir sur celui là. Le principe de dignité se verra attribuer un contenu plus formaliste. La pratique ne sera plus envisagée de manière objective selon qu'elle emporte ou non réification de la personne. Mais elle sera envisagée selon la manière dont elle se déroule (**Section 2**).

⁹⁸⁵ Voir dans ce sens C. NEIRINCK, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian Bolze, Economica, Paris, 1999 p.39-50.

⁹⁸⁶ G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*. Librairie philosophique J. Vrin, 1999, Paris, 189p Spéc.p.45-46. On note un changement perceptible de la notion de dignité, de valeur ontologique, elle est devenue une valeur anthropocentrique. La dignité ne transcende plus, elle est déterminée par les hommes. C'est la distinction notée par G. Hottois entre la déclaration de 1948 et celle de 1789, l'auteur oppose la transcendance des fondements de la DDHC, à l'anthropocentrisme de ceux de 1948 ; « Soit la valeur est le résultat un acte d'évaluation humain, individuel ou collectif (valorisation anthropocentrée). Soit elle est considérée comme s'imposant d'elle-même ; elle est intrinsèque, *en soi*, c'est-à-dire de l'ordre sacré de la nature ou de Dieu (valorisation onto-théologique). Lorsque l'on parle de l'homme et de sa dignité, on songe d'ordinaire à une valeur intrinsèque. Même les discours les plus anthropocentristes répugnent la plupart du temps à affirmer clairement que la valeur de l'homme dépend ultimement de l'homme, car alors, des hommes pourraient considérer que l'homme n'a pas plus de valeur que n'importe quoi d'autre.

SECTION 1

LA DIGNITE COMME PRINCIPE UNIFIANT LE CORPS ET LA PERSONNE

648. Parmi les nombreuses « querelles » qui traversent la philosophie, il en est une qui perdure, il s'agit de la question des rapports de l'âme et du corps. L'âme et le corps sont-ils unis ? Ou s'agit-il de deux éléments distincts ? L'un a-t-il une prévalence sur l'autre ? Nous verrons qu'il s'agit de questions anciennes mais plus que jamais d'actualité. Ces questions prennent une résonance nouvelle en droit de la bioéthique. L'enjeu est considérable. Selon que l'on conçoive l'union ou la distinction de l'âme et du corps, on peut comprendre et admettre l'utilisation du corps humain comme matériau d'expérience, ou alors on peut définitivement mettre le corps humain hors d'atteinte de l'homme et de la science, quel que soit le but de la mise à disposition. La seule constance dans ce débat est le consensus sur le fait que l'âme soit le siège de la dignité. Dans une perspective moniste, toute atteinte au corps est une atteinte à la dignité. Dans une perspective dualiste, l'atteinte au corps n'est pas nécessairement une atteinte à la dignité. Il conviendra alors de s'arrêter quelques instants sur la manière dont la philosophie envisage les rapports de l'âme et du corps (§1), avant d'interroger le droit (§2).

§ 1 : LA QUESTION PHILOSOPHIQUE DES RAPPORTS DE L'AME ET DU CORPS

649. Schématiquement⁹⁸⁷ on peut opposer deux camps ; d'un côté celui des auteurs qui posent l'union de l'âme et du corps, on qualifiera ces théories de monistes (A) ; de l'autre côté certains auteurs défendent l'idée d'une distinction nette entre l'âme et le corps, on qualifiera ces théories de dualistes (A).

A) LES THEORIES DUALISTES

650. Il s'agit de ces théories qui affirment une séparation nette entre l'âme et le corps, cette mise à distance des deux éléments se traduit bien souvent par la reconnaissance d'une primauté de l'âme (1°). Le corps est alors dévalué. Il est même dans une perspective radicale

⁹⁸⁷ Pour certains auteurs, cette distinction est trop simpliste parce que cette opposition dualisme monisme est réductrice parce que tout monisme ou tout dualisme radical montre ses limites. Voir notamment T. De KONINCK, *De la dignité humaine*. PUF, 1995, 244p.

assimilée purement et simplement à une machine. C'est l'hypothèse formulée notamment par René Descartes (2°).

1° La primauté de l'âme

651. Depuis toujours, « dans de très nombreuses traditions religieuses et philosophiques (...) et plus particulièrement au sein de notre tradition platonico-chrétienne, le dualisme articule un couple où le corps occupe la place inférieure »⁹⁸⁸. Ce qui pose alors problème dans le dualisme ce n'est pas tant qu'il pose l'existence de deux réalités distinctes que les conséquences qui en découlent pour le corps. Celui-ci est posé comme inférieur à l'âme en dignité et n'ayant même, dans une logique dualiste poussée à l'extrême, aucune dignité. « Cette hiérarchisation présente un éventail de nuances, du corps immonde dépouille source de tous les maux, au corps illuminé par la présence de l'âme ou de l'esprit et destiné à la fin glorieuse de la résurrection. La plus ou moins grande dignité provient du fait qu'il abrite une substance immatérielle. Celle-ci partie, seule demeure une rémanence symbolique qui enjoint le respect du cadavre, une dignité résiduelle »⁹⁸⁹.

652. Cette question des rapports de l'âme et du corps si elle touche au mystère de l'existence n'en demeure pas moins une question éminemment pratique. De la réponse à cette question dépendent un certains nombres de points notamment la manière dont il faut envisager le corps et l'âme. Cet extrait du *Phédon*⁹⁹⁰ résume bien l'intérêt pratique de cette question « Tout cela Socrate, me semble fort bien exposé ; mais ce que tu dis de l'âme suscite une grande incrédulité chez les hommes : peut-être doit-on craindre, pensent-ils que l'âme, une fois séparée du corps, n'existe plus nulle part, et qu'elle ne soit détruite, et ne périsse, le jour où meurt l'homme ; (...) Mais ici nous avons bien besoin d'exhortations persuasives et de preuves ». Le dualisme s'impose du fait de l'impossibilité de penser le corps et l'âme de la même façon dans la mesure où le premier est mortel et la seconde est immortelle. C'est ce fait là qui pour Platon rend inéluctable la dissociation des deux entités. Le dualisme religieux dépeint l'homme comme un être composite formé d'un corps matériel, mortel et d'une âme immatérielle, immortelle. Cette idée d'immortalité de l'âme est inaugurée par la philosophie, son plus grand représentant est Platon. Il s'agit cependant d'une idée ancienne que l'on

⁹⁸⁸ G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*. Librairie philosophique J. Vrin, 1999, Paris, 189p, p.48.

⁹⁸⁹ *ibid.*

⁹⁹⁰ PLATON, *PHEDON*, in Platon Œuvres complètes, Tome IV, Traduit par P. VICAIRE, Paris, Les Belles Lettres, 1985, 163p. 69e- 69d

retrouvait déjà chez les ancêtres lointains des tribus animistes d'Afrique. Dans la philosophie platonicienne, l'âme préexiste au corps et lui survit. Le corps ne serait même que l'habit de poussière dont l'âme est vêtue⁹⁹¹. C'est l'âme qui va animer le corps : « Toute âme est immortelle. En effet qui se meut toujours est immortel. Or l'être qui en meut un autre ou qui est mû par un autre, au moment où cesse le mouvement cesse d'exister. Seul l'être qui se meut soi-même, comme il ne fait pas défaut à soi-même, ne cesse jamais d'être mû ; mieux encore, il est source et principe de mouvement pour tout ce qui est mû »⁹⁹². Ce qu'il est important de retenir c'est surtout le sort moindre réservé au corps qui est mortel, voué à disparition. Le corps est une souillure pour l'âme et celle-ci doit s'en détacher. Il s'agit de réfléchir à la meilleure manière de séparer l'âme de cette enveloppe mortelle que constitue le corps. « En effet, le corps nous cause mille tracas, (...) il vient partout se mettre en travers, il nous bouscule, nous dérange et nous étourdit si bien qu'il finit par nous empêcher de contempler le vrai. (...) Il faudra nous séparer du corps et considérer en elle-même les choses. Nous atteindrons ainsi la pureté, étant affranchis de la déraison du corps⁹⁹³. On voit bien comment il sera difficile de prétendre sauver le corps si l'on s'arrête au dualisme platonicien. Le corps y est dénué de toute valeur et le seul désir de l'âme est d'en être séparée. C'est ce dont M. Hottois prend acte lorsqu'il affirme que : « L'idéalisme fort, platonicien, judéo-chrétien, indien ou moderne, n'a jamais été une voie propice à la reconnaissance de la dignité du corps. Le désir de transcendance qui l'inspire encourage au contraire le mépris ou l'ignorance de l'immanence des corps »⁹⁹⁴.

2° Le dualisme cartésien, le corps comme machine

653. Descartes est généralement pris comme l'exemple du dualiste, parce qu'il pose une séparation claire de l'âme et du corps. Descartes pose donc une distinction entre la substance pensante, le *cogito*, et le corps⁹⁹⁵. Pour Descartes, nous ne pouvons avoir de certitudes que sur l'âme, parce que même dans le doute, seule l'âme sait avec certitude qu'elle existe. Le simple fait de penser assure de son existence. Descartes a découvert sa propre existence de chose pensante comme première vérité ou certitude absolue. C'est ainsi qu'il n'a de cesse d'affirmer

⁹⁹¹ L. BOSSI, *Histoire naturelle de l'âme*. PUF, Paris, 2003, 480p, p. 286.

⁹⁹² E. LEVINE, P. TABOUL, *Le corps*. Flammarion, Paris, 2002, 235p. spéc. p.177-180.

⁹⁹³ PLATON, *PHEDON* in Platon Œuvres complètes, Tome IV, Traduit par P. VICAIRE, Paris, Les Belles Lettres, 1985, 163p. 66b.

⁹⁹⁴ G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique, op.cit.*, 189p. p.49

⁹⁹⁵ « Qu'est ce qu'une chose qui pense ? C'est-à-dire une chose qui doute, qui conçoit, qui affirme, qui nie, qui veut, qui ne veut pas, qui imagine aussi, qui sent ». R. DESCARTES, *Méditations métaphysique*, in Œuvres philosophiques de Descartes, Traduction de F. ALQUIE, Classiques Garnier, Sixième méditation, p. 420.

que l'âme est plus aisée à connaître que le corps, il y a dans la philosophie cartésienne une « supériorité et une antériorité épistémologique » de l'âme ⁹⁹⁶. Par opposition à cette âme, Descartes offre la vision d'un corps pareil à une machine et qui est distinct de l'âme. « *Et quoique peut-être ou plutôt certainement, comme je le dirais tantôt, j'aie un corps auquel je suis étroitement conjoint ; néanmoins parce que d'un côté j'ai une claire et distincte idée de moi-même, en tant que je suis seulement une chose qui pense et non étendue, et que d'un autre j'ai une idée distincte du corps en tant qu'il est seulement une chose inétendue qui ne pense point, il est certain que moi, c'est-à-dire mon âme par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement et véritablement distincte de mon corps et qu'elle peut être ou exister sans lui* »⁹⁹⁷. La distinction entre l'âme et le corps chez Descartes est fondée sur une conception mécaniste du corps. Pour rendre compte de cette conception mécaniste du corps, Descartes compare le corps à une machine. Il est « un assemblage de membres »⁹⁹⁸. Le corps pareil à une machine peut se mouvoir sans l'âme, là se trouve la différence essentielle avec la conception platonicienne. Chez Descartes, le corps est une machine « tellement bâtie et composée d'os, de nerfs, de muscles, de veines, de sang et de peau, qui encore bien qu'il n'y eut en lui aucun esprit, il ne laisserait pas de se mouvoir en toutes les mêmes façons qu'il fait à présent (...) ni par conséquent par l'aide de l'esprit, seulement par la disposition de ses organes »⁹⁹⁹.

654. C'est la manière qu'a Descartes de poser le corps qui intéresse l'anatomie à l'origine. C'est en cela que le dualisme cartésien a pu être considéré comme se rapprochant d'un dualisme biologique, ou anatomique inauguré par Vésale¹⁰⁰⁰. C'est ce qui, dans une perspective contemporaine intéresse la biologie et la bioéthique. Le dualisme cartésien séparant distinctement l'âme du corps tout en démontrant que celle-ci vit sans l'âme, fait état d'une permanence du corps qui peut rassurer certains tenants de la conception dualiste. Le dualisme cartésien est alors bien souvent appelé à l'appui des dualismes biologiques, car Descartes en posant que le corps est pareil à une machine jette sur celui-ci un certain discrédit, on voit mal comment poser la dignité d'une machine. D'autant plus que Descartes parle indifféremment du corps de l'homme et de celui de l'animal, qu'il assimile tous deux à des

⁹⁹⁶ P. GUENANCIA, *Lire Descartes*. Gallimard, 2000, 576p., spéc.p.165.

⁹⁹⁷ R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, op.cit.,p. 488.

⁹⁹⁸ *Ibid.*,p. 419.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 497.

¹⁰⁰⁰ Voir en ce sens S. HENNETTE-VAUCHEZ. *Disposer de soi ? Une analyse juridique sur les droits de la personne sur son corps*. L'Harmattan, Paris, 2004, 447p.36-37. Pour l'auteur, « fort de cette rencontre avec une philosophie qui lui répond, le dualisme anatomique vésalien a désormais réuni tous les éléments d'une véritable prospérité. »

machines. Il faut cependant garder à l'esprit que Descartes ne dit à aucun moment que le corps est une machine. Il s'agit simplement d'une métaphore. L'assimilation du corps à une machine aussi métaphorique que soit la proposition, ne permet pas au corps de sortir valorisé de cette assimilation. En effet, comment reconnaître une valeur particulière au corps-machine. En distinguant le corps et l'âme, Descartes, met celui-ci à portée de toutes les utilisations, il le rend accessible. « Le dualisme cartésien est soupçonné d'avoir rendu possible la dissociation de l'être humain l'entraînant vers l'objectivation, l'instrumentalisation, l'analyse, la naturalisation, l'opérationnalisation de ce corps substantiellement distinct de l'âme et assimilable à une machine »¹⁰⁰¹. Il est donc tentant pour légitimer les interventions sur le corps humain, pour justifier un droit de la personne sur son corps, de se fonder sur cette vision dualiste du corps et de l'âme. En effet, avec cette conception, étant donné que l'âme existe indépendamment du corps et inversement, la dignité de l'âme ne saurait être ébranlée par une quelconque mise à disposition du corps.

655. Tel est donc l'intérêt pour la bioéthique d'une distinction réelle entre l'âme et le corps, on pourrait disposer de l'un sans porter atteinte à la sacralité de l'autre. En effet, l'intérêt d'une telle manière de concevoir les rapports âme et corps est que « toute vision crûment dualiste enlève au corps sa dignité »¹⁰⁰². Il est alors facile de prétexter un quelconque dualisme même intenable en pratique pour justifier ce qui dans une vision moniste serait définitivement hors de propos, la libre disposition de soi. En effet, dans les visions monistes, c'est cette unité de l'âme et du corps qui garantit au corps sa dignité.

656. On peut alors pour tenter de maintenir le dualisme poser l'existence d'une dignité distincte pour l'âme et pour le corps. Chacune des entités aurait une dignité propre. Mais une telle proposition n'a jamais été ne serait-ce qu'admise par la doctrine. En effet, le point sur lequel tous les philosophes semblent d'accord est le fait que l'âme est ce qui chez l'homme est éligible à la dignité. Dans une vision moniste, le corps et l'âme étant unis, ils le sont également en dignité, il n'est alors pas besoin de réaffirmer de manière distincte la dignité du corps. Dans une vision dualiste, l'âme est toujours digne, mais rien n'est moins sûr pour le corps, d'autant que les philosophies dualistes accompagnent souvent leur distinction des deux substances par une supériorité ontologique accordée à l'âme au détriment du corps. Le dualisme ôte alors au corps sa dignité, en tout cas rend difficile de penser la dignité du corps.

¹⁰⁰¹ G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique .op .cit.* p. 48

¹⁰⁰²T. de KONINCK, *De la dignité humaine, op.cit.*, p. 95.

« Le dualisme strict présente aujourd'hui une double difficulté pour ceux qui en attendent un fondement de la dignité de l'homme et plus précisément, de la dignité du corps »¹⁰⁰³.

657. Cependant Descartes lui-même se rend compte de l'impossibilité de poser de manière absolue un dualisme strict. La fissure est introduite dans le dualisme cartésien lorsque Descartes est interpellé par la princesse Elisabeth, une de ses élèves. Elle lui posera cette question : « Comment l'âme non étendue et immatérielle peut-elle mouvoir le corps ? J'avoue qu'il me serait plus facile de concéder la matière et l'extension à l'âme que la capacité de mouvoir un corps et d'en être ému à un être matériel »¹⁰⁰⁴. Il rédigera un *Traité des passions*¹⁰⁰⁵ dans lequel il s'efforce d'apporter des réponses à ces questions. Mais, Descartes s'était déjà saisi du problème dans les *Méditations*. Il y envisageait déjà l'union de l'âme et du corps. « *La nature m'enseigne aussi par ces sentiments de douleur, de faim, de soif, etc., que je ne suis pas seulement logé dans mon corps, ainsi qu'un pilote dans son navire, mais outre cela, que je lui suis conjoint très étroitement et tellement confondu et mêlé, que je compose comme un seul tout avec lui. Car si cela n'était, lorsque mon corps est blessé, je ne sentirais pas pour cela de la douleur, moi qui ne suis qu'une chose qui pense, mais j'apercevrais cette blessure par le seul entendement, comme un pilote aperçoit par la vue si quelque chose se rompt dans son vaisseau ; et lorsque mon corps a besoin de boire ou de manger, je connaîtrais simplement cela même sans être averti par des sentiments confus de faim et de soif, de douleur. Car en effet, tous ces sentiments de faim, de soif, de douleur, etc., ne sont autre chose que de certaines façons confuses de penser qui proviennent et dépendent de l'union et comme du mélange de l'esprit avec le corps* »¹⁰⁰⁶. Cette union que concède Descartes à l'âme et au corps ne se pense pas, ne s'intellectualise pas elle se ressent ; ainsi le philosophe reconnaît-il que « ceux qui ne philosophent jamais et qui ne se servent que de leurs sens, ne doutent point que l'âme ne meuve le corps, et que le corps n'agisse sur l'âme ; mais ils considèrent l'un et l'autre comme une seule chose, c'est-à-dire ils conçoivent leur union ; car concevoir l'union qui est entre deux choses, c'est les concevoir comme une seule »¹⁰⁰⁷. Descartes justifie cette union de l'âme et du corps par la volonté divine et insiste sur le fait que cette union n'est pas accidentelle, mais est voulue par Dieu et réalisée par lui¹⁰⁰⁸. Cette union de l'âme et du corps a alors chez Descartes quelque chose d'empirique, elle s'éprouve

¹⁰⁰³ G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique, op.cit.*, p. 48

¹⁰⁰⁴ Lettre à Descartes, in C. ADAM, P. TANNERY, *Œuvres de Descartes, Correspondances III*. Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1975, p. 690.

¹⁰⁰⁵ Cet ouvrage constituera le dernier livre publié par le philosophe en 1644 .

¹⁰⁰⁶ R. DESCARTES, *Méditations métaphysique, op.cit.* , p. 492.

¹⁰⁰⁷ Lettre à Elisabeth du 28 juin 1643, in C. ADAM, P. TANNERY, *Œuvres de Descartes, Correspondances III*. Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1975, p. 692.

¹⁰⁰⁸ R. DESCARTES, *Méditations métaphysique, op.cit.*, p. 491.

et oblige alors la raison à en rendre raison. Cette union s'effectue par la force que chacune des substances exercent sur l'autre. Cette force est une interaction entre deux forces, qui cause les sentiments internes et externes. (...) La force avec laquelle l'âme agit sur le corps pour le mouvoir n'est pas de même nature que celle du corps, lorsqu'il affecte l'âme. L'âme ne meut pas le corps, comme un corps peut mouvoir un autre corps, par choc, par déplacement, etc. L'âme meut le corps par la volonté¹⁰⁰⁹. Le dualisme radical dont Descartes est alors la figure de proue se trouve ébranlé de l'intérieur, dépassé par une union naturelle. Cette séparation radicale entre le corps et l'âme ne résiste pas à la réalité de la vie humaine. Tout dualisme autre que lexical, tout dualisme posé comme substantiel, réel a donc du mal à s'imposer et surtout à rendre compte de la complexité de la réalité humaine. Pour M. Hottois « la dissociation entre les deux entités est en revanche ressentie comme abstraite, appauvrissante, déréalisante, mortifère et fausse »¹⁰¹⁰. Il en conclut la nécessité de dépasser le dualisme.

B) LES THEORIES MONISTES

658. Répondant en quelque sorte au dualisme platonicien, Aristote, démontre comment l'âme forme avec le corps une unité. Chez Aristote, l'âme est principe premier de vie, elle est « pour le corps vivant cause et principe »¹⁰¹¹. Aristote accorde au même titre que Platon une certaine valeur ontologique à l'âme, mais cette valeur ne se conçoit que dans un rapport où l'âme est nécessairement et naturellement unie au corps. Le corps n'est donc pas simplement une enveloppe pour l'âme. Et l'homme n'est donc pas simplement une âme se servant d'un corps. L'âme ordonne le corps en un tout indivisible, la partie valant pour le tout et le tout valant pour la partie. L'âme n'est pas quelque chose qui habite simplement le corps, ses gestes sont les gestes du corps.¹⁰¹² Elle donne une certaine cohérence au corps. Une lecture d'Aristote apporte des éclairages non négligeables : « l'âme n'existe pas sans un corps ni ne s'identifie à un corps quelconque : elle n'est pas un corps, en effet, mais quelque chose du corps et c'est pourquoi elle se trouve dans un corps, et dans tel corps déterminé. On ne peut donc (...) la faire entrer dans un corps et l'y adapter sans préciser aucunement la nature et la

¹⁰⁰⁹ S. MARGEL. *Corps et âme : Descartes, du pouvoir de représentation aux fictions du Dieu trompeur*. Galilée, Paris, 2004, 232p, p.182.

¹⁰¹⁰ G. HOTTOIS *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*. Librairie philosophique J. Vrin, 1999, Paris, 189p.p. 48

¹⁰¹¹ ARISTOTE, *De l'Âme*, Traduction et note E. BARBOTIN, Les Belles Lettres, Paris, 2002, 123p.II, 4, 415 a-b

¹⁰¹² M. C. NUSSBAUM, H. PUTMAN *Changing Aristotle's mind*, cité par T. de KONINCK *De la dignité humaine*, op.cit., p. 92

qualité de celui-ci : l'expérience montre, au contraire, que n'importe quoi ne peut recevoir n'importe quoi »¹⁰¹³. L'intérêt est éminemment pratique dans la mesure où une telle conception donne des éléments de réponse pour le cas où l'homme se trouverait diminué dans une des parties de son corps, il n'en demeurerait pas moins homme. Mais à l'inverse, porter atteinte à une partie de l'ensemble, c'est porter atteinte à l'ensemble. « Peu importe l'état en lequel se trouve un corps humain vivant, lui et l'âme ne font qu'un, tout et partie quelle que puisse être la condition apparente, parfois très diminuée du corps. » Il s'en suit alors que « dans l'hypothèse, bien entendu où l'âme humaine mérite le respect (...) tout corps humain quel qu'il soit- dément profond, Einstein, comateux- mérite le même respect »¹⁰¹⁴.

659. On voit alors là l'intérêt théorique et pratique d'une conception dualiste ou moniste de l'union de l'âme et du corps. Si l'on pose que le corps est distinct de l'âme, celui-ci n'a alors plus véritablement de dignité puisque celle-ci est l'apanage de l'âme seule. Dans la conception dualiste, la distinction de l'âme et du corps est fondée « sur une altérité substantielle : l'âme ou l'esprit qui fait de l'homme un être relevant d'un ordre de réalité distincte de celui de toutes les autres créatures parmi lesquelles il figure cependant du fait de son corps »¹⁰¹⁵. M. de Koninck montre l'intérêt pratique de cette conception pour apporter une réponse à une question difficile : « la maladie peut-elle priver un être humain de toute dignité ? » Pour y répondre, l'auteur part du postulat que la dignité est le propre de l'âme humaine, et que « celle-ci n'existe pas comme une entité séparée ; elle est unie de manière indivisible au corps, à preuve la dissolution de celui-ci à la mort. (...) La personne malade ou handicapée est un *individu* au sens fort d' *indivisible* (...) elle est l'un d'entre nous, participe à notre humanité même, elle est en réalité nous-mêmes, au moins virtuellement »¹⁰¹⁶.

660. Certains voient dans la phénoménologie de Merleau-ponty, la meilleure façon de dépasser le dualisme.¹⁰¹⁷ Elle offrirait « l'une des répliques les plus subtiles et les plus riches à l'opérationnalisme technoscientifique »¹⁰¹⁸. La phénoménologie peut être définie comme l'étude descriptive d'un ensemble de phénomènes, tels qu'ils se manifestent dans le temps ou l'espace, par opposition soit aux lois abstraites et fixes de ces phénomènes ; soit à des réalités

¹⁰¹³ ARISTOTE, *De l'Âme*, Traduction et note E. BARBOTIN, Les Belles Lettres, Paris, 2002, 123p. II,4, 414 a.

¹⁰¹⁴ T. de KONINCK *De la dignité humaine. op. cit.* p. 98

¹⁰¹⁵ G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique, op.cit.*,p. 48

¹⁰¹⁶ T. De KONINCK, La maladie peut-elle priver l'être humain de toute dignité ? in E. MONTERO, B. ARS (dir.) *Euthanasie, les enjeux du débat*. Presses de la Renaissance, 2005, p.215-246.

¹⁰¹⁷ Voir en ce sens notamment, G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique, op. cit.* ; J. DUCHENE Du corps objet au corps expressif : l'ontologie phénoménologique de Merleau-Ponty, in B. FELTZ, D. LAMBERT *Entre le corps et l'esprit*. Mardaga, 1994,p. 33-51.

¹⁰¹⁸ G. HOTTOIS *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique, op.cit.*,p. 50.

transcendantes dont ils seraient la manifestation ; soit à la critique normative de leur légitimité¹⁰¹⁹.

661. La phénoménologie merleau-pontienne prend pour point de départ les dérives auxquelles a conduit notamment le rationalisme cartésien. Ce dualisme aurait « rendu possible la science, mais en même temps, il aurait déraciné l'homme. Il nous a rendus aveugle au vécu, à l'existence avec son épaisseur charnelle, sa résistance, son opacité »¹⁰²⁰. Merleau-ponty critique dans le rationalisme cette façon trop intellectuelle de concevoir l'homme. Il prône la nécessité de redécouvrir l'homme en allant véritablement à sa rencontre. Loin de tout idéalisme, Merleau-ponty veut proposer une philosophie de l'expérience. Il propose de revenir à la perception comme source de connaissance. Pour Merleau-Ponty, l'union de l'âme et du corps ne s'explique pas mais s'éprouve. Il faut alors en quelque sorte s'attacher au monde tel qu'il nous apparaît, il ne faut pas avoir peur de rendre compte de ce que nous percevons, il ne faut mépriser ce qui se pose devant nous, en prétendant le dépasser par notre pensée. « Le premier acte philosophique serait donc de revenir au monde vécu, en deçà du monde objectif, puisque c'est en lui que nous pourrions comprendre le droit comme les limites du monde objectif, de rendre à la chose sa physionomie concrète, aux organismes leur manière propre de traiter le monde, à la subjectivité son inhérence historique, de retrouver les phénomènes (...) de réveiller la perception »¹⁰²¹. Avec la phénoménologie merleau-pontienne, le corps se retrouve à nouveau valorisé : « l'animation du corps n'est pas l'assemblage l'une contre l'autre de ses parties, ni d'ailleurs la descente dans l'automate d'un esprit venu d'ailleurs, ce qui supposerait encore que le corps lui-même est sans dedans et sans *soi* »¹⁰²². L'âme et le corps sont unis parce que c'est ainsi que l'homme le ressent. L'homme est alors tel qu'il se perçoit, tel qu'il se sent. Cette phénoménologie est actuelle parce qu'elle renvoie à l'expérience de soi que peut avoir tout un chacun. L'union de l'âme et du corps vient donc de cette sensation humaine d'être un tout. Lorsque l'on se touche, on se sent touchant et, c'est dans cette perception de soi que l'on acquiert la certitude d'être son corps, ce corps « voyant et visible (...) Il se voit voyant, il se touche touchant »¹⁰²³. Cette phénoménologie on le voit restitue donc au corps sa dignité, puisque le corps ne fait qu'un avec mon âme, et le corps se voit ainsi revalorisé. « L'homme est une expression de cette chair du monde et c'est

¹⁰¹⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. V° Phénoménologie

¹⁰²⁰ J. DUCHENE, Du corps objet au corps expressif : l'ontologie phénoménologique de Merleau-Ponty, *op.cit.*

¹⁰²¹ M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945, 530p.,p. 69.

¹⁰²² MERLEAU-PONTY *L'oeil et l'esprit*, Gallimard, 1964, 93p.,p.19.

¹⁰²³ *Ibid.*, p.18.

l'expérience du corps sentant-sensible qui lui enseigne la vérité et lui assigne sa dignité »¹⁰²⁴. La phénoménologie merleau-pontienne nous renseigne sur la manière dont le droit appréhende l'homme, comme un tout, le droit ne se faisant en cela finalement que le gardien du sentiment d'unité éprouvé par chacun. L'unité de l'âme et du corps que chacun expérimente se trouve entérinée, consacrée en droit où l'homme est appréhendé comme un tout.

§ 2 : LA TRADUCTION JURIDIQUE DE LA QUESTION DES RAPPORTS DE L'ÂME ET DU CORPS

662. Le questionnement bioéthique renouvelle la question philosophique des rapports de l'âme et du corps. Le débat sur les rapports de l'âme et du corps n'est pas exclusivement philosophique, il transcende toutes les disciplines même s'il ne se pose pas aux uns et aux autres dans les mêmes termes. La question juridique des rapports entre l'âme et le corps s'inscrit dans une perspective plus pragmatique qu'en philosophie, car il s'agit directement de savoir ce que l'on peut faire du corps, sur le corps. On se rend compte que l'on fait face en droit à une longue tradition moniste (A). Cette tendance est confirmée par le droit pénal qui fait du principe de dignité un principe unifiant la personne et son corps (B).

A) LA PREFERENCE DU DROIT POUR LA LOGIQUE MONISTE

663. C'est d'abord parce que corps et personne sont deux réalités distinctes, qu'il est tentant de les poser séparément. Car avant même tout débat sur la réalité de l'union ou au contraire de la distinction, il est un consensus pour reconnaître au moins sur le plan conceptuel une distinction dont rend compte la différence lexicale. La question des rapports corps/ personne s'inscrit alors dans une équation à une inconnue, le rapport entre les deux éléments, leur distinction étant admise tant par les partisans de la distinction que par ceux de l'union. La tentation dualiste est donc forte (1°). Cependant on constate que la personne est appréhendée spontanément par son corps en droit (2°).

¹⁰²⁴ G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique, op. cit.*, p.53

1° La tentation dualiste

664. Le fait même de se poser la question des rapports entre deux éléments, revient à concéder que ces deux éléments sont *à priori distincts*. Le dualisme est d'abord lexical. Il y a deux manières de saisir, de rendre compte de chacune de ces réalités parce qu'il y a deux réalités distinctes. Que l'on se réclame d'une vision moniste ou d'une vision dualiste, on pense et on pose le corps et l'âme de manières différentes. Le monisme et le dualisme n'ont de sens que dans une perspective d'opposition de ces deux réalités distinctes. En effet, on ne peut pas penser le rapport de deux réalités si on ne pense pas d'abord leur distinction intrinsèque, leur individuation à l'origine. Le monisme et le dualisme ne visent donc pas à poser qu'il s'agit d'une seule et même réalité mais qu'il s'agit bien de deux réalités distinctes qui sont cependant dans un rapport de dépendance (monisme) ou d'indépendance (dualisme). Il y a donc en droit un véritable débat conceptuel autour des notions de personne et de corps. Si certains ont clairement pris position soit en faveur de l'identité entre le corps et la personne¹⁰²⁵ ou en faveur d'une distinction nette, d'autres s'interrogent et hésitent.

665. Le dualisme lexical ne pose alors pas de problème y compris aux partisans d'une vision du corps et de la personne comme une seule et même entité. En effet, postuler que le corps est la personne, ne présuppose pas nécessairement une négation de la dualité lexicale, puisque cette distinction entre les deux notions est posée comme évidente et implicitement contenue dans cette unité posée comme nécessaire. Le doyen Cornu, pour justifier ce dualisme lexical, prend pour exemple le fait que « toute atteinte au corps est une atteinte à la personne. Que la réciproque ne soit pas vraie, que la personne puisse subir des atteintes autres que corporelles (dans son honneur, ses sentiments, son esprit, etc.) signifie seulement qu'il y a en la personne- et sous la protection du droit- autre chose que le corps. Qui voudrait le nier ? Cette évidence n'empêche nullement, mais réclame au contraire que le corps soit reconnu et honoré comme l'enveloppe charnelle »¹⁰²⁶.

666. Dans tous les cas et quels que soient les termes en jeu dans le débat, ce qu'il est important de retenir, c'est cette impression transdisciplinaire et partagée par tous les auteurs et

¹⁰²⁵ Voir notamment G. CORNU, *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*. Montchrestien, 12^e édition, 2005. Pour le doyen Cornu : « le droit civil, envisage la personne physique de façon concrète, comme être de chair et de sang. Mais en vérité, il considère la personne humaine dans sa totalité, corps et âme. (...) Tout fait corps » ; voir encore G. MEMETEAU, Vie biologique et personnalité juridique, in *La personne humaine sujet de droit*. IV^eme Journées René Savatier. PUF, 1994, p.21-55 pour qui le corps conditionne l'apparition de la personnalité juridique,

¹⁰²⁶ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens* Montchrestien, *op.cit.*

par tous les hommes de cette cohabitation dans l'humain entre un corps et une âme. À l'origine, on parle du dualisme entre l'âme et le corps, mais on parle également du dualisme entre l'esprit et le corps. La cacophonie lexicale ne concerne que l'âme, cette « *autre chose* qui porte des noms multiples : esprit, âme, forme, personne, raison, liberté, sujet conscience,... »¹⁰²⁷. Le corps est finalement l'élément stable de la dichotomie.

667. L'âme se définit traditionnellement par opposition au corps, elle est posée comme son frère-ennemi. Les deux réalités se donnent à comprendre dans un rapport d'opposition. La distinction est *à priori* simple, le corps est ce qui apparaît visible, alors que l'âme est invisible. Le corps se définit comme « tout objet matériel constitué par notre perception, c'est-à-dire tout groupe de qualités que nous nous représentons comme stable, indépendant de nous et situé dans l'espace. L'étendue à trois dimensions et la masse en sont les propriétés fondamentales »¹⁰²⁸. Le corps est d'abord au sens premier de la matière, quelque chose de palpable. Il est ce par quoi j'entre en contact avec les choses, ce par quoi j'entre en contact avec les autres corps. Il est ce par quoi l'être s'incarne et prend corps. Le corps est donc ce qui apparaît. Dans une perspective kantienne, le corps est l'incarnation de la chose en soi, il est le phénomène. « Il y a hors de nous des corps, c'est-à-dire des choses qui sont connues de nous par les représentations que nous procure leur influence sur notre sensibilité, et auxquelles nous donnons le nom de corps, mot qui désigne ainsi simplement le phénomène de cet objet inconnu de nous, mais qui n'en n'est pas moins effectif »¹⁰²⁹. Alors que le corps se définit toujours de manière autonome, l'âme ne se saisit que par rapport au corps. Elle ne se comprend que dans son opposition à ce corps par lequel « elle manifeste son activité ».¹⁰³⁰ L'âme n'est pas aisée à saisir puisqu'elle a pour caractéristique de ne pas apparaître et c'est là sa différence principale avec le corps. Elle est donc plus difficile à saisir que le corps¹⁰³¹ *à priori* puisque le corps se donne à voir, alors que l'âme serait plus intérieure et imperceptible par la sensibilité.

668. La définition donnée par Mme Bossi rend compte des différentes façons de concevoir l'âme. « L'âme est la *vie*, ce qui distingue le vivant, « l'animé », du monde « inanimé » (qui n'a jamais été vivant) ou des morts qui après avoir vécu, ont rendu « l'âme » ; mais elle est

¹⁰²⁷ G. HOTTOIS, *op.cit.*, p.48.

¹⁰²⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. PUF,

¹⁰²⁹ R. EISLER, *Kant-lexikon*.

¹⁰³⁰ A LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, v°Ame.

¹⁰³¹ Même si comme nous le verrons, pour Descartes, l'âme est plus aisée à connaître que le corps, parce que le corps est accessible à la connaissance par les sens, or nos sens peuvent nous tromper, alors que l'âme est la seule réalité permanente, puisque 'au moment où l'on perçoit des choses, des corps avec nos sens, ceux-ci peuvent nous tromper, mais ils ne trompent pas quelque chose, ils trompent un esprit, le fait de tromper cet esprit montre que l'esprit existe.

aussi la conscience, la pensée claire, l'esprit dont nous avons l'expérience par l'introspection, par rapport à la vie obscure des organes. Elle est « l'être humain dans ce qu'il a d'unique, d'individuel, qui lui donne une place singulière dans le monde de la nature et lui fait donc espérer une survie après la mort »¹⁰³². Cette définition résume assez bien tout ce que chacun peut voir dans l'âme, tant d'un point de vue de sa séparation d'avec le corps, que de sa supériorité par rapport au corps puisque l'âme est ce par quoi on peut espérer dans une perspective religieuse, une résurrection, elle est ce par quoi l'homme émerge du monde animal et se pose comme un être à part. C'est peut être cette difficulté à s'entendre sur le sens de l'âme qui explique la place qui lui a été accordée par un certains nombres de philosophes et aussi par la religion. En effet, ce dualisme lexical s'est souvent accompagné d'une hiérarchie des valeurs entre l'âme et le corps. L'âme s'est traditionnellement vue assignée une place privilégiée par rapport au corps, que ce soit avec la théorie platonicienne de l'immortalité de l'âme ou la vision religieuse de l'âme. Cette prévalence accordée à l'âme se retrouve en droit, avec l'idée répandue en doctrine selon laquelle pour paraphraser Pascal, la personne passe infiniment le corps. Chez Descartes, le dualisme a glissé vers un mécanisme dévalorisant pour le corps. Cette hiérarchie rend intelligible au moins en théorie une possibilité pour l'âme de se rendre possesseur du corps. Ce dernier est livré potentiellement à la techno science, puisqu'il devient une « matière mortelle » ou une machine selon les cas.

669. Si le corps est également familier au juriste, l'âme est, et demeure plus difficile à appréhender. C'est ainsi qu'elle est parfois saisie comme l'esprit, la conscience, ou la volonté, lorsqu'on ne la pose pas simplement comme : « le double occulte qui habite le corps »¹⁰³³. Quoi qu'il en soit, en droit aussi, il est une certitude partagée par tous, il y a le corps et cet autre chose indéfinissable. Il y a même en droit plus qu'un embarras à saisir l'âme, une véritable substitution des termes, puisque là où la philosophie réfléchit sur la question des rapports de l'âme et du corps, le droit introduit une distinction entre la personne et son corps. Dans la traduction juridique du débat, la personne aurait alors remplacé l'âme. Il s'agit bien souvent de poser une différenciation entre le physique et le spirituel. Il s'agit surtout d'affirmer que le corps n'est pas tout l'homme. L'homme serait alors personne et corps. Il s'agit de poser comme nécessaire l'identification en l'homme d'une personne et d'un corps, mais surtout de rendre compte que « pour le droit, l'homme n'est ni ange ni bête »¹⁰³⁴.

¹⁰³² L. BOSSI, *Histoire naturelle de l'âme, op.cit.*, p. 3.

¹⁰³³ C. LOMBOIS La personne, corps et âme. In *La personne humaine sujet de droit*. 1994, 232p.p.57- 71.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

2° La faveur du droit pour le monisme

670. La tentation dualiste à laquelle on se trouve confronté en droit ne devrait pas faire oublier que le droit a une tradition « d'adhésion spontanée au monisme ». C'est lorsque le droit force sa nature qu'il pose le corps sans la personne, c'est-à-dire qu'il est naturel en droit de voir la personne corps et âme. Il s'agit d'une juridicisation du sentiment vécu, de l'unité ressenti par chacun entre son corps et sa personne. Le droit se conforme par conséquent au vécu, l'unité de l'âme et du corps est d'abord perçue avant d'être restituée et prise en compte par le droit. Le monisme juridique porte non pas sur le fait que le corps et l'âme soient identiques, mais sur le lien qui existe entre les deux. Le monisme est alors perçu comme naturel. Il s'agit donc de voir au-delà d'une apparente dissociabilité, d'une distinction conceptuelle, une union nécessaire, naturelle et évidente. C'est la posture traditionnelle de la doctrine civiliste, relayée par une longue tradition du droit positif qui est celle de l'appréhension de la personne corps et âme. La distinction conceptuelle entre le corps et la personne intervient *a priori* elle n'en rend que plus fort le lien que l'on va tisser entre la personne et son corps. Si pour certains auteurs, il s'agit d'un lien éthique plus que juridique¹⁰³⁵, il nous semble avant tout qu'il s'agit d'un lien nécessaire et naturel. Ce lien est une évidence, tout comme la distinction conceptuelle. Ainsi, pour M. Bioy il est nécessaire de se départir de cette attitude jusnaturaliste qui consiste à poser le lien entre le corps et la personne comme ontologique. Il faut restituer à ce lien sa véritable nature. Ce lien selon lui est artificiel et ne correspond pas à la réalité du droit positif qui pose une distinction conceptuelle entre les deux notions. L'auteur parle d'une « liaison juridique fonctionnelle », une nécessité pour la « bonne cause » de la sauvegarde de la dignité de la personne.¹⁰³⁶ Loin de cette critique qui voit dans le lien entre la personne et le corps une déformation de la réalité juridique, la transcription juridique de la notion de dignité notamment en droit pénal, en ce qu'elle vise la personne désignée par son corps, inscrit la relation entre le corps et la personne dans une perspective de juridicisation du réel tel qu'il est non pas pensé mais vécu. Au dualisme rationaliste, la doctrine en majorité civiliste oppose un monisme phénoménologique, qui est corroboré tant par un sentiment partagé par tous en tant qu'êtres humains (sentiment selon lequel la personne et le corps sont indissociables) que par une tradition juridique d'adhésion spontanée à une vision unitaire de la personne et de son corps.

¹⁰³⁵X. BIOY, *op.cit.*, p.244.

¹⁰³⁶*Ibid.*, p.245.

671. Ce lien s'impose avec plus d'acuité et de vérité lorsque l'on se tourne vers la dignité qui pose une unité indiscutable entre le corps et son double incorporel. Depuis longtemps en droit, le corps témoigne de la personne. Le droit fait connaissance de la personne par son corps, puisque c'est à partir de la naissance de la personne que le droit lui reconnaît des droits et que ces droits disparaissent, sauf exception, à sa mort. Selon le doyen Carbonnier : « c'est sur le *corps humain* et la *vie humaine* qu'il doit se calquer pour reconnaître l'existence d'une personne physique »¹⁰³⁷. Le doyen Carbonnier fait du corps le « *substratum* de la personne » il souligne l'importance de la biologie dans la désignation de la personne, la volonté ne devant pas être l'élément permettant de déclencher la qualification de personne. Selon lui l'existence de la personne physique est « caractérisée par des données biologiques dont le droit ne peut que très exceptionnellement se départir (...), le corps est la personne même »¹⁰³⁸.

672. Depuis toujours, le droit protège l'homme tel qu'il lui apparaît, « en chair et en os », comme le veut la formule populaire. On comprend alors mieux pourquoi on qualifie d'abstraction, de fiction, cette définition donnée de la personne en droit, lorsqu'elle n'est pas désignée par son corps, mais par sa volonté et sa capacité à être sujet de droits et d'obligations. Le sujet de droit n'est donc pas dans cette optique la personne physique seulement. Ce que l'on recherche c'est une capacité, un lieu d'imputation des droits et obligations. Et c'est à la personne capable de jouer ce rôle que le droit va reconnaître la qualité de personne juridique. Le corps importe alors finalement bien moins dans cette hypothèse que la volonté.

673. Le droit est attiré spontanément vers une vision unie du corps et de la personne. Ce n'est que de manière exceptionnelle, lorsqu'un but précis est visé que la personne est désincarnée et que le corps devient alors accessoire pour qualifier la personne. On peut d'ailleurs prendre appui sur le fait que la personne morale, symbole parmi d'autres de la capacité juridique à déformer le réel et à construire pour les besoins de la cause des figures abstraites, symbole parmi d'autres de l'art de la fiction juridique, est construite par opposition à la personne physique, donc à la personne être corporel. Ainsi, quels que soient les termes du débat, le droit prône par conviction une vision unitaire du corps et de la personne. En dépit des affirmations selon lesquelles la personne serait plus qu'un corps elle est d'abord un corps. C'est ainsi qu'en saisissant l'homme, le droit s'empare de la personne avec son corps pour régler pour elles les conditions de sa vie en société. C'est en ce sens que l'on revendique des droits pour l'homme et que l'on parle de l'homme concret en droit, c'est donc cet homme

¹⁰³⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, PUF, 20^e édition, 1996

¹⁰³⁸ *Ibid.*

concret, *l'homme en tant que femme, homme, enfant, handicapé, noir* que le droit protège. « C'est en effet dans l'homme en devenir, dans l'homme qui a perdu ses facultés dans lesquelles on reconnaît ses qualités d'être humain, c'est dans l'homme qui souffre dans sa chair et dans son esprit, c'est dans le corps inanimé que l'esprit vient de quitter, que l'on cherche le sens profond de la dignité, sachant, au-delà de la raison qu'elle s'y trouve »¹⁰³⁹.

674. La vision moniste des rapports corps/ personne est réputé être une tradition de la doctrine civiliste, mais il s'agit également d'une tradition perpétuée par le droit pénal, qui depuis longtemps appréhende la personne en son corps, et considère le corps et la personne comme une seule et même entité. Bien loin de toute tentative d'abstraction opportuniste, c'est bien dans la concrétude de sa chair que le droit a organisé la protection en matière pénale des atteintes au corps de la personne.

B) LA DIGNITE, PRINCIPE UNIFIANT LE CORPS ET LA PERSONNE EN DROIT PENAL

675. C'est le droit pénal qui lie avec le plus de force la personne et son corps et rend le lien indélébile quelle que soit l'époque et la manière avec laquelle il fait apparaître le lien. « L'analyse des règles de droit pénal depuis le droit romain au droit moderne atteste de l'assimilation fondamentale entre le corps et la personne »¹⁰⁴⁰. L'évolution de la sanction en droit pénal témoigne du fait que la personne est appréhendée par son corps (1°) L'introduction de la dignité dans le droit pénal trahit la volonté d'une protection de la personne corps et âme (2°).

1° L'importance du corps dans la sanction en droit pénal

676. L'importance du corps pour rendre compte de la personne en droit pénal n'est plus un secret, qu'il s'agisse de punir ou de comprendre le criminel, l'histoire du droit pénal atteste de cette importance du lien entre le corps et la personne. C'est ainsi que pour certains auteurs, il faut pour comprendre l'esprit criminel, le fait criminel, observer le corps ; c'est le corps qui renseigne sur le criminel. « Le corps comme lieu d'explication et de lecture des émotions et

¹⁰³⁹B.MATHIEU, La dignité de la personne humaine : Du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel. in, A. SERIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*. PUAM, 1996, 269p. p.212-236.

¹⁰⁴⁰S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse juridique sur les droits de la personne sur son corps, op.cit.*, p.47.

des comportements, ce n'est pas la fin du XVIII^{ème} siècle ce que l'on pourrait appeler une nouveauté»¹⁰⁴¹. C'est ainsi que Cesare Lombroso dans «*L'homme criminel*» ira même jusqu'à établir une véritable théorie sur les criminels en observant leurs crânes. Ce qui va ouvrir la voie à une longue tradition d'auteurs qui vont développer l'idée d'une criminalité déterminée par une hérédité et une morphologie particulière¹⁰⁴². C'est donc en étudiant le corps du criminel que l'on peut rendre compte du phénomène criminel. Au-delà de cette vision fortement controversée de la criminologie, ce qu'il est surtout important de retenir. C'est ce lien indispensable que constate le droit pénal entre le corps et la personne. Ce lien va s'exprimer avec davantage d'acuité lorsqu'il s'agira de punir la personne qui a commis une infraction. A l'origine, le droit pénal appréhende la personne en son corps surtout s'agissant de la répression. Les peines infligées à la personne sont donc à l'origine surtout des peines corporelles, le but étant en touchant le corps d'atteindre la personne. « Il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toutes proportions gardées, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable»¹⁰⁴³. C'est alors d'abord originairement sur le plan de la répression que le droit pénal rend compte de sa vision du corps comme révélant la personne. « Un certain nombre de règles de droit pénal romain témoignent de ce que c'est souvent par son corps que le droit appréhende la personne. On voit là le signe d'une représentation juridique qui ne distingue pas entre le corps et la personne, celle-ci étant réputée « touchée » par les prescriptions juridiques prenant celle-là pour objet »¹⁰⁴⁴. Un certain nombre de peines à l'époque révolutionnaire notamment montrent cette volonté de marquer les esprits en marquant le corps de la personne. Le corps est le moyen d'atteindre la personne, le lien entre les deux est une évidence dans l'ensemble du système pénal révolutionnaire. « La notion de peine corporelle est donc une preuve éminente de la prise en compte par la règle juridique de la personne en son corps : corps et personne ne faisant qu'un, le droit pénal sanctionne la *personne* »¹⁰⁴⁵. L'idée est que la personne qui a commis une infraction doit souffrir dans son corps. C'est ainsi qu'à l'origine sont privilégiées les peines corporelles. « La peine s'est attachée au corps soit pour infliger la souffrance dans la chair même du délinquant, soit pour

¹⁰⁴¹ J.-M. LABADIR, Corps et crime de Lavater (1775) à Lombroso (1876) in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIR et A. P. PIRES *Histoire des savoirs sur le crime et la pensée*. De Boeck Université. 366p p.293-345

¹⁰⁴² *ibid*

¹⁰⁴³ C. de BECCARIA, *Traité des délits et des peines*. (1764) Genève Droz, 1965, Coll. Les classiques de la pensée politique. 80p. § XII. « But des châtiments ».

¹⁰⁴⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse juridique sur les droits de la personne sur son corps*, *op.cit*, p.47.

¹⁰⁴⁵ *Ibid*, p.49

mettre fin à sa vie »¹⁰⁴⁶. C'est ainsi que de nombreux supplices sont infligés au délinquant, de la mutilation à la peine de mort, rien ne lui est épargné. La révolution amène avec elle un adoucissement des peines. On considère désormais que : « ces spectacles cruels dégradent les mœurs publiques, sont indignes d'un siècle humain et éclairé ; la raison et la philosophie les prescrivent »¹⁰⁴⁷. Cependant, ces peines corporelles sont réintroduites avec le Code pénal de 1810 qui prévoit notamment l'amputation du poing droit du parricide avant l'exécution capitale, et à titre de peine complémentaire, la marque ou la flétrissure pour tous les condamnés aux travaux forcés. Il faut attendre 1832 pour que toute mutilation soit supprimée de l'arsenal répressif, et 1981 pour que la peine de mort soit abolie¹⁰⁴⁸. Cela ne signifie par pour autant que le corps n'est plus mis à contribution dans l'exécution de la sanction. En effet, placée au cœur du système répressif depuis l'époque révolutionnaire, la privation de liberté atteste, une fois encore du fait que le corps répond de la personne. Or il s'agit purement et simplement d'une peine qui s'adresse au corps, c'est le corps qui est en prison et partant la personne.

677. La disparition des peines corporelles n'emporte pas disparition de toute trace de monisme dans le droit pénal. Il faut alors se tourner vers la protection de la personne pour retrouver une manifestation de l'adhésion du droit pénal au monisme. La protection de la personne par le droit pénal prend traditionnellement la forme d'une protection contre les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle de l'homme. C'est ainsi que dans le livre II du Code pénal qui traite des « crimes et délits contre les personne », on retrouve un certain nombre d'infractions qui concernent les atteintes au corps humain¹⁰⁴⁹. Le corps est donc bien la cible privilégiée des atteintes à la personne. C'est par lui que la personne est atteinte, il est donc normal qu'une protection juridique de la personne soit une protection du corps.

2° La protection de la dignité dans le Code pénal : une protection de la personne par son corps.

678. Le nouveau Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 à est souvent présenté comme un Code humaniste. Alors que l'ancien Code débutait par les infractions contre la chose publique, l'ordre des priorités s'est inversé puisque dans le nouveau Code pénal, c'est la

¹⁰⁴⁶ F.-J. PANSIER, *La peine et le droit*. PUF, QSJ, 1994, 127p. p.19

¹⁰⁴⁷ Lepeltier de Saint-Fargeau, cité par P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, 2^e édition, 2001, 479p, p.81.

¹⁰⁴⁸ La loi n° 2007-239 du 23 février 2007 insère cette interdiction dans l'article 66-1 de la constitution.

¹⁰⁴⁹ Voir J.-M. AUBY, L'autorité judiciaire gardienne du corps humain ? in *L'unité du Droit*. Mélanges Drago. Economica, 1996, 486p. p.353-367.

personne humaine qui est l'objet de toutes les attentions. Ce code conçu dans le but de refléter « les valeurs de notre temps »¹⁰⁵⁰, ne pouvait pas faire l'impasse sur la notion de dignité. Absente de l'ancien Code pénal et de la jurisprudence pénale¹⁰⁵¹, la notion de dignité se voit consacrée un chapitre entier dans le nouveau Code pénal. Il s'agit du Chapitre II du livre II (Des crimes et délits contre les personnes) du Code Pénal, intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ». La surprise ne vient pas de l'introduction de la notion dans le code, mais du choix effectué de consacrer un chapitre spécifique à la notion. Le législateur n'apporte pas de solution à l'absence de définition de la notion. Il choisit une voie détournée pour protéger la dignité. Il rattache précisément des infractions bien définies à l'atteinte de la dignité. Le législateur sélectionne les infractions au gré de ses convictions, de ses certitudes. On peut cependant s'interroger sur l'absence de certaines infractions de ce chapitre. En effet, il est difficile de voir dans les infractions visées les seules atteintes possibles à la dignité. D'autres infractions auraient dû y figurer, qu'il s'agisse des actes de torture ou de barbarie, des crimes contre l'humanité (traditionnellement rattachés à la notion de dignité)¹⁰⁵², ou encore du viol ou des agressions sexuelles dans leur ensemble. Il ne s'agit pas tant d'affirmer que toutes ces infractions relèvent de l'atteinte à la dignité que de soutenir que le choix du législateur ne relève pas véritablement de certitudes sur ce que peut être la dignité, mais traduit plutôt des choix politiques démontrant plus que jamais que ce Code pénal est surtout un texte de circonstances. Le législateur ayant pris le parti bien trop souvent en matière pénale de « légiférer pour le présent »¹⁰⁵³. C'est ainsi qu'au titre des atteintes à la dignité se retrouvent regroupées un certain nombre d'infractions qui constituent autant de réponses aux préoccupations de la société sur tel ou tel fait qui empoisonne la vie en commun.

679. Il ressort de l'étude des infractions figurant dans le chapitre relatif à la dignité, que les critères mis en avant « intègrent la dualité de l'être humain à savoir l'aspect tangible, le *corpus* et l'aspect moral l' *animus* »¹⁰⁵⁴. En effet, la notion de dignité telle qu'elle est consacrée par le législateur renvoie à une vision de la personne confondue à son corps. « La dignité tend à donner au corps humain une valeur qu'il n'avait pas auparavant, en permettant à travers certaines incriminations, de s'opposer à la réification de la personne humaine dans

¹⁰⁵⁰R. BADINTER, *Projet de Nouveau Code Pénal* cité par H. LECLERC, *Le Nouveau Code pénal*. Editions du Seuil, 1994, 350p.p.10.

¹⁰⁵¹ Voir en ce sens G. VERMELLE *Emergence de la Dignité*, in M. Danti-Juan (dir.) *Dix ans après la réforme de 1994, Quels repères dans le Code Pénal ?* Editions Cujas, 2005, 255p.

¹⁰⁵² Voir en ce sens la thèse de F. ABIKHZER *La notion juridique d'humanité*. L'auteur y assimile purement et simplement dignité et humanité.

¹⁰⁵³ H. LECLERC, *Le Nouveau Code pénal, op.cit.*, p.18

¹⁰⁵⁴ D. VIRRIOT-BARRIAL *Dignité de la personne humaine, J-cl. Pénal.*, 2004

son corps»¹⁰⁵⁵. C'est ainsi que la dignité peut être considérée comme une « valeur expressive dans la protection pénale corporelle, (...) elle tend à donner au corps humain une valeur qu'il n'avait pas auparavant, en permettant à travers certaines incriminations de s'opposer à la réification de la personne humaine dans son corps ». ¹⁰⁵⁶ La personne visée au titre de cette protection est donc un homme concret, l'« homme en tant que » et la situation dans laquelle il se trouve justifie l'intervention du droit pénal. Le corps de la personne est donc au premier plan. La protection mise en place vise alors l'interdiction de réifier le corps, mais aussi l'interdiction de rejeter le corps de l'autre.

680. C'est le corps qui permet la qualification pénale de l'infraction comme nous tenterons de le démontrer au travers de deux exemples : la protection de la personne contre les discriminations (a), qui constituent un rejet de l'autre et la protection de la personne contre des conditions de travail ou d'hébergement indignes, qui constituent une réification de l'autre (b).

a) Les discriminations

681. C'est la loi du 1^{er} juillet 1972 qui fait entrer l'interdiction des discriminations dans le droit pénal. La matière a été modifiée à de nombreuses reprises, le législateur étant intervenu pour élargir l'incrimination et faire face à l'apparition de nouvelles formes de discriminations¹⁰⁵⁷. Les discriminations figurent à la fois dans le Code du travail et dans le Code pénal, parce que 45% des réclamations concernent l'emploi¹⁰⁵⁸. L'article 225-1 du Code pénal dispose ainsi que « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». M. Veron a regroupé les comportements fustigés au titre des discriminations en trois catégories : le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ou subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à l'un des éléments visé à l'article

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ D. VIRRIOT-BARRIAL, Dignité de la personne humaine, *J-cl. Pénal.* 2004

¹⁰⁵⁷ M. VERON, *Droit pénal spécial*, Armand Colin, 11^e édition, 2006, 409p.

¹⁰⁵⁸ pour une étude plus approfondie de la dignité comme fondant l'interdit de la discrimination, voir B. VAN-ROMPU *La dignité de la personne humaine dans les relations de travail*. Thèse dactylographiée, Lille, 2006, 639p.

225-1, le fait de refuser d'embaucher, de sanctionner, ou de licencier une personne ou subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur un élément discriminatoire visé par l'article 225-1, et enfin le fait d'entraver l'exercice normal d'une activité économique¹⁰⁵⁹. Pendant longtemps les discriminations se sont vues appréhendées au titre du non respect du principe constitutionnel d'égalité, prévu notamment par la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 17 août 1789¹⁰⁶⁰. Le rattachement de la lutte contre les discriminations au principe de dignité est relativement récent, ce n'est qu'à la faveur de la réforme du Code pénal qu'un tel rattachement a été effectué. Il s'agit d'un choix opéré par le législateur pénal *a posteriori* puisque contrairement notamment à certaines autres infractions, notamment, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité¹⁰⁶¹ ou encore la traite des êtres humains¹⁰⁶², les discriminations étaient prises en compte par le droit pénal avant l'introduction dans le code pénal de la notion de dignité, sauf à penser avec certains auteurs que la présence de la notion y était explicite¹⁰⁶³.

682. Il ne s'agit pas de mener une étude approfondie de l'interdiction des discriminations, mais plutôt au travers de l'exemple des discriminations de montrer que le rattachement volontaire fait par le législateur atteste d'un parti pris moniste, et d'une volonté de protéger la personne en son corps. Au travers de la prohibition des discriminations, c'est la condamnation sévère du rejet de l'autre par le législateur. Le corps rend possible la discrimination puisque c'est par un rejet du corps que s'exprime la discrimination. Les motifs visés par la loi, qu'il s'agisse de l'âge, du sexe, de l'état de santé, du handicap (...) c'est par le corps que l'auteur de l'acte discriminatoire est informé c'est le corps qui fournit malgré lui le motif discriminatoire.

683. C'est parce que la discrimination est rejet de l'autre et négation de l'appartenance de ce dernier en quelque sorte à la communauté humaine qu'elle constitue une atteinte à la dignité. En effet il s'agit de ne pas reconnaître ce qui chez l'autre est identique et irréductible à la différence. « On voit surgir un nouveau concept qui réside dans le refus du droit à la différence entre les hommes, ce qui tendrait à nier l'humanité qui existe dans chaque homme et à remettre en cause le concept d'égalité »¹⁰⁶⁴. C'est ici l'enveloppe corporelle qui n'est pas acceptée et partant la personne qui est niée. Même si pour certains auteurs la discrimination,

¹⁰⁵⁹ M. VERON, *Droit pénal spécial, op.cit.*

¹⁰⁶⁰ art.1 : Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Art 6 : La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle punisse.

¹⁰⁶¹ Artt.225-13 et 225-14 du Code pénal.

¹⁰⁶² Art. 224-4-1 du Code pénal.

¹⁰⁶³ Voir nos développements *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre 2, Section 2, II, A.

¹⁰⁶⁴ D. VIRRIOT-BARRIAL, Dignité de la personne humaine, *J-cl. Pénal.*, 2004.

qui est sanctionnée en tant qu'elle traduit la négation d'un droit à la différence, relève de « la protection pénale extracorporelle »¹⁰⁶⁵, nous pensons que ce droit à la différence est un droit à la différence du corps, puisque dans l'hypothèse de la discrimination plus de la moitié des critères visés par l'article 225-1 concernent le corps. C'est bien souvent le corps qui est différent, c'est le corps qui laisse deviner la différence. Sans l'entremise du corps, pas de discrimination en raison de l'âge, du sexe, du handicap, de l'état de santé, de la grossesse.

b) Les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité

684. A côté de ce rejet de l'autre par son corps, le droit pénal protège également la personne contre une réification, qui ne peut être que celle du corps. Le refus de la réification du corps n'est que la traduction pénale de l'impératif kantien¹⁰⁶⁶. Ce qui va choquer et par conséquent être sanctionné, c'est le fait de réduire la personne à un objet, de l'humilier, de la rabaisser à un rang qui n'est donc pas le sien, de la placer à un niveau inférieur à celui auquel est éligible chaque personne humaine.

685. Si le travail est aujourd'hui considéré comme participant de la dignité de la personne¹⁰⁶⁷, une certaine méfiance a été longtemps entretenue autour du contrat de travail, parce qu'il avait pour objet le corps de la personne. M. Supiot constate ainsi « Force est de reconnaître qu'il s'agit du corps du salarié et si la théorie juridique ne le dit pas ou le murmure à peine, le droit positif trouve là sa pierre angulaire. (...) La personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié. Le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat. »¹⁰⁶⁸ C'est ce qui explique, entre autres, qu'une attention toute particulière soit portée aux conditions d'exécution du contrat de travail. En effet, l'idée est répandue que « la dignité du salarié c'est d'abord et avant tout son intégrité corporelle et physique »¹⁰⁶⁹.

686. Les articles 225-13 et 225-14 du Code pénal, introduits par le Nouveau Code pénal visent à protéger les personnes dont la vulnérabilité ou dont l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur de l'infraction. Sont incriminés : le fait d'obtenir de ces

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶⁶ Voir nos développements supra Première partie, Titre second, Chapitre 2 section 2. Voir également nos développements Deuxième partie, Titre second, Chapitre 1, Section 1, .I

¹⁰⁶⁷ Voir nos développements en ce sens, Deuxième partie, Titre premier, Chapitre 2 section 2

¹⁰⁶⁸ A. SUPIOT, *Critique du droit, du travail*. PUF, 1994, 280p.p. 55.

¹⁰⁶⁹ F. LE GUNEHÉC, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine, *J-CL Pénal*, 1996.

personnes « la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli (art.225-13), ainsi que le fait de soumettre ces personnes à des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (art. 225-14). Ces incriminations s'inscrivent bien dans la logique constitutionnelle de protection de la dignité contre toute forme d'asservissement. Elles ont été introduites dans le Code pénal pour lutter contre les nouvelles formes d'esclavage ayant été révélées au cours d'un certain nombre d'affaires rendues publiques, notamment par les médias. Il faut bien comprendre que ce qui choque derrière ces pratiques, ce n'est pas tant la fraude à la législation en matière de rémunération que la réification de la personne. L'élément déterminant lors de la condamnation pour conditions de travail contraires à la dignité ne sera pas la rémunération, mais le fait véritablement de réifier la personne. C'est là que le droit pénal se démarque du droit du travail. Avec ces infractions, « il n'est pas question de sanctionner les dispositions relatives au salaire telles qu'elles sont contenues dans les lois sociales. L'incrimination a un autre objet, qui est de protéger la dignité de la personne, ce qui correspond à toute situation revenant à priver quelqu'un d'une légitime rémunération, peu importe ses modalités qu'elles soient ou non en rapport avec le droit du travail »¹⁰⁷⁰. C'est ce que la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 4 mars 2003.¹⁰⁷¹ Il s'agissait d'une jeune togolaise employée depuis l'âge de seize ans par un couple français. La Cour a souligné que le simple fait qu'il y ait une rémunération, quelles qu'en soient les modalités suffit à faire écarter l'application de l'article 225-14. Cette solution s'explique parce qu'au fond : « L'indigne ce n'est pas traiter la personne en faisant simplement fi des règles qui protègent ses intérêts. C'est dégrader la personne elle-même. C'est traiter l'homme en chose, en marchandise, en piétinant les principes qui le posent comme être humain vivant ou mort. L'indigne c'est nier l'homme, le réifier ou peut-être pire le réduire à l'état de sous-homme »¹⁰⁷².

687. Cette introduction de la dignité dans le droit pénal n'est qu'une confirmation, si cela était nécessaire que la dignité est celle de la personne en tant qu'elle est unie à son corps, elle protège le corps et la personne et unit les deux entités du fait de leur commune humanité. La dignité impose de dépasser le dualisme lexical pour protéger dans le même élan et avec la

¹⁰⁷⁰ Y. MAYAUD, obs. sous Cass.crim. 11 déc. 2001, *RSC*, 2002, p. 324.

¹⁰⁷¹ Y. MAYAUD, *op.cit.*

¹⁰⁷² G. VERMELLE, *Emergence de la Dignité*, in M. Danti-Juan (dir.) *Dix ans après la réforme de 1994, Quels repères dans le Code Pénal ?* Editions Cujas, 2005, 255p.

même intensité le corps et la personne. Ce qui révolte c'est cet avilissement du corps, ce mépris du corps auquel on associe de manière naturelle et normale la personne. Derrière le corps supplicié, avili, c'est la personne qui est menacée. On ne peut alors à la fois promouvoir la dignité, en faire un principe intangible auquel on ne peut déroger, et proposer de faire sortir le corps de son giron protecteur. C'est pourquoi toute mise à disposition du corps doit passer par une disqualification de celui-ci et c'est ce à quoi s'attelle le législateur. En disqualifiant le corps au profit de la personne, il réserve à celle-ci la dignité qu'il ne reconnaît plus à celui-là. Cependant les susceptibilités sont ménagées, puisqu'on nous soutient que la dignité n'est pas menacée, le corps n'étant pas la personne, intervenir sur lui ce n'est pas porter atteinte à la personne. L'intangibilité est sauve puisque la personne est définitivement à l'abri quel que soit le sort réservé au corps. Une telle façon de procéder ne correspond pas à la réalité mais est essentiellement destinée à permettre la mise à disposition du corps. Elle doit interpellier surtout lorsque la dignité est posée comme principe directeur de telles pratiques. L'honnêteté voudrait alors que l'atteinte à la dignité soit reconnue, justifiée par l'intérêt supérieur de la personne. Car ce qui est peut-être plus révoltant que l'atteinte portée à la dignité, c'est le refus de reconnaître cette atteinte et les tentatives de travestir l'atteinte en postulant une dissociation peu convaincante du corps et de la personne. C'est pourtant ce que le droit positif propose pour répondre ainsi aux attentes d'une science poussant toujours plus loin les interventions sur l'humain. La dignité est alors déplacée du fond vers la forme.

SECTION 2

LA DIGNITE RELEGUEE A LA PROTECTION DU FORMALISME

688. Une nouvelle approche de la dignité émerge. La logique est désormais formaliste. La dignité traditionnellement pose des interdits pratiques et concrets. Ce sont des pratiques qui sont contraires à la dignité et pas nécessairement la manière dont elles se déroulent. Les exigences de dignité sont concrètes, mais parfois trop contraignantes ; elles peuvent constituer un frein pour le progrès scientifique. Il a donc fallu trouver des astuces, parce que le droit ne peut se montrer l'ennemi de la dignité. Il faut au moins donner l'illusion que c'est la dignité qui s'impose au droit, même si dans les faits, le droit impose sa loi à la dignité. Cette hypothèse que nous émettons (I) a été formulée à partir d'une observation de l'évolution du droit positif, et nous l'illustrerons à partir de deux exemples précis, le don d'organes et la stérilisation à visée contraceptive des personnes handicapées mentales (II)

§ 1 : LA CONSTRUCTION DE L'HYPOTHESE

689. Le principe de dignité, même affaibli par la juridicisation, n'en constitue pas moins un principe que l'on ne peut pas bafouer impunément, il faut alors maquiller le « crime ». Le droit a donc dû fournir des alibis, il s'agit tout d'abord de la remise à l'ordre du jour d'une vision dualiste des rapports de l'âme et du corps (A), l'attention va ensuite être détournée vers l'encadrement de la pratique, le respect du formalisme étant érigé en impératif de dignité (B).

A) L'ALIBI DUALISTE

690. Le dualisme apparaît bien comme un alibi parce que le droit positif est comme nous l'avons vu traditionnellement attaché à une vision moniste des rapports du corps et de la personne. Il ne va procéder à une mise à disposition du corps que pour les besoins de la science. L'ébranlement dualiste est donc une réalité que l'on ne peut que constater à défaut de l'approuver. Ce que l'on peut noter c'est un dualisme de complaisance plus que de conviction, un dualisme de nécessité plus que de raison. On ne peut à la fois poser la dignité

comme principe incontournable et limitant les interventions sur le corps de la personne, et reconnaître ouvertement y porter atteinte. Le dualisme est un subterfuge qui permet de redéfinir les conditions d'atteinte à la dignité en excluant le corps et en insistant sur la permanence de la personne, pour pouvoir se livrer légalement à un dépeçage du vivant.

691. Le droit ne dirige plus, il se contente de suivre les progrès de la science afin de rendre le possible permis. « A l'heure actuelle, le travail du législateur semble surtout destiné à assurer l'acceptabilité des techniques nouvelles en donnant des gages de leur bonne utilisation. Le droit s'adapte bien, résiste peu. Après avoir transformé la nature en « technonature » avec les avantages et les inconvénients que l'on connaît, le droit de la technoscience permet aujourd'hui au sujet humain de se reconstruire en objet technique. La personne est donc désormais sujet et objet, ce qui reconstitue la structure mentale de l'esclavage »¹⁰⁷³. L'alibi dualiste est utile pour poser une permanence de la personne malgré les modifications subies par son corps. Cette permanence de la personne est censée rassurer et porte en elle toutes les promesses de respect de la dignité de la personne humaine. On a pu relever deux étapes, la première a consisté à réaffirmer la distinction de la personne et de son corps. Le corps ainsi mis à distance de la personne (1°), s'est vu dans un second temps, soumettre au pouvoir de cette dernière, il a été mis à disposition de la personne (2°).

1° La consécration par le droit de la distinction du corps et de la personne.

692. Le droit dans son adhésion au dualisme est largement influencé par les progrès de la science sur le corps. « L'art médical attendait une clarification de la frontière du permis et de l'interdit sous réserve qu'elle lui permette de poursuivre sur le corps une œuvre qui ne doive rien à la personne »¹⁰⁷⁴. C'est là toute la difficulté à laquelle on se trouve confronté en droit. Il s'agit de permettre d'agir sur le corps de la personne tout en ménageant la dignité de la personne. Pour résoudre cette difficulté, le droit pose la dissociabilité de la personne et de son corps.

693. L'identité du corps et de la personne est rejetée par une partie de la doctrine juridique, pour laquelle, le corps n'est pas la personne ; le corps et la personne sont deux notions juridiques de factures très différentes et ne sauraient se confondre en une seule notion¹⁰⁷⁵. Certains auteurs revendiquent une appréhension du corps et de la personne comme deux

¹⁰⁷³ M-A. LHERMITTE, Pouvoirs sur la vie, pouvoirs sur la mort, les rôles du droit, in Y. MICHAUD (dir.) *Qu'est-ce que l'humain ?* Odile Jacob, 2000, p.539-548.

¹⁰⁷⁴ X. BIOY, *op.cit.*, p.5

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p.238

entités indépendantes, en affirmant qu'assimiler le corps à la personne revient à « réduire la personne à son corps ». Ce qui n'est pas acceptable. La personne juridique est alors une fiction nécessaire à fixer le sujet de droits et d'obligations. « L'opération intellectuelle qui permet de concevoir la personne fut authentiquement une œuvre d'abstraction, à entendre en son sens étymologique de ce qui est tiré hors de la réalité sensible, c'est dire- l'homme identifié par le corps »¹⁰⁷⁶. Le dualisme s'inscrit alors contre une réduction de la personne à son double corporel. L'identité du corps et de la personne est critiquée par les tenants d'une vision dualiste en ce qu'elle serait réductrice. Ce serait réduire le juridique au biologique, et certains auteurs à l'instar de M. Labbé mettent en garde contre une telle assimilation qui constitue « un piège à éviter »¹⁰⁷⁷. « Si le corps semble effectivement indissocié de la personne, il n'en n'est pas le synonyme »¹⁰⁷⁸. Selon l'auteur, tous les hommes sont en principe sujets de droits, cette qualité est la même pour tous et est indépendante de l'aspect physique de la personne. Pour M. Aurel il ne faut pas tomber dans le « piège de la cohésion entre la personne et un même corps. (...) En voyant le corps toujours accolé à la même personne (...) nous serions tentés de croire que le corps fasse partie de la personne, en possède les propriétés »¹⁰⁷⁹. L'auteur va même plus loin en dévalorisant le corps lorsqu'il affirme que : « l'étude de la personne est la possibilité de purifier de l'élément personnel et de le débarrasser du robot protoplasmique dans lequel il se trouve enserré »¹⁰⁸⁰.

694. Pour d'autres auteurs, le dualisme est purement et simplement déduit de la réalité du droit telle que révélée par l'analyse du droit positif. Pour M. Bioy les théories monistes sont désavouées par le droit positif qui consacre de manière très nette la distinction de l'âme et du corps. L'auteur dénonce le caractère passéiste de la tradition moniste et son inadéquation avec le droit actuellement en vigueur. Il affirme ainsi : « Il semble néanmoins qu'aujourd'hui après intervention du législateur qui d'une part fait du corps humain une entité à part entière en droit positif et d'autre part perpétue l'affirmation selon laquelle il existe une union ontologique fondamentale entre le corps et la personne, l'ordre juridique ne parvient plus à garantir cette union au moyen du principe d'indisponibilité. En effet, l'objectivation juridique du corps humain est maintenant devenue une réalité juridique. La règle juridique semble avoir entériné la réalité de certains usages du corps qui lui a été imposé, notamment par la

¹⁰⁷⁶ J-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*. Editions du Seuil, 1993, 244p.

¹⁰⁷⁷ X. LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*. Presses universitaires de Lille, 1990, 447p., p. 49.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p.49

¹⁰⁷⁹ D. AUREL, *Structure de la personne humaine. Limite actuelle entre la personne et les choses*. PUF, 1955, 145p.p. 50.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 48.

représentation médicale de celui-ci. (...) Dès lors, il faut bien reconnaître que le cadre conceptuel dans lequel s'inscrit la réflexion juridique est bien marquée du sceau d'une représentation dualiste personne/ corps »¹⁰⁸¹. La distinction conceptuelle mise en avant par M. Bioy qui y voit la réalité de la conception que le droit positif a des rapports de la personne et de son corps, traduit, dans une certaine mesure, une tendance actuelle du droit positif à accentuer la distance entre le corps et la personne. Mais il ne s'agit que de la manière dont le droit positif pose à un moment donné les rapports du corps et de la personne, et cette distinction conceptuelle est bien loin de restituer toute la réalité de ce droit positif. En effet, le droit traditionnellement attaché à une vision de la personne humaine comme un tout, se laisse déborder par le progrès scientifique et tente tant bien que mal de limiter les dégâts sur le plan du respect des principes éthiques primordiaux au rang desquels figure la dignité. M. Bioy n'a peut-être pas tort lorsqu'il reproche aux partisans d'une vision unitaire du corps et de la personne d'imputer à tort un tel lien au droit positif, puisqu'en l'état actuel du droit positif, il existe plutôt des preuves d'une distinction entre le corps et la personne. Cependant, cet attachement du droit positif à une distinction nette du corps et de la personne est surtout vrai en droit de la biomédecine, et est bien loin de traduire toute la réalité juridique¹⁰⁸².

695. Ces démonstrations sont séduisantes, mais elles ne font que confirmer notre hypothèse d'un alibi dualiste. Cette « faveur faite au dualisme » par le droit positif est bien au contraire caractéristique de cette tendance du droit à céder au dualisme pour justifier l'injustifiable. Ce dualisme est déculpabilisant : puisque le corps est détachable de la personne, alors on peut disposer de ce dernier sans porter atteinte à la personne. La dignité serait sauvée ! Une telle attitude est surtout une façon de porter atteinte à la dignité tout en affirmant le contraire. Et le dualisme est un alibi de poids. On se laisserait facilement prendre au jeu des mots si nos sens ne nous réveillaient de la léthargie dans laquelle ces présentations de l'indépendance du corps et de la personne nous plongent. En effet, ce n'est pas parce que la pratique du don d'organes est largement répandue qu'il ne s'agit plus d'un dépeçage de l'humain. La pratique est légalisée mais la légitimation ne fait dans ce cas pas disparaître l'atteinte à la dignité. L'atteinte à la dignité est légitimée, excusée, comme le meurtre en son temps par la légitime défense. Il ne faut certes pas assimiler la personne à son occurrence biologique, cependant, la personne n'en n'est pas moins aussi son corps. Il y a un lien entre la personne et son corps que ne peut faire disparaître aucune conception dualiste. Ce lien est de l'ordre du ressenti et du vécu. Ce lien c'est la notion de dignité qui en rend d'ailleurs le mieux compte.

¹⁰⁸¹ X. BIOY, *op.cit.*, p.238.

¹⁰⁸² Voir en ce sens nos développements, supra, Deuxième partie, Titre second, Chapitre 2, Section 1, II.

696. C'est là tout l'intérêt du dualisme : permettre une mise à distance du corps, propice à une mise à disposition de ce dernier tout en assurant la permanence de la personne. « Sur fond d'un dualisme âme-corps, on aura tendance à abandonner à la biomédecine la part biologique de l'homme, une vie qui n'a plus rien de sacré, et à se concentrer sur la personne comme un site, un foyer de valeur inséré dans des représentations sociales. »¹⁰⁸³ De l'affirmation selon laquelle le corps *n'est pas* la personne, à l'idée selon laquelle le corps *est à la personne*, il n'y avait qu'un pas, franchi au travers de la revendication du droit de « disposer de soi ». Le dualisme constitue alors un alibi qui permet la mise à disposition du corps.

2° La mise à disposition du corps

697. La revendication d'un droit de disposer de soi¹⁰⁸⁴ porte sur la disposition du corps et passe donc par une objectivation du corps, on ne peut disposer d'une personne, on ne peut que disposer d'un corps. La mise à disposition du corps passe donc par la reconnaissance d'un droit à disposer de soi, mais également par la possibilité d'agir sur le corps, de dépecer le corps. Mme Marizano-Parisoli distingue deux acceptions pour le droit de disposer de son corps : « dans une acception *minimaliste*, un droit de disposition que le sujet exercerait sur différents éléments de son corps ; on songe ici aux organes, aux produits et éléments du corps humain, aux fonctions reproductives, voire au corps dans sa totalité dans le cas de l'expérimentation biomédicale. Mais elle peut également signifier dans une acception *maximaliste*, un droit de disposer de sa vie, notamment de manière tout à fait radicale, en y mettant fin »¹⁰⁸⁵.

698. S'il ne fait aucun doute que la personne est hors commerce¹⁰⁸⁶, indisponible, inaliénable, incessible, qu'elle cumule toutes les qualifications juridiques qui permettent de rendre compte de la mise hors de disposition quel qu'en soit le motif, quelles que soient les modalités, le corps quant à lui fait l'objet d'un débat. La notion de mise à disposition du corps est assez large pour inclure toutes les pratiques qui consistent en une certaine distanciation entre le corps et la personne, et qui conduisent à instaurer entre les deux un rapport de dominant à

¹⁰⁸³ D. FOLSCHÉID, J-J. WUNENBURGER, Le nouveau contexte éthique de la médecine. in D. FOLSCHÉID, B. FEUILLET-LE MINTIER et J-F. MATTEI (dir.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, p.159-172.

¹⁰⁸⁴ Sur l'existence d'une telle revendication, voir la thèse de S. HENNETTE-VAUCHEZ, *op.cit.*

¹⁰⁸⁵ MM. MARZANO-PARISOLI, *Penser le corps*. PUF, 2002, 181p, p.119.

¹⁰⁸⁶ Voir notamment pour une étude plus approfondie de l'indisponibilité de la personne, voir notamment I. MOINE *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*. LGDJ, 1997, 438p. ; voir également S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse juridique sur les droits de la personne sur son corps, op.cit.*

dominé. Ceci est contraire à la dignité humaine, mais organisé de façon à ce que la dignité apparaisse préservée. Il est vrai que la Cour de cassation statuant en assemblée plénière a dans un arrêt du 31 mai 1991 posé le principe de l'indisponibilité du corps humain. La haute juridiction a invalidé, sur le fondement de l'article 1128, une convention de mère porteuse¹⁰⁸⁷. Cependant, cet arrêt n'est pas parvenu à poser un principe général d'indisponibilité, puisque cette indisponibilité est de plus en plus remise en cause, d'abord par la légalisation du don d'organes, mais également par une multiplication de dérogations au principe. A tel point qu'à l'instar de Mme Hennette- Vauchez, on peut souligner que ce principe semble revêtir un caractère plus incantatoire que véritablement juridique.¹⁰⁸⁸ M. Baud soutient par ailleurs que le recours à l'article 1128 du Code civil pour fonder l'indisponibilité du corps ne s'avère pas très judicieux. « La doctrine française démontre que le corps est une chose en voulant affirmer le contraire (...) A chaque fois que l'on invoque l'article 1128 du Code civil à propos de l'être humain, on affirme que son corps est une chose »¹⁰⁸⁹.

699. L'ébranlement dualiste se poursuit par une revendication d'un droit de disposer de soi, qui porte nécessairement sur le corps. Le droit répond diversement à ces demandes. Il s'agit de mettre le corps à distance de la personne, puis à disposition d'abord de la personne rattachée à ce corps ou à disposition de la collectivité lorsque cela s'avère nécessaire. « La dimension gestionnaire de la médecine présuppose que les personnes soient aussi traitées comme des choses, des biens, qui relèvent de la catégorie de « l'avoir » et non plus de « l'être ». On ne peut en effet gérer que ce que l'on *a* et non ce que l'on *est*. Il suffit donc d'appréhender n'importe quelle réalité sous l'angle de l'avoir pour que l'on puisse la considérer comme un *bien* et que sa gestion devienne possible »¹⁰⁹⁰.

700. Le corps s'est vu reconnaître un statut juridique alors qu'il était pendant longtemps innommé du droit positif. Si le législateur de 1994 le sort de l'ombre, ce n'est pas pour le protéger, mais bel et bien pour le mettre à disposition, de la personne, de la science et de la collectivité. La seule façon de disposer du corps est alors de faire du corps une chose. Ce n'est pourtant pas ce qu'affirment certains auteurs qui voient bien au contraire dans l'objectivation juridique du corps, le moyen le plus efficace d'assurer sa protection. Pour M. Baud, le fait de reconnaître à la personne un droit de propriété sur son corps revient à protéger

¹⁰⁸⁷ Cass.civ. 31 mai 1991. *D.* 1991, jurisp p.417, note Thouvenin, *JCP. G* II, 21752, note Terré.

¹⁰⁸⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *op.cit.*, p. 70 ;

¹⁰⁸⁹ J-P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*. Editions du Seuil, 1993, 244p., p.26. Pour l'auteur, il est impossible d'affirmer que le corps n'est pas une chose et tirer argument d'un article du Code civil qui traite des choses qui ne sont pas dans le commerce.

¹⁰⁹⁰ D. FOLSCHIED, J-J WUNENBURGER. La gestion des corps, in D. FOLSCHIED, B. FEUILLET-LE MINTIER et J-F. MATTEI, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, 605p. P.209-220

de la manière la plus efficace la dignité de la personne humaine.¹⁰⁹¹ Pour certains il ne fait aucun doute « Si l'on veut à la fois préserver la dignité humaine et définir le statut de ce qui circule du corps, il faut adopter la fiction du corps-chose et classer parmi les choses hors commerce le corps dans sa globalité ou certaines de ses parties dès lors que l'on souhaite éviter leur marchandisation »¹⁰⁹². Pour certains, le débat n'est pas sur le point de savoir si le corps est une chose ou non, il l'est assurément. Ce qu'il faut c'est reconnaître à la personne qui « habite » ce corps des droits sur celui-ci, afin d'assurer à cette personne en quel que sorte un pouvoir exclusif sur son bien. « Il est essentiel que l'on reconnaisse à l'esprit un droit de propriété sur cette machine pour les simples et seules raisons : qu'il est incorporé à cette machine ; qu'il en est en général le seul occupant ; qu'il ne peut en changer¹⁰⁹³. Cette objectivation juridique du corps n'a pas pour but contrairement à ce que soulignent ces auteurs de protéger le corps, mais il s'agit à notre sens bien, d'organiser juridiquement cette mise à disposition de l'homme par son corps.

701. Le dualisme juridique enlève au corps sa sacralité, il le démythifie. Il lui enlève sa dignité et la place ailleurs notamment, dans la volonté. L'alibi dualiste se double alors d'un alibi formaliste.

B) L'ALIBI FORMALISTE

702. Le droit de la bioéthique, ayant disqualifié le corps assure la primauté de la personne faisant de la volonté, par le biais du consentement, une notion centrale. (2°) Cette exigence incontournable d'un consentement libre et éclairé s'inscrit dans une logique formaliste plus large (1°).

1° L'exigence d'un formalisme strict : garantie suffisante du respect de la dignité ?

703. La dignité, devant l'avancée de la médecine et de la science en général, semble être devenue un principe trop contraignant. Ce principe ne semble pas permettre toutes les opérations sur l'homme. Il ne permet pas que l'homme puisse disposer de son corps. Ce que la dignité protège c'est tout l'homme, et ce n'est pas seulement l'âme ou l'esprit parce que

¹⁰⁹¹ J-P. BAUD, *op.cit.*, p.22.

¹⁰⁹² C. CRIGNON-De OLIVEIRA, M. GAILLE-NIKODIMOV, *A qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit*. Les Belles Lettres, 2004, 295p, p.134-135.

¹⁰⁹³ M. LEMENNICIER, Le corps humain : Propriété de l'Etat ou propriété de soi ? in *Droits*, 1991, t. 13, p. 111-121.

l'âme ou l'esprit n'est pas tout l'homme. Cette exigence est bien prise en compte par le droit positif. Ce dernier « ne s'accorde pas à l'idée d'une relation de la personne physique à elle-même, encore moins d'une partie d'elle-même. *Je ne suis pas propriétaire de mon corps, puisque mon corps c'est moi*, en tant que je suis une personne juridique »¹⁰⁹⁴. Comment alors tout en rendant possible des expériences sur l'humain, préserver sa dignité ? L'entreprise s'avère compliquée. Parce que d'une part, la science et les progrès qu'elle effectue permettent d'améliorer la vie de l'homme, de lui sauver la vie, mais ce progrès ne peut se réaliser sans « expérimenter » sur le corps. Le progrès scientifique est nécessaire. D'autre part, il est ce principe très protecteur qu'est la dignité, qui pose de manière inconditionnelle le respect de la personne et avec lequel on ne transige pas. La difficulté va être contournée, le corps va disparaître de la scène, éclipsé par une volonté qui joue les premiers rôles. Face à cette mise à distance et à disposition du corps, une nouvelle définition de la dignité émerge. La dignité ressurgit alors au niveau de la « réalisation de l'acte ». Elle est interprétée comme posant dans tous les cas des conditions strictes de réalisation des actes. La dignité va se retrouver dans la protection de la volonté de la personne et dans l'encadrement strict des pratiques « sensibles ». Ce sont les conditions de réalisation des opérations, (prélèvements d'organes, interruption de grossesse, procréation médicalement assistée, stérilisation à visée contraceptive...) qui sont désormais soumises au regard intransigeant de la dignité. Ce n'est plus la possibilité même de procéder à ces interventions qui est remise en cause, mais la manière dont on peut disposer de l'humain qui pose problème. Cette conception juridique de la dignité est le résultat de compromis entre les exigences nationales, les nécessités du progrès scientifique, la protection de la dignité de la personne. La dignité ne pouvait donc pas sortir indemne de cette confrontation, elle est redéfinie et se trouve désormais dans les profondeurs du formalisme. On est bien loin de la dignité reconnue à l'homme du seul fait qu'il soit homme et surtout de l'interdiction faite à l'homme de disposer de lui.

704. Les préoccupations bioéthiques se sont déplacées du fond sur la forme. Ce formalisme s'insère dans une dépersonnalisation du corps qui permet également à la volonté de s'exercer sur le corps. On parle d'alibi formaliste pour dénoncer cette attitude qui consiste à détourner l'attention des questions de fond vers les questions de forme, de procédure. On passe d'une logique substantialiste à une logique formaliste. Il s'agit ici d'affirmer que la dignité n'est plus un principe que l'on peut opposer à une pratique, dans une logique substantielle, mais un principe que l'on va opposer au respect de conditions strictement posées par la loi. La dignité

¹⁰⁹⁴ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*. 7^e édition, Dalloz 2005.

est sauve à partir du moment où on encadre les pratiques « sensibles » de manière stricte, et lorsque l'on place au frontispice de tous les textes de lois le respect du consentement de la personne comme impératif catégorique.

705. Mais la réalité c'est que le corps est privé de dignité, puisqu'il est véritablement mis à disposition de la personne. Cette dernière peut ainsi disposer librement de son corps. Lorsque le besoin social du don d'organes se fait ressentir, la mise à disposition du corps se double d'une mise à distance du corps. Des « éléments et produits » sont détachés du corps humain et mis à disposition de la personne. C'est ainsi que le dépeçage légal de l'humain est justifié par la solidarité nationale mais est placé sous le joug protecteur du consentement de la personne qui reste en quelque sorte maîtresse d'elle-même. Le corps est mis à disposition, mais la personne n'en n'est pas dépossédée. Et c'est la personne en tant qu'elle est volonté qui est protégée aujourd'hui, on respecte sa liberté et on protège sa volonté.

2° La volonté, expression privilégiée de la dignité en droit de la bioéthique

706. Le consentement est une exigence juridique ancienne en droit médical. L'atteinte sur le corps est une nécessité pour soigner le malade, et malgré l'intérêt direct pour la santé du malade, le consentement de celui-ci a toujours été indispensable, quel que soit l'acte pratiqué. Le consentement est tiré d'une exigence de respect juridiquement consacrée, respecter la personne, c'est en quelque sorte lui demander son avis dans tout acte mettant en jeu son corps. « Le consentement permet de ne pas oublier que nous ne sommes pas en présence d'un simple individu biologique »¹⁰⁹⁵. C'est la volonté de la personne qui s'impose désormais au premier rang des exigences éthiques. En effet, l'expression la plus juste possible de la volonté sert désormais de garantie de respect de la dignité. Et la dignité de cette volonté se trouve dans un consentement éclairé et libre, qui justifie ce qui jadis a pu être condamné. Ce pouvoir exorbitant reconnu au consentement s'accompagne de règles strictes posées en vue de garantir la légitimité de pratiques légalisées en dépit des atteintes à la dignité dont elles se rendent coupables. Selon M. Clément, « le consentement a acquis une autorité juridique incontestable avec les lois du 29 juillet 1994 »¹⁰⁹⁶. M. Egea n'aura pas manqué de relever que « la volonté

¹⁰⁹⁵ D. THOUVENIN, La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique, *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 25.

¹⁰⁹⁶ C. CLEMENT, Quelques propos sur le principe du consentement en droit médical et hospitalier, *LPA*, 24 juin 1994, n° 76, p.6.

occupe une place centrale dans le droit de la bioéthique. Ainsi le terme « consentement » qui en est l'expression juridique canonique apparaît 57 fois dans la loi du 6 août 2004»¹⁰⁹⁷.

707. Le consentement fournit un excellent alibi à la légalisation des atteintes à l'humain. « On a pu penser que le consentement libre et éclairé du patient était la réponse à ces difficultés. Il suffirait que les médecins respectent les normes et les procédures prévues par la loi à propos du consentement pour que le problème de l'expérimentation humaine disparaisse. On cherche par un tel préalable à rendre acceptable la contradiction reconnue entre le statut d'objet expérimental et le statut de sujet libre en arguant du consentement du patient pour le bien de l'humanité à venir»¹⁰⁹⁸. Le consentement constituerait même pour certains, le véritable contre-pouvoir face au pouvoir médical¹⁰⁹⁹. La légalité de la mise à disposition de l'humain est passée dans le droit et dans les mœurs. La dignité est recherchée dans l'expression du consentement, ultime manifestation d'une autonomie revisitée par le droit. La dignité semble alors être devenue une certaine noblesse de la volonté et l'on reconnaît à cette volonté un pouvoir non négligeable. Le consentement se voit reconnaître un pouvoir exorbitant, puisque par moment, il est « créateur » de dignité. C'est toute la problématique de l'assistance médicale à la procréation. A ces demandes le législateur a apporté des réponses claires qui ne vont pas toujours dans le sens de l'embryon, le devenir de celui-ci est alors laissé à la volonté de ceux qui sont à l'origine de son *existence*¹¹⁰⁰. Dans cette optique de sacralisation de la volonté humaine, l'intérêt thérapeutique est devenu l'intérêt médical de la personne pour tenir compte de cette multiplication de demandes non nécessairement liées à un impératif thérapeutique (opérations de changement de sexe, chirurgie esthétique) mais légitimées parce que déclenchées par la volonté des personnes souhaitant bénéficier de ces pratiques. Il s'agit ici du « glissement de l'acte de soins vers un acte qui ne serait médical que par le rapprochement effectif d'un malade et d'un médecin »¹¹⁰¹. Le nouveau sujet de la dignité en droit de la bioéthique est le sujet « consentant », manifestant sa volonté, qu'il s'agisse d'une liberté ou d'un consentement légitimant. La personne est ici plus justement, celle apte à exprimer un consentement. La notion de dignité est affaiblie parce qu'elle est réduite à

¹⁰⁹⁷ P. EGEE, Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique ». in, S.HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*, op.cit. p.135-150.

¹⁰⁹⁸ D. FOLSCHEID, J-J WUNENBURGER, L'expérimentation en médecine. in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.) *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997,p.185-193.

¹⁰⁹⁹ Voir en ce sens, P. SALVAGE, Le consentement en droit pénal, *RSC*, 1991 ,p..707.

¹¹⁰⁰ Nous employons à dessein le terme d'existence pour bien marquer l'opposition avec la naissance, même s'il n'est pas né, au sens de venu au monde en tant que personne, l'embryon existe pourtant bien dans le monde.

¹¹⁰¹ B. FEUILLET-LE MINTIER, Personne et éthique Médicale, in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER et J-F. MATTEI (dir.) *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997p.279-294

l'expression la plus juste de la volonté du sujet. La dignité est réduite à l'expression d'un consentement éclairé. La juridicisation a touché son but, lorsque l'on sait que la volonté est la clé de voûte de notre droit. Tout est soumis à la nécessité d'un consentement, la dignité est véritablement alignée sur le droit, dans la stricte ligne volontariste de ce dernier. La question n'est plus de savoir si l'on peut mais si l'on veut.

708. On pourra nous opposer la finalité première du formalisme qui est de protéger. Le juriste aura alors été quelque peu alerté par nos développements, par un jugement qu'il perçoit trop critique à l'égard d'une technique juridique réputée protectrice. En effet, le formalisme peut-être défini comme la « tendance générale d'une législation à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité »¹¹⁰². Certains ne pourront alors que saluer ce formalisme *ultra* protecteur qui encadre la pratique biomédicale. Il en va de l'intérêt de la personne humaine. Nous n'en disconviendrons pas ! Simplement, la logique et la rigueur intellectuelles voudraient que l'on reconnaisse que ce formalisme vient limiter, autant que faire se peut, les atteintes bien réelles à l'humain. Il faudrait alors présenter le formalisme comme un moindre mal. Or ce n'est pas ainsi que les choses sont présentées. On tient pour vrai que dès lors que le consentement est respecté, à partir du moment où la pratique est encadrée de manière drastique, la personne est respectée en sa dignité. Nous ne sommes pas convaincus ! Il ne s'agit pas de contester de telles pratiques dans l'absolu, mais d'affirmer qu'il est en même temps difficile de soutenir que le corps est un objet dont le sujet humain peut disposer sous condition de consentement, et en même temps de reconnaître une dignité à l'homme, alors que cette dignité concerne bien évidemment aussi le corps. Il faut alors mettre un terme à l'hypocrisie et plutôt reconnaître une atteinte nécessaire à la dignité, mais une atteinte tout de même ! Il ne faut pas essayer en s'abritant derrière un dualisme circonstancié ou un formalisme déculpabilisant, de redéfinir la dignité en fonction de ce que nous voulons pouvoir faire de l'homme et sur l'homme.

§ 2 : LA VERIFICATION DE L'HYPOTHESE

709. Le dépeçage légal de l'humain, orchestré dans le domaine du don et de l'utilisation des éléments et produits du corps humain (A), et la légalisation de la stérilisation à visée contraceptive pour les personnes handicapées mentales (B) illustrent bien cette idée d'une

¹¹⁰² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. V° Formalisme.

logique formaliste qui supplante désormais la logique substantialiste qu'imposerait le principe de dignité s'il était strictement respecté.

A) LE DEPECAGE LEGAL DE L'HUMAIN : LA QUESTION DU DON D'ORGANES

710. Pendant longtemps, la pratique de la greffe d'organes a relevé de l'ordre du fantasme, comme en atteste la fresque réalisée par Fra Angelico et exposée au couvent Sand Marco de Florence en Italie, représentant Côme et Damien, deux saint guérisseurs greffant à une personne amputée la jambe d'un jeune noir décédé. Il n'en n'est plus rien aujourd'hui, les progrès de la médecine et de la science ont rendu de telles pratiques possibles à partir des années 1950. Aux Etats-Unis en 1944, une jeune femme souffrant d'une affection rénale reçoit le rein d'une autre femme décédée d'une cirrhose du foie. Cependant le rein greffé ne fonctionnera pas longtemps. En France, après quelques tentatives avortées, la première greffe est réalisée par l'équipe du Pr Jean Hamburger en 1952. Il s'agit de greffer à un jeune homme le rein de sa mère. Le jeune homme décèdera quelques mois plus tard. La première greffe de rein réussie est réalisée à Boston en 1959, une personne reçoit le rein de son frère jumeau. Ce n'est alors que le début d'une longue séries de « premières médicales ». Ainsi, en 1967 on assiste à la première greffe d'un cœur humain, elle est l'œuvre du Dr. Barnard. Un homme de 58 ans reçoit le cœur d'une jeune femme de 25 ans décédée, le receveur décède 18 jours après la greffe. Ces pratiques vont faire surgir de nouvelles questions morales. Cependant, très vite la question de la moralité est évincée par la nécessité de sauver ou de prolonger des vies. Mais on oublie qu'il s'agit d'une question grave, celle de la possibilité de disposer de soi. Puisque c'est bien de cela dont il est question dans le don et le prélèvement d'organes, de la possibilité de faire don de soi. Le don d'organes pose des problèmes éthiques (1°) que le droit positif ne peut pas résoudre seulement par un encadrement strict de la pratique (2°). La réification, que la pratique entraîne inéluctablement, la rend définitivement incompatible avec la notion de dignité, sauf à entendre la dignité autrement (3°).

1° Les questions éthiques soulevées par le don d'organes

711. Mme Marzano-Parisoli se demande avec raison si : « Bien que le prélèvement sur un cadavre puisse nous sembler une démarche sans problème une fois codifiés les critères de mort cérébrale, et bien que le prélèvement sur un donneur vivant puisse être considéré comme

tout à fait légitime dès lors que ce même donneur a donné son consentement librement, en réalité, la solution des problèmes les plus graves liés aux transplantations et au don d'organes doit être recherchée, (...) dans l'analyse philosophique de la relation d'appartenance qui existe entre chaque personne et son corps. Une personne peut-elle, en effet décider librement de donner une partie de son corps vivant ? Le consentement préalable d'une personne est-il nécessaire pour utiliser son corps une fois qu'elle est morte ? »¹¹⁰³ Toute la question est là : que cède donc la personne lorsqu'elle consent à un don d'organes ? Dans une perspective moniste, on voit dans une telle pratique une cession de la personne elle-même. Par conséquent on condamne la pratique, puisque cette cession est alors une réification de la partie cédée, une dépersonnalisation du corps.

712. Le droit traditionnellement attaché à une union du corps et de la personne, pose le détachement de la personne pour servir les intérêts d'une science médicale en recherche de matériau humain. C'est ce que dénonce notamment Mme Iacub lorsqu'elle affirme l'existence à côté du corps biologique, d'un corps juridique ; le corps du droit n'est plus le corps biologique. En effet, le corps auquel on se trouve ainsi confronté nous est étranger. C'est un corps construit et non donné, qui ne correspond pas à notre ressenti, ni même toujours au corps biologique. Là où la biologie ne voit plus de corps, le droit affirme la permanence d'une personne. L'auteur rend d'abord compte du contexte dans lequel le droit doit intervenir, c'est en ce sens qu'elle affirme que : « si pour les philosophes, les conventions autour de l'identité personnelle (c'est-à-dire, la détermination de la limite somatique au-delà de laquelle un individu empirique cesse d'être un et le même) sont purement spéculatives, le droit doit trancher d'une manière claire et univoque. En effet, les normes juridiques s'adressent aux comportements des individus et, pour qu'elles fonctionnent, elles doivent supposer que le sujet est un et le même de sa naissance jusqu'à la mort »¹¹⁰⁴. La possibilité de pratiquer des transplantations, d'échanger tout ou partie de son corps, aurait donc mis le droit devant la nécessité de trouver un moyen d'assurer la permanence de la personne, au prix de quelques entorses au réel visible et perceptible. « Que faire alors, lorsque le corps humain, support jusque là de la personnalité, et donc de l'identité du sujet de droit devient entièrement décomposable et promis à une circulation infinie sous forme de matériau humain ? »¹¹⁰⁵ Pour sortir de cette impasse « les lois bioéthiques ont converti le corps biologique auquel se réfère le langage courant en un pur assemblage de liquides, pièces et substances détachées. (...) Pour

¹¹⁰³ MM. MARZANO-PARISOLI, *Penser le corps, op.cit.*, p.121

¹¹⁰⁴ M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*. PUF, 2002, 194p.p.103

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p.104

réussir cette opération institutionnelle, le législateur a divisé le soubassement matériel des personnes et des cadavres en deux catégories distinctes : le « corps humain » et les « éléments et produits du corps humain, » introduisant ainsi un écart entre « le corps empirique que désigne le langage courant et ce que l'on peut appeler le corps juridique »¹¹⁰⁶. L'auteur souligne alors le rôle du droit dans la création d'un corps pour les besoins de la cause. Le corps humain est « une construction vouée non seulement à régler les échanges somatiques, mais aussi à réorganiser les rapports entre la personne et l'être humain (...), il n'est qu'un support institutionnel auquel on affecte et désaffecte du matériau humain en fonction des droits et des obligations des personnes vivantes et décédées, et des décisions médicales prises à l'intérieur du grand circuit légal des échanges somatiques¹¹⁰⁷ ».

713. Dans le même temps, le droit organise le dépeçage légal de l'humain en prônant une distinction entre les éléments et produits du corps humain. Selon Mme Moine, ce qui n'a pas vocation naturelle à « sortir » du corps ni de rôle à jouer en dehors du corps ce sont les éléments ; les produits ont une telle vocation ou un tel rôle, en particulier un rôle reproducteur »¹¹⁰⁸. Pour Mme Iacub cette distinction est plutôt fonction du caractère détaché ou rattaché de l'élément ou produit en question, ainsi « avant d'être prélevé, le matériau compose le corps humain et une fois détachée, il accède au statut d'élément ou de produit »¹¹⁰⁹. Cette confusion sur ce qu'il faut entendre par élément ou produit atteste de l'artificialité de cette distinction opérée par le droit. En effet, le corps même dépecé n'emporte pas disparition de la personne. L'exemple choisi par Mme Iacub, pour illustrer cette artificialité du corps vu par le droit, atteste bien du fait que le raisonnement juridique est à la limite de l'intelligible. « Imaginons par exemple, que l'on enlève d'un corps toutes et chacune de ses parties pour les remplacer par d'autres et que, sur la table d'opération, ne reste absolument rien, ne serait-ce que pendant quelques instants. Dans ce cas précis, le corps biologique du langage courant est inexistant, vide, et pourtant le corps humain dans le sens légal existe, matériellement éparpillé dans les différents endroits où se trouvent les morceaux de rechange. Pour l'auteur le corps tel qu'il est « saisi » par le droit est « une notion *hyperartificialiste*¹¹¹⁰ qui met en évidence le pouvoir qui a été octroyé aux médecins pour statuer qu'il y a un corps, une personne, là où il n'y a strictement rien. Ce pouvoir consiste

¹¹⁰⁶ M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, op. cit., p.104

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p.112

¹¹⁰⁸ I. MOINE *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*. LGDJ, 1997, 438p, p.377

¹¹⁰⁹ M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, op.cit., p.104

¹¹¹⁰ Nous soulignons.

ainsi dans le fait de relier dans une continuité identitaire ce rien à un corps biologique antérieur et postérieur à la greffe totale »¹¹¹¹.

2° La position du droit positif

714. En tout état de cause, en l'état actuel du droit positif, la personne ne cède qu'un « organe », qu'un « élément » ou qu'un « produit » du corps humain. Le droit retient une distinction nette entre la personne et son corps et affirme la permanence de la personne malgré le prélèvement d'organes (a). La pratique est alors encadrée par un formalisme strict qui est présumé garantir le respect de la personne (b).

a) La permanence de la personne malgré le prélèvement d'organes

715. Les nécessités de la pratique médicale mettent le juriste dans une position embarrassante. Comment permettre au progrès de continuer tout en affirmant la permanence de l'inviolabilité de la personne malgré le prélèvement effectué sur le corps humain? C'est là que le dualisme est salvateur puisqu'il permet de poser la permanence de la personne malgré l'utilisation du corps. Quoi qu'il arrive au corps, la personne est protégée. C'est au prix de raisonnements parfois très alambiqués, et de solutions juridiques contestables, que le droit organise le dépeçage légal de l'humain tout en se dédouanant par l'affirmation de la permanence de la personne.

716. M. Labbée tente de convaincre de la distance qui existe entre le corps et la personne, en insistant sur la permanence de la personne. Cette dernière serait invariable alors que le corps ne serait plus qu'une enveloppe charnelle, modifiable et variable, différente d'un individu à l'autre¹¹¹². L'auteur part donc de ce constat pour en tirer des conclusions pratiques intéressantes. « Une jambe est sans doute un bien précieux, il n'en reste pas moins qu'elle n'est pas synonyme de la personne. Si on prélève la jambe de Jean pour la greffer à Paul, sans aucun doute, on ne transfère pas un élément de la personnalité de Jean dans le corps de Paul. Et si Jean était le débiteur de Paul, sa dette ne se trouve pas réduite du fait de son amputation (...) L'organe greffé n'est ni plus ni moins, qu'une « pièce détachée » comparable à un instrument de prothèse. L'expression peut choquer car elle réunit deux notions que l'on croyait longtemps non-rapprochable. Les banques d'organes se multiplieront sans aucun

¹¹¹¹ M. IACUB, *op.cit.*, p.112,

¹¹¹² X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, *op.cit.*, p.52.

doute, il n'y aura jamais de banques de personnes »¹¹¹³. L'auteur va même jusqu'à envisager l'hypothèse ou il sera possible scientifiquement d'échanger complètement de corps « ce jour là, la dissociation corps-personne sera complète » L'auteur en conclut alors que la notion juridique de personne est indépendante du corps humain. « Le seul fait qu'un être humain n'ait pas un aspect humain ne suffira pas à lui retirer pour autant sa qualité de personne »¹¹¹⁴. Ce raisonnement nous conforte dans cette idée qu'en ce qui concerne le progrès scientifique, le droit fait preuve de suivisme, s'adaptant aux innovations techniques, scientifiques et médicales. Ce n'est pas parce que le droit entérine une pratique que l'atteinte à la dignité est écartée, l'intervention du droit pour encadrer la pratique, légitimant ainsi la pratique, ne saurait emporter présomption de respect de la dignité. C'est pourtant ainsi que les choses semblent être admises. Il semblerait que le fait que la consécration du principe de sauvegarde de la dignité, comme principe à valeur constitutionnelle, soit intervenue notamment à l'occasion de l'examen par le Conseil Constitutionnel¹¹¹⁵, notamment de la loi du 29 juillet 1994¹¹¹⁶ relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, emporte nécessairement une présomption irréfragable de respect de la dignité par ces pratiques. Nous pensons qu'une telle position est intenable. Si on part du principe que la dignité emporte interdiction de la réification de la personne, le don d'organes étant réification du corps est réification de la personne. Ce n'est pas tant la dissociation entre le corps et la personne, que le droit de la bioéthique reconnaît et encourage, qui est critiquable que le fait que cette dissociation soit opportuniste. C'est une dissociation calculée et adoptée sans grande conviction, pour les besoins d'une pratique médicale contre laquelle on n'ose pas toujours s'élever, eu égard, entre autres raisons, avouées ou non, avouables ou non, aux avantages dont bénéficie la personne du fait de ces progrès.

b) L'encadrement strict de la pratique.

717. L'intervention du droit est empirique, le droit intervenant toujours *a posteriori*, jamais pour devancer les pratiques ou les anticiper mais pour encadrer des pratiques ayant déjà cours. C'est alors bien logiquement que le droit intervient d'abord pour encadrer les dissections de cadavres puisque historiquement, les premières expérimentations mettant en cause le corps humain concernent le cadavre. Il s'agit la plupart du temps de disséquer un cadavre pour les

¹¹¹³ X. LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, op.cit. 48-56.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p.48-56.

¹¹¹⁵ CC, Décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994. JO du 29 Juillet 1994.

¹¹¹⁶ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994. *J.O.* du 30 juillet 1994

besoins du progrès scientifique¹¹¹⁷. C'est ainsi que le parlement de Paris dans un arrêt de 1552 interdit la dissection de cadavres, si elle n'est pas conduite sous la direction d'un docteur en médecine. Progressivement le monopole reconnu aux facultés de médecine en matière d'utilisation du cadavre à des fins d'expérimentations scientifiques recule. A partir de 1751 les chirurgiens se voient reconnaître la possibilité de recevoir les cadavres offerts par préférence aux docteurs en médecine et non voulus par ces derniers. Dès la fin du XX^{ème} siècle on peut considérer que « la mise à disposition des cadavres au profit des pratiques anatomiques était une question réglée ». La question des greffes d'organes relance la nécessité d'une intervention du droit. Il n'y a pas véritablement de textes qui concernent directement la pratique. C'est donc la loi sur la liberté des funérailles de 1877 qui va être sollicitée. Cette loi dispose que chacun est libre de mener comme il l'entend ses propres funérailles, on va en déduire que chacun est libre de donner « son corps à la science »¹¹¹⁸. Un décret du 20 octobre 1947 avait tenté de réglementer la pratique, mais la nécessité d'une loi se fit rapidement ressentir. C'est ainsi qu'intervient la première grande loi sur les prélèvements d'organes, la loi Caillavet du 22 décembre 1976¹¹¹⁹. Au travers de cette loi, le législateur s'efforce, tout en facilitant le développement des prélèvements post-mortem, de limiter autant que possible les échanges d'organes entre vivants. C'est ainsi qu'est instituée une présomption de consentement de la personne défunte au prélèvement de ses organes, tandis que des conditions strictes de consentement sont posées pour la cession de tissus ou d'organes *ex vivo*. Cette loi sera abrogée par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 qui soumet les actes de prélèvement d'organes sur les personnes vivantes à des conditions plus strictes .

718. Les progrès de la biologie et des techniques médicales ainsi que l'évolution du lien familial ont bouleversé les données prises en compte pour l'élaboration des lois de 1994. C'est ainsi que l'article L.1231-1 al.1 et 2 du Code de la santé publique dispose que : « le prélèvement d'organes sur une personne vivante qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de sœur du donneur sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe. En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint ». Ces dispositions ont été considérées comme très restrictives dans un contexte marqué par l'évolution des liens familiaux et la pénurie des donneurs. Il est alors apparu urgent d'adapter la pratique aux mutations sociales et scientifiques ; ce qui a été fait par l'élargissement du

¹¹¹⁷ Pour une analyse plus approfondie, voir J-R. BINET, *L'encadrement juridique du progrès scientifique*, *op.cit.*, pp.34-100

¹¹¹⁸ X. LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, *op.cit.*, p. 298.

¹¹¹⁹ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, *J.O.* du 23 décembre 1976, p.7365.

cercle des donneurs et par la prise en compte de la nécessité thérapeutique d'autrui dans les finalités du prélèvement. C'est ainsi que la loi du 6 août 2004 a élargi la catégorie des donneurs. Si le principe est toujours que « le donneur doit avoir la qualité de père ou de mère du receveur »¹¹²⁰, la loi prévoit désormais la possibilité de pratiquer un prélèvement sur « le conjoint, les frères et sœurs, les fils, les filles, les grands-parents, les oncles, les tantes, les cousins et cousines germaines ainsi que le conjoint du père ou de la mère du receveur »¹¹²¹. De plus, toute personne « apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur pourra également se porter volontaire au prélèvement d'organes ». Cependant la loi pose des conditions de consentement strictes pour les nouvelles catégories de donneurs. En effet si le donneur est le père ou la mère du receveur, son consentement suffit, mais il peut, sauf en cas d'urgence, être soumis à l'autorisation d'un comité d'experts lorsque le magistrat chargé de recueillir le consentement l'estime nécessaire¹¹²². Le consentement des autres catégories de donneur est soumis à des règles plus strictes. Dans tous les cas, le consentement est recueilli par le président du tribunal de grande instance du lieu du domicile du donneur, ou par le magistrat désigné par lui. Le consentement doit être recueilli par écrit et l'acte doit être signé par le magistrat et le donneur. Le magistrat est chargé de veiller au respect des conditions prévues par la loi, notamment le lien existant entre le donneur et le receveur, ainsi que la finalité de l'acte. En cas d'urgence vitale, le consentement peut être recueilli, par tous moyens, par le procureur de la République ; quoiqu'il en soit, le consentement est révocable sans forme à tout moment¹¹²³. Après avoir exprimé son consentement le donneur, autre que le père ou la mère, devra recueillir l'autorisation d'un comité d'experts institué par la loi du 6 août 2004¹¹²⁴. Ainsi, le comité d'experts institué par la loi nouvelle est désormais chargé de donner son autorisation s'agissant des donneurs prévus par l'alinéa 2 de l'article L 1231-1 al 1. Ces experts devront se prononcer après que les intéressés aient exprimé leur consentement (article L 1231-1 al 4). Le comité est également compétent pour autoriser le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle épinière sur un mineur et un majeur protégé (article L.1241-3 et L.1241-4). Ce comité est également compétent pour délivrer au donneur potentiel les informations nécessaires à l'expression d'un consentement éclairé. Le comité l'informe alors des risques qu'il encourt et des conséquences d'un éventuel prélèvement sur sa

¹¹²⁰ Art. L 1231-1 al 1 du Code de la santé publique.

¹¹²¹ Art. L 1231-1 al. 2 du Code de la santé publique

¹¹²² Art L1231-1 al 5 du Code de la santé publique

¹¹²³ Art. L.1231-1 al 3 du Code de la santé publique.

¹¹²⁴ Pour une analyse plus détaillée de la composition du comité, voir .J. PENNEAU, Corps humain. *J-cl civ.* Décembre 2005.

santé, sa vie personnelle, professionnelle et familiale¹¹²⁵. Le prélèvement d'organes est dorénavant considéré comme un acte de soin au sens des articles L. 1142-1 et suivants du Code de la santé publique.

719. La question de la dignité semble également avoir été résolue pour le législateur lorsque celui-ci a affirmé avec force le principe selon lequel le corps est hors commerce. L'article 16-1 alinéa du Code civil dispose ainsi que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Ce principe est censé rendre le don d'organes conforme à la dignité de la personne. Certains y voient un interdit de la marchandisation des organes et donc du corps humain. On peut également y voir une manière de renforcer la liberté du consentement. En effet, l'appât du gain pouvait pousser certaines personnes dans le besoin à vendre leurs organes et dans ce cas là la licéité du consentement pouvait être remise en cause. « C'est le refus d'une rémunération déterminante, (...) la gratuité n'est pas d'abord un élément de l'acte, mais des motivations de l'acte »¹¹²⁶. Certains auteurs émettent d'ailleurs des réserves sur la gratuité comme protection suffisante contre la marchandisation du corps humain. Pour Mme Moine notamment, « ce n'est pas la gratuité qui empêchera la chose de devenir dans la suite de son périple, une marchandise, il faut donc en premier lieu que cette qualité s'attache à la chose et la suive, et pas seulement au don initial. (...) Une convention à titre gratuit n'est pas pour autant satisfaisante : d'abord il s'agit d'une convention (or l'article 1128 exclut toute convention), ensuite, un système où tout serait disponible amènerait la perte de la notion de personne »¹¹²⁷. Faudrait-il alors rappeler que la gratuité n'exclut pas l'idée de don ? La dignité interdit le don de soi parce que le don postule la nécessité d'un pouvoir de disposition. Or ce pouvoir ne peut s'exercer que sur un objet, le corps se trouvant *de facto* réifié. Peu importe que l'acte intervienne à titre onéreux où à titre gratuit, la gratuité n'empêche pas l'atteinte à la dignité.

3° L'inéluctable atteinte à la dignité par le don et le prélèvement d'organes

720. Le don d'organes est présumé respecter la dignité de la personne à partir du moment où les conditions posées par la loi sont remplies. C'est notamment autour du consentement que s'organise le respect d'une certaine dignité pour le don d'organes. C'est d'ailleurs ce que note M. Goffi : « dans le domaine de la bioéthique, les Kantiens contemporains considèrent souvent la clause « Ne jamais utiliser l'homme comme un moyen seulement » comme satisfaite dès

¹¹²⁵J. PENNEAU, Corps humain. *J-cl civ*, décembre 2005

¹¹²⁶I. MOINE *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, op.cit., p.105

¹¹²⁷*Ibid.*,p.104.

lors que l'individu a donné son consentement éclairé à ce que l'on se propose de faire de lui. Mais le philosophe de Koenigsberg désapprouverait certainement une telle interprétation : il estime que toute action qui utilise un individu, quand bien même ce serait avec son consentement, comme un moyen seulement de réaliser un bien, compromet radicalement l'humanité de celui-ci »¹¹²⁸. On constate alors que le dualisme offre un alibi au droit positif dans la mesure où l'on va accepter à titre exceptionnel ce que l'on a par ailleurs réprouvé avec force en d'autres circonstances, en dénonçant une atteinte à la dignité du fait d'atteintes infligées au corps. Le droit s'est levé d'une seule voix pour condamner de telles pratiques, livrant le corps de l'homme à l'humiliation : le corps du juif marqué d'une étoile jaune, le corps de l'esclave marqué par les coups de fouet et le fer rouge, sont autant de visions qui ont révolté. Mais en matière de don d'organes, on nous affirme que l'homme dépossédé de son corps demeure un homme. Le dépeçage est certes effectué pour une noble cause, mais la noblesse de la cause ne doit pas empêcher d'y voir une réification. Il faut y voir une *réification* certes *nécessaire et légitime*, mais qui doit demeurer *exceptionnelle*. Il faut éviter de dépersonnaliser le corps à l'extrême. Il est nécessaire de marquer son attachement indéfectible à la personne « corps et âme », afin de la protéger de la manière la plus efficace.

721. Comme tout dualisme, le dualisme juridique n'échappe pas à la primauté accordée à cet autre chose que le corps et qui en droit est la personne représentée par sa capacité à vouloir. C'est la volonté qui est ennoblie, alors que le corps est mis à disposition. Le dualisme juridique met en lumière la volonté et met dans l'ombre le corps, le réduisant à n'être qu'élément ou produit, selon les besoins. Mais faut-il inlassablement rappeler qu'avec la dignité, il ne peut y avoir de volonté sans corps ? Car la dignité est ce qui permet de protéger la volonté par le corps, et de protéger le corps par la volonté. Cependant la dignité est absente du débat, présumée respectée puisque la volonté est protégée, elle est résolument malmenée puisque le corps est réifié. Cette législation donne de la dignité une idée très faible, puisqu'elle est « reléguée » à la protection du consentement du donneur. C'est ce consentement qui avait pourtant été dénié à M. Wackenheim dans l'affaire du lancer de nains¹¹²⁹, lorsque celui-ci mettait en avant sa volonté d'améliorer sa situation sociale en exerçant cette activité. Il lui a été opposé qu'il ne pouvait pas librement consentir à une réification de son corps, le dualisme juridique ne s'appliquant pas à son cas, la cause paraissant moins noble. Seule était en jeu une volonté individuelle de se servir de son corps

¹¹²⁸ J.-Y. GOFFI, *Penser l'euthanasie*, PUF 2004, 193 p.p.91

¹¹²⁹ C.E. Ass. 27 octobre 1995 Commune de Morsang-sur-orge/ Ville d'Aix-en-provence (2 espèces). *Rec.* p.372.

dans un but lucratif. Est-ce à dire que l'attraction de lancer de nains, réalisée à titre non lucratif, aurait été autorisée ? Rien n'est moins sur, parce que dans les motifs de la réprobation et de l'interdiction du « spectacle », c'est bien la réification du corps et partant de la personne qui est mise en avant, le caractère pécuniaire n'intervenant qu'à titre subsidiaire¹¹³⁰. Il semble donc que la logique adoptée en droit s'avère intenable, puisque dans certains cas la réification est contraire à l'ordre public tandis que dans d'autres elle est sollicitée. La seule façon de sortir de cette impasse, de cet « imbroglio », est d'affirmer l'interdit de la réification mais de l'autoriser à titre exceptionnel. On pourrait objecter que c'est bien ce que fait la loi en posant le principe que nul ne peut porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui sans le consentement de l'intéressé. Mais le fait d'ériger le don d'organes en priorité nationale semble quelque peu incompatible avec le caractère exceptionnel de la pratique. On ne peut alors qu'approuver Mme Neirinck qui constate : « Dans une loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, le renvoi à la dignité humaine fait figure de formule incantatoire, il ne réalise pas, contrairement à ce qui a été soutenu, le principe qui anime la loi, mais le principe auquel la loi n'apporte que des exceptions »¹¹³¹.

B) L'ESQUISSE D'UN CADRE LEGAL POUR LA STERILISATION DE LA PERSONNE HANDICAPEE MENTALE

722. Le droit de la procréation en général s'inscrit bien dans cette tendance du droit positif à légaliser des pratiques jadis décriées comme attentatoires à la dignité et aujourd'hui légalisées au nom de la liberté individuelle et strictement encadrées par la loi. A la faveur de la loi du 4 juillet 2001¹¹³², la décision de recourir à une interruption volontaire de grossesse (dans les conditions prévues par la loi) est une liberté reconnue à la femme et protégée par le droit. La loi du 4 juillet 2001, dite loi IVG-contraception, concerne également la prévention de la grossesse par le biais de la contraception. Les dispositions relatives à la contraception n'ont donc pas échappé à ce vent de libéralisme qui a soufflé sur le droit de l'interruption de grossesse. La volonté de la femme est mise en avant et elle permet de déclencher certains actes, ainsi en est-il de la stérilisation à visée contraceptive.

¹¹³⁰ Voir nos commentaires, Première partie, Titre second, Chapitre 1, Section 1, II, B.

¹¹³¹ C. NEIRINCK, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique. *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.39-50

¹¹³² Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, *J.O.* du 7 juillet 2001, p.10823

723. On peut distinguer deux types de contraception selon leurs effets. La contraception dite réversible qui vise entre autres, la prise de pilules contraceptives ou encore la pose d'un stérilet. Cette contraception est dite réversible parce qu'il ne s'agit que d'une contraception temporaire que la femme peut décider d'arrêter à tout moment afin de concevoir un enfant. La deuxième forme de contraception, la contraception dite irréversible, est la stérilisation dite à visée contraceptive. Le dictionnaire *Robert* définit la stérilisation comme la suppression définitive, accidentelle ou intentionnelle de la capacité de procréer, par des agents chimiques ou physiques, par excision de gonades, par ligature de trompes utérines ou des canaux déférents. On distingue la stérilisation masculine ou vasectomie de la stérilisation féminine ou ligature des trompes. La stérilisation contraceptive se distingue de la contraception réversible tant par ses moyens que par ses effets. Il s'agit d'un acte chirurgical qui entraîne dans la majorité des cas la suppression de la capacité de la personne à procréer. Ceci justifie donc qu'une attention particulière soit portée à cet acte ou plus justement à cette pratique, car cette question concerne à la fois, les mineurs, les majeurs capables et les incapables majeurs.

724. La question de la stérilisation des personnes est largement hantée par le spectre de l'eugénisme. En effet, les stérilisations eugéniques mises en place au début du vingtième siècle surtout dans le nord de l'Europe et aux Etats-Unis ont marqué les esprits¹¹³³. Ces stérilisations concernaient indifféremment, les criminels, les alcooliques, les pauvres, les personnes considérées comme malades mentales. Aujourd'hui, il s'agit essentiellement des personnes en situation de handicap mental. La question de la conformité de ces pratiques avec la notion de dignité n'en demeure pas moins posée et avec raison.

725. La principale raison du recours à une telle pratique est l'incapacité dans laquelle se trouverait la personne handicapée à s'occuper d'un enfant. Il s'agit dans tous les cas d'intervenir sur le corps humain et de le marquer de manière irréversible, ce qui interpelle nécessairement. « Mais où est donc passée la « personne » dans de telles affirmations ? Où sont ses mots, ses désirs, sa dignité tant proclamée, réclamée à si haute voix lorsqu'il s'agit de débloquer des crédits de promouvoir son insertion sociale ? (...) Ne subsiste plus que l'objet encombrant, qui doit s'excuser d'être au monde, qui n'est plus homme parmi les hommes, femme parmi les femmes, ni enfant, ni adulte mais un être hybride, hors humanité, réduit à sa pathologie »¹¹³⁴. Ce qui se cache derrière ces critiques, c'est que dans la réalité bien souvent, la stérilisation est demandée par les parents de la personne handicapée. Ce qui conduit à

¹¹³³ Pour une étude plus approfondie sur la question de l'eugénisme et des stérilisations eugéniques, voir C. BACHELARD-JOBARD *L'Eugénisme, la science et le droit*. PUF, 2001, 345p.

¹¹³⁴ N. DIEDERIECH, Droit à la procréation ou sélection humaine ? in, N. DIEDERIECH (dir.) *Stériliser le handicap mental ?* Editions Erès, 1998, p.9-38.

amoindrir l'autonomie de la personne handicapée et à la traiter comme une chose, notamment dans le cas où son consentement est usurpé. Le consentement permettrait alors dans l'esprit de certains, de redonner à la personne handicapée sur laquelle une stérilisation serait pratiquée son statut de sujet désirant, exprimant sa volonté. « Stériliser une personne *sans son consentement*¹¹³⁵ pour l'empêcher de procréer c'est porter atteinte à sa dignité. C'est l'exclure de l'humanité en la traitant soit comme une chose, soit comme un animal »¹¹³⁶.

726. Le législateur va intervenir pour encadrer une pratique qui a cours dans la plus grande impunité (1°). Si l'enjeu est important, l'intervention elle se fera discrètement, par le biais d'un amendement glissé subrepticement dans la loi du 4 juillet 2001 (2).

1° Une impunité de fait

727. Pour comprendre les enjeux du problème, il faut remonter au code Pénal de 1810. Il ne traite que de la castration. L'article 316 ancien du Code pénal disposait : « toute personne coupable du crime de castration subira la peine de réclusion à perpétuité. Si la mort en est résultée avant l'expiration des 40 jours qui auraient suivi le crime, le coupable subira la peine de mort ». L'article 325 ancien ajoutait : « le crime de castration s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent à la pudeur sera considéré comme meurtre ou blessure ». Aucune définition de la castration ne figurait dans ces articles. On ne pouvait pas plus qu'aujourd'hui assimiler la castration à la stérilisation. En effet, alors que la stérilisation ne porte que sur l'efficacité reproductrice des organes, la castration concerne leur existence même ou plutôt leur non existence. La stérilisation n'en entraîne pas moins une mutilation et aurait mérité d'être prise en compte par le droit. En tout état de cause il n'y avait aucune règle applicable à la matière, tout au moins s'agissant de la stérilisation contraceptive « de convenance » c'est-à-dire sans motif thérapeutique. On a ainsi dénombré un certain nombre de pratiques choquantes. Le code pénal ne réglementait que la contraception thérapeutique, on en déduisait donc logiquement l'interdiction de la stérilisation contraceptive. De telles pratiques devaient par conséquent être réprimées que l'intéressé y ait consenti ou non. On dénombrait chaque année environ 25 à 30 000 actes de stérilisations en France, concernant essentiellement des femmes, actes qui en l'absence de dispositions expresses devaient être soumis au droit commun, c'est-à-dire à l'interdiction. En l'absence de lois expresses, la

¹¹³⁵ Nous soulignons.

¹¹³⁶ P. ECHAVIDRE cité par N. DIEDERIECH, Droit à la procréation ou sélection humaine ? in, N. DIEDERICH (dir.) *Stériliser le handicap mental, op.cit.*

stérilisation contraceptive était donc interdite c'est ce que la jurisprudence n'avait cesse de rappeler. C'est ce que la chambre criminelle de la Cour de Cassation a rappelé dans un arrêt rendu le 1^{er} juillet 1937¹¹³⁷. En l'espèce, plusieurs hommes avaient, à leur demande, subi une stérilisation contraceptive, opération réalisée par un « non-médecin ». Les juges du fond déclarèrent l'auteur des vasectomies et son complice coupable de coups et blessures volontaires en considérant qu'ils ne pouvaient pas invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pas pu donner le droit de violer sur leurs personnes les règles régissant l'ordre public.

728. Les lois dites de bioéthique, et plus précisément la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain qui introduit à l'article 16-3 du Code Civil le principe selon lequel « il ne peut-être porté atteinte à l'intégrité physique du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique », apportent une pierre à l'édifice. Sans viser expressément la stérilisation contraceptive, cet article lui est applicable, car il en ressort que dès lors qu'un acte chirurgical quel qu'il soit est pratiqué sans nécessité thérapeutique, il est illégal. C'est ce que la Cour de Cassation est venue préciser dans un avis rendu le 6 juillet 1998. La Cour a rappelé que « la ligature des trompes de Fallope pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives était prohibée par l'article 16-3 »¹¹³⁸. On assistera à la suite à une absence remarquable de condamnation pénale pour stérilisation non-thérapeutique, absence due non pas à un arrêt des pratiques, mais à une absence de poursuites. Le droit pénal de la stérilisation en l'absence de dispositions expresses, était par conséquent celui des mutilations volontaires, c'est à dire un domaine régi par les articles 222-3 à 222-10 du Code pénal. Le législateur a tenté de profiter de la loi du 4 juillet 2001 pour poser un cadre légal pour une pratique de fait.

2° Une intervention discrète

729. Le législateur est venu glisser, on pourrait dire à l'abri des regards indiscrets¹¹³⁹, des dispositions relatives à la stérilisation à visée contraceptive. Le problème de la stérilisation n'a pas suscité, loin s'en faut, un engouement médiatique comparable aux dispositions

¹¹³⁷ Chambre criminelle, 1^{er} juillet 1937, *RSC*, 1937, p.680, note Magnol, *GP*, 1937, 2, p. 358.

¹¹³⁸ Avis n°81998-, 6 juillet 1998. *JCP* 1998, note T. FOSSIER ; *RTD civ* 1998, obs. J. HAUSER.

¹¹³⁹ Voir en ce sens notamment B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Saisine sur saisine ne vaut » ou les insuffisances du contrôle constitutionnel à la française. *D.*2001, jurisp. p. 3374-3377 Pour les auteurs : « concernant la pratique de la stérilisation des handicapés mentaux, profondément inscrite dans la doctrine eugéniste, la légalisation s'est opérée à la sauvette sous le masque d'une loi dont l'objet principal visant à allonger le délai de l'IVG fixait l'attention de l'opinion publique ».

relatives à l'interruption de grossesse, alors que la question est tout autant capitale, surtout lorsque l'on sait que dans la pratique les personnes en situation de handicap mental sont bien souvent concernées. Un amendement avait été proposé au gouvernement pour préciser le cadre légal de la stérilisation. C'est finalement un sous-amendement qui va permettre l'insertion des articles L.2123-2 et L.2123-2 dans le Code de la santé publique. Les dispositions qui ont suscité à juste titre le plus d'inquiétude sont celles relatives aux majeurs incapables. Mme Christine Boutin, s'étonnant que la procédure d'urgence ait été choisie en la matière a déclaré : « la stérilisation constitue un renoncement quasi-définitif à la fécondité n'est pas sans incidences psychologiques (...) dans sa dimension anthropologique, elle met en en jeu le sentiment d'être dans le monde par son corps et de s'y trouver ainsi à sa place »¹¹⁴⁰. Le législateur a malgré tout préféré écourter les débats et régler d'une manière quelle que peu précipitée le problème de la stérilisation non-thérapeutique. La question sera réglée dans la loi du 4 juillet 2001 par deux articles qui ne pèchent pas par excès. Le législateur comme en matière d'interruption de grossesse s'est placé résolument sur le terrain de la liberté individuelle. Après avoir posé le principe de l'interdiction de la stérilisation pour les personnes mineures, l'article L.2123-1 vient accorder un rôle déterminant à la volonté individuelle s'agissant des personnes majeures. Ainsi, le principe est celui de la possibilité de recourir à une stérilisation de manière discrétionnaire après avoir exprimé un consentement libre et éclairé et en respectant une procédure décrite par la loi. Les parlementaires avaient demandé que soit purement et simplement interdite la stérilisation à visée contraceptive d'un majeur protégé. Ce n'est pas la solution qui a été retenue. L'article L.2123-2 pose le principe de l'interdiction de la contraception sur la personne d'un majeur protégé, sauf « sil existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement ». La stérilisation des majeurs incapables constitue le point le plus épineux et a fait l'objet de nombreux travaux, dont un rapport du Comité national constitutif d'éthique rendu le 3 avril 1996¹¹⁴¹, qui se prononçait en faveur d'un accès à la stérilisation à condition qu'ait été exprimé un consentement libre et éclairé de l'intéressé et après consultation de la famille. C'est cette voie qu'a suivi le législateur. Il faut se rappeler que dans la plupart des cas s'agissant de la personne majeure incapable, la décision de recourir à la stérilisation était prise par les familles des intéressés et dans certains cas sur recommandation du médecin, la volonté de l'incapable était totalement déniée.

¹¹⁴⁰ JOAN, séance du 30 novembre 2000.

¹¹⁴¹ Comité consultatif national d'éthique, Avis sur la contraception des personnes handicapées mentales. Rapport .n° 49, 3 avril 1996.

L'article L.2123-2 pose donc un cadre légal pour la stérilisation contraceptive des « personnes majeures dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou curatelle ». Il faut tout d'abord que le recours aux méthodes classiques de contraception soit médicalement contre-indiqué. La procédure prévue par la loi est impérative. Cette procédure fait intervenir le majeur incapable, sa famille, le juge des tutelles, un comité d'experts et le cas échéant, des tiers dont l'audition pourra s'avérer utile. Le juge pourra refuser la stérilisation en dépit du consentement de l'intéressé, mais il ne pourra passer outre le refus de l'intéressé pour l'autoriser. Il est également prévu que l'intéressé soit suffisamment informé, afin d'être mis en situation de pouvoir exprimer son consentement dans les meilleures conditions. On ne peut contester la nécessité de ces dispositions, mais ce qui frappe c'est le fait que le juge ne se place pas d'emblée sous l'angle purement répressif, eu égard à l'importance accordée au consentement, et à l'obligation d'information qui sont traditionnellement des règles civilistes. De plus, les dispositions nouvelles ne font nullement état de sanctions spécifiques en cas d'inobservation des prescriptions légales, il faudra alors en revenir au droit commun, c'est-à-dire celui des blessures volontaires. On semble avoir oublié que la stérilisation est un acte grave, par conséquent, lorsqu'elle intervient hors du cadre légal, elle constitue une mutilation volontaire ; un délit spécifique aurait pu être introduit au titre de la pratique illégale de la stérilisation. Le législateur a préféré se placer sur le terrain de la collaboration entre tous les protagonistes dans l'intérêt du principal concerné. Le législateur est parti du principe que ceux qui pratiquent généralement de tels actes ont besoin d'un cadre et pas nécessairement de sanctions, l'intervention du juge des tutelles est apparue comme une garantie suffisante de protection des incapables, de même que la procédure prévue par la loi. Un problème subsiste, qui va apprécier la nécessité thérapeutique de l'acte si ce n'est le médecin qui devra procéder à l'intervention, par conséquent, « le délinquant potentiel ».

730. Certains auteurs voient dans cette loi quelques relents d'eugénisme. Pour M. Fossier, « ce dispositif pourrait ouvrir en période de trouble la voie à l'eugénisme »¹¹⁴². Une fois encore, la pratique est « strictement encadrée ». Et une fois encore nous demeurons sceptiques. *Quid* de la dignité ? En effet le corps de la personne est ici mis à sa disposition et à la disposition d'autres personnes dont le consentement pourra être requis le cas échéant. Et cela aucun formalisme même le plus contraignant ne parvient à nous le faire oublier. C'est bien dans ce sens que M.M Mathieu et Verpeaux condamnent à juste titre « l'hypocrisie du

¹¹⁴²T. FOSSIER, La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs. Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001. D. 2001, a.r, p.1479.

législateur »¹¹⁴³. Et pour eux « une réponse du Conseil constitutionnel faisant litière d'un raisonnement selon lequel une éventuelle violation législative des droits fondamentaux doit être admise alors qu'elle représente un moindre mal au regard d'une violation interdite aurait été la bienvenue »¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Saisine sur saisine ne vaut » ou les insuffisances du contrôle constitutionnel à la française, *D.2001*, jurisp. p. 3374-3377. Pour les auteurs, le Conseil constitutionnel aurait dû se prononcer sur la question de la stérilisation à visée contraceptive des personnes handicapées mentales.

¹¹⁴⁴ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Saisine sur saisine ne vaut » ou les insuffisances du contrôle constitutionnel à la française, *op.cit.*

CONCLUSION GENERALE

731. La philosophie et la religion ont indéniablement ouvert la voie aux juristes en conceptualisant ce qui pendant longtemps (et même encore maintenant) relevait de l'intuition. Elles ont mis des mots sur cette sensation indescriptible que chacun peut éprouver dans l'intimité de sa conscience, sans toujours parvenir à en mesurer la portée. L'influence de ces sources non juridiques est incontestable dans la « construction » du principe, dont use (et abuse parfois) aujourd'hui le juriste.

732. Traditionnellement, on en est venu à opposer la *dignitas* à la dignité, la *dignitas* renvoyant à la dignité de la fonction et la dignité renvoyant à cette idée selon laquelle l'homme ne doit jamais être traité seulement comme un moyen. Entre ces deux époques, il fut une autre très souvent éludée où la dignité exaltait l'excellence de l'homme par rapport aux autres êtres vivants, époque ayant atteint son apogée à la Renaissance avec l'avènement d'un humanisme débordant d'admiration pour l'homme. On a redécouvert cette période qui a sans doute contribué à conférer sa force mais surtout son excellence au principe. C'est ainsi que la dignité n'est affirmée à l'origine qu'autant qu'elle marque l'excellence humaine, ou au moins sa spécificité par rapport aux autres êtres vivants. On parle souvent de cette époque comme celle opposant d'un côté l'affirmation unitaire en théologie de la dignité de l'homme créé à l'image de Dieu, et de l'autre côté, des conceptions philosophiques disparates pour justifier cette excellence humaine. On oublie alors que ce qui divise est moins important que ce qui rassemble, car si la manière est différente, la finalité est la même, convaincre de l'excellence de l'homme. C'est ainsi qu'au-delà des divergences entre philosophies et religions, on note dans les deux disciplines une même idée de la dignité comme marque d'une spécificité de l'homme. Cette spécificité est modestement envisagée dans une perspective religieuse, comme un don de Dieu à l'homme. Elle est envisagée de manière plus exaltée en philosophie, notamment par la philosophie humaniste, où l'homme « merveille du monde » doit sa place dans le monde à ses capacités extraordinaires. Quelle que soit la manière, le temps est à l'admiration éperdue de l'homme pour l'homme.

733. Cette idée de la dignité très vite se retrouve incapable de rendre compte de la valeur de l'homme même en temps de crise, lorsque cet homme n'est plus l'homme « merveille du monde » qui réussit tout et à qui tout réussit. Il y a une rupture et l'idée de la dignité humaine a subi une évolution lorsque l'homme a été menacé. Il ne s'agit plus alors d'un combat pour la primauté de l'espèce, mais maintenant d'éviter un « combat de l'homme contre l'homme ».

L'homme s'est découvert faillible et fragile. La nécessité se fait sentir de réaffirmer la dignité de chaque homme, de tout homme. La visée est universaliste et pratique. Chaque homme a droit au respect en raison de sa seule humanité.

734. La richesse des sources philosophiques contribue magistralement à nourrir notre réflexion, et à nous mettre sur la voie de cette excellence qui ne disait pas son nom. C'est le retour aux sources philosophiques et religieuses, qui conforte cette idée d'une « aura » de la dignité. En effet, une constante se dégage de cette mosaïque de conceptions, l'homme n'est pas un animal comme les autres. Il a une noblesse originaire qui lui confère une valeur particulière. L'idée a été développée par le prisme de la religion et de la philosophie chrétienne, avant d'être en quelque sorte « laïcisée » par le maître allemand Emmanuel Kant. Sa conception de la dignité est comme nous l'avons souligné celle dont se réclament en majorité les juristes. On aura bien compris que Kant n'est pas le seul à avoir tenté de percer le mystère de la dignité. Cependant, c'est à lui que l'on doit cette « obligation inconditionnelle » de respect dû à l'homme, qui retentit aujourd'hui comme un hymne universel à la gloire de l'humanité en chacun de nous.

735. Nous avons tenté de comprendre ce qui expliquait l'attrait du juriste pour la notion kantienne de dignité. Nous avons découvert que ce dernier s'est « approprié » la conception du maître allemand, mais seulement en ce qu'elle pose le respect dû à tout homme. C'est le troisième impératif kantien¹¹⁴⁵ qui a fourni une « orientation » pour l'approche juridique de dignité. La dignité s'entend alors en droit comme l'interdit de traiter la personne comme un moyen. A partir de cette formule inlassablement martelée dans les textes de loi, la jurisprudence et la doctrine, s'est constitué un critère pour la caractérisation de l'atteinte à la dignité. Tout ce qui emporte « réification » de la personne constitue une atteinte à la dignité. Ce que l'analyse des sources religieuses et morales met en avant, c'est cette idée que ce qui importe c'est la manière dont on « se comporte » à l'égard de la personne. « Dire (...) ceci est un humain, est un jugement moral, car justement il engage »¹¹⁴⁶. La dignité est en ce sens un principe éminemment éthique. Ce principe exige un certain comportement à l'égard de la personne, une certaine déférence. Quelle que soit l'approche que l'on ait de cette exigence, on ne peut pas tout faire de l'homme en raison de cette excellence en lui. Il n'y a cependant pas de définition positive, de contenu objectif de la dignité. Il s'agit plutôt d'un acte de foi en

¹¹⁴⁵ « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien en ta personne que dans la personne d'autrui toujours en même temps comme fin, jamais simplement comme moyen ».

¹¹⁴⁶ T. De KONINCK, Archéologie de la notion de dignité humaine, in, T. De KONINCK, G. LAROCHELLE (dir.) *La Dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine*. PUF, 2005, 176p.p.9-50.

l'homme. La philosophie nous enseigne qu'il faut se résoudre à ne pas pouvoir figer l'essence de l'homme dans une définition qui serait inévitablement réductrice. La dignité est alors indéfinissable. La difficulté de poser une définition de la notion, et partant la difficulté de donner à cette notion de dignité une forme juridique unique et définitive sont déjà autant de signes d'une juridicisation qui s'annonce délicate. Plusieurs obstacles s'élèvent face à cette juridicisation, tout d'abord le fait que la notion de dignité qui a le plus souvent inspiré le droit ne soit pas « transposable en l'état » en droit. En effet, nous avons remarqué que la notion kantienne de dignité révélait ses limites à la porte de l'univers juridique. Elle se pose comme un idéal de la pensée. Il faut alors trouver le moyen de faire de cet idéal un principe juridique, car on ne peut consacrer cet idéal en principe normatif en « l'état ».

736. La logique qui préside lors de l'introduction de la notion en droit est une logique de l'action, et non de la contemplation. On attend de la dignité qu'elle joue un rôle juridique éminent. La dignité est consacrée suite à un échec, celui de l'affirmation des Droits de l'homme. La finalité de la dignité est donc à l'origine de remédier à cet échec. Il est alors évident que sa reconnaissance juridique est sous-tendue par une recherche d'effectivité. La notion de dignité porte les espoirs d'une humanité en recherche d'une protection juridique efficace et effective. On posera alors s'agissant de la notion de dignité, l'efficacité comme critère pour la qualification de cette notion en principe juridique. Cependant, ce n'est pas une notion juridique effective qui émerge des textes, qu'il s'agisse du droit international comme du droit interne. L'effectivité est devancée par une volonté de proclamer la « foi commune » en la dignité. On a alors constaté au niveau de la réception du principe de dignité par les textes, le « poids » des origines morales dont il portait la marque indélébile. Il n'était pas possible de conclure à l'existence d'un principe juridique autonome de dignité, la plupart des textes se « contentant de renvoyer à la notion morale de dignité ». La dignité apparaît alors comme un slogan juridique. La dignité existe bel et bien avant le droit, elle existe en dehors du droit et sans le droit. Mais pour son respect effectif, pour sa réalisation, elle ne peut se passer du droit, car c'est l'appartenance de l'homme en société qui peut poser le plus grand nombre de dangers pour sa dignité, et c'est le droit qui pose des règles pour la vie en société. C'est donc la manière d'aborder le rôle du droit dans la protection de la dignité qu'il a fallu revoir. Bien plus qu'une tentative (vouée à l'échec) de poser de manière définitive une définition de la notion de dignité, c'est à la réalisation des exigences de dignité qu'il faut s'atteler. Le droit se charge de faire respecter la dignité, mais sans pouvoir prétendre en aucun cas la définir ou la redéfinir puisque cela ne lui incombe pas. De plus, comme nous l'avons vu, l'important n'est pas tant de justifier l'existence d'une dignité ainsi que de la définir, que

la manière dont on se comporte à l'égard de l'humain. La dignité est alors un principe moral, dont le droit est chargé d'assurer le respect. C'est en cela que la dignité est un principe directeur ultra directif.

737. La dichotomie introduite au sein de la dignité nous a permis de formuler et de vérifier l'hypothèse d'une répartition des rôles entre droit et dignité. Il a fallu pour cela revenir à cette distinction déjà posée par la religion et la philosophie entre la dignité en tant « qu'exigence antérieure à toute formulation philosophique »¹¹⁴⁷ et juridique, et les conséquences qui en découlent. Le fait d'être un homme confère une dignité et cette dignité ne se perd pas. Elle naît avec l'homme et disparaît avec lui : c'est la dignité essentielle ou radicale. Cette dignité appelle une actualisation. En effet, quel serait l'intérêt d'une éminence qui n'aurait pas vocation à se réaliser ? La manière dont l'homme choisit d'actualiser ou non sa dignité ne dépend que de lui, cette dignité est dite personnelle ou opérative, liée à l'agir de l'homme. Cette dichotomie nous a permis de déterminer « l'assise de la juridicisation » et de mettre en avant l'idée d'une permanence de l'être qui sera déterminante dans la manière dont le droit va veiller à la protection de la personne.

738. Seules les exigences de dignité relèvent du domaine juridique et elles concernent à la fois la dignité essentielle et la dignité personnelle. L'humanité de la personne emporte une exigence de respect, et le rôle du droit est d'assurer ce respect qui pourra prendre plusieurs formes dont la principale est l'interdit de la réification. La dignité personnelle emporte également des exigences, il faut que la personne soit en mesure d'actualiser son être. C'est alors au droit de fournir à la personne les moyens de cette actualisation. Dans chaque hypothèse, le juriste devra tenir compte de ce fait incontournable : quoi que l'homme fasse, il n'en demeure pas moins un homme. Cette intuition sur laquelle s'était ouverte notre étude a trouvé une confortation à travers un détour par l'histoire des idées. La dignité apparaît alors comme une idée fixe, qui projette au-delà des contingences historiques, sociales et mêmes juridiques, une image indestructible de l'homme. C'est peut-être là l'apport essentiel de la philosophie morale et de la religion : conforter cette idée d'une dignité qui existe indépendamment du droit, et qui peut même exister contre lui, et surtout une dignité qui ne se perd jamais. C'est l'idée de la permanence de l'être qui va constituer un guide lors de l'élaboration et de l'application de la règle de droit.

¹¹⁴⁷ T. De KONINCK, Archéologie de la notion de dignité humaine, *op.cit.*,p.13-50.

739. A partir de la répartition des rôles, on constate que seul le droit doit assurer le respect de la personne et lui fournir les moyens de réaliser les potentialités de son être. Même si la dignité est un impératif en tant que principe philosophique, seule une réalisation effective et inconditionnelle de ses exigences peut lui conférer ce caractère en droit. Il était alors important de rechercher si le droit avait retranscrit dans les règles le caractère impératif de la notion philosophique. Ceci supposait que le principe ne soit concilié avec aucun autre, et que la règle de droit prenne en compte dans tous les cas les exigences de dignité. La recherche de la manière dont les exigences de dignité étaient respectées en droit a été l'occasion de constater l'existence de deux « conceptions » de la dignité dans l'ordre juridique, résultant d'une analyse de la lettre du texte mais également de l'esprit du texte. Il nous a été permis de constater que la notion de dignité avait une certaine utilité dans le droit, en tant que principe permettant une meilleure intégration de chacun dans la société. Nous nous sommes rendu compte de l'embarras dans lequel le principe pouvait parfois plonger le juriste lorsqu'il s'agit de donner le sens de l'humain et de défendre l'humain.

740. La dignité est perçue dans un premier temps comme un moyen de promouvoir la personne vulnérable au sein de la société. On note une volonté de garantir à la personne la meilleure protection possible. C'est ce que nous avons qualifié de « dignité de promotion ». Dans cette hypothèse, c'est la promotion de la personne au sein de la société qui est recherchée. Cette promotion est sous-tendue par la volonté d'établir une égalité réelle entre tous les hommes. Le but est la protection du lien social, lien fragilisé lorsque l'égalité n'est pas respectée entre tous les hommes. La règle de droit intervient alors pour corriger les inégalités, et dans cette optique un consensus se dégage pour faire de la dignité la « voix des sans voix ». La détermination du titulaire de cette protection ne fait aucun doute, les raisons de l'intervention du droit sont comprises par tous et l'intervention du droit est sollicitée par tous. La défense de la personne vulnérable suscite un élan de solidarité qui trouve son expression dans un recours systématique à la dignité. Le recours à la dignité est alors plus, comme nous l'avons vu, la manière d'exprimer sa solidarité avec la personne vulnérabilisée par la situation dans laquelle elle se trouve. C'est au travers de la règle de droit, une manière d'exprimer son indignation. La sauvegarde de la dignité est ainsi perçue : « comme un droit des opprimés, des faibles ou des laissés-pour-compte »¹¹⁴⁸. La dignité est alors véritablement un « outil » pour la fin qu'est la personne en situation de vulnérabilité, et elle est véritablement sollicitée. Nous avons constaté à cette occasion que les droits de l'homme,

¹¹⁴⁸ T. PECH, La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation. *Justices*, Hors-série, n°20, mai 2001, p. 94

devenus droits fondamentaux, avaient été mis au service de cette protection de l'homme vulnérable. On peut d'ailleurs à ce propos relever l'appréhension de la dignité en terme d'absolu. Cela signifie que, selon les cas, tout devra être fait pour que les garanties accordées à la personne soient les plus étendues possibles. Concrètement, dans l'hypothèse d'une personne en situation de vulnérabilité « subie », c'est-à-dire, par exemple, une femme, un enfant, une personne handicapée, tout devra être fait pour s'assurer que ces personnes bénéficient de garanties maximales. Lorsque la vulnérabilité résulte du fait de la personne, c'est l'hypothèse de la personne privée de liberté à la suite d'une décision de justice, où celle de la personne en situation irrégulière. Dans ce cas, se met en place un socle dur de garanties en deçà duquel on ne peut descendre. C'est la primauté de l'être qui justifie un traitement humain à l'égard de ces personnes dont les « comportements illicites » n'ont aucune incidence sur leur appartenance à l'humanité.

741. La seconde conception de la dignité renvoie à la nécessité de défendre l'humain. Il s'agit de protéger la personne humaine face aux développements de la science et de la technique dans le domaine de la biologie humaine. Dans ce contexte, la dignité apparaît comme un concept quelque peu embarrassant en droit. Ceci parce que le sens même de l'humain ne fait pas l'objet d'un consensus. Dans ce contexte, en dépit de l'attachement du juriste à l'interdit de réification, le caractère impératif du principe de dignité est plus que dans n'importe quel autre domaine, une formule creuse. Le paradoxe du droit de la bioéthique que nous avons tenté d'explicitier montre d'une part un interdit dont l'application est relativement aisée, et d'autre part une affirmation redondante de l'indéfinissabilité de la dignité. La protection de l'humain n'est pas soumise de manière péremptoire à une définition de la dignité qui est indéfinissable, mais est soumise à l'identification des exigences de dignité. Or dans le domaine de la bioéthique, cet interdit de réification permettrait, s'il était strictement respecté, d'interdire un certain nombre de pratiques. Encore faudrait-il que ce soit là la finalité de la règle de droit. Or, d'autres impératifs ont très vite dans le domaine éclipsé celui tiré de la « non réification » de la personne, notamment le progrès scientifique et la satisfaction des désirs individuels. La liberté individuelle et la liberté scientifique se posent alors en principes avec lesquels la dignité entre en concurrence, et sur lesquels elle ne prime pas toujours. Nous avons tenté de démontrer comment cet affaiblissement du principe de dignité avait lieu en droit. Cet affaiblissement est sournois, puisque l'obstacle que pourrait constituer la dignité, si ses exigences étaient strictement respectées, est contourné de manière subtile par le législateur. Le débat sur la dignité est déplacé du fond vers la forme. On ne s'interroge plus sur la licéité des pratiques, mais sur les conditions de leur réalisation. La dignité va ainsi

dessiner le cadre éthique de la pratique. L'exigence de dignité se retrouve alors définie en termes de respect du formalisme, on peut cependant, concéder que le respect des conditions de réalisation des actes est érigé en impératif !

742. Ces deux conceptions ont permis de renseigner sur les fins du droit, et de souligner les hésitations constantes entre la volonté de protéger l'individu et le bon ordre social. On a pu noter, la difficile recherche d'un équilibre entre une conception holiste de la société et une conception individualiste. Cette oscillation se traduit notamment par la consécration du pouvoir de l'individu sur son corps dans le cadre du droit de la bioéthique, alors même que par exemple dans d'autres hypothèses, c'est l'intérêt général de la société qui était pris en compte, pour dénier tout pouvoir à l'individu sur ce même corps. En effet, la réglementation du don d'organes montre bien ce pouvoir de l'individu sur son corps, tandis que dans l'affaire du « lancer de nains »¹¹⁴⁹, la personne n'a pas ce pouvoir, puisque ce qu'elle fait de son corps est soumis par l'ordre public à la censure au nom de la préservation de la paix sociale.

743. Au début de notre étude, nous mettions en avant le contexte favorable à une analyse qui mêle les valeurs au droit, qui ne pose plus une séparation nette entre ces deux mondes. De plus, nous soulignons, tout au long de notre étude l'importance de l'idée de dignité en tant que principe indépendant du droit, antérieur à lui et lui « imposant » quelque peu des exigences. Or au terme de notre analyse, nous sommes confrontés à un paradoxe. Alors que la dignité remettait à l'ordre du jour, le jusnaturalisme, sa consécration dans l'ordre juridique participe à un triomphe du positivisme juridique. La dignité ne sera que ce que le droit veut qu'elle soit. Cependant, il faut nuancer nos propos. Le respect de la dignité ne sera que ce que le droit veut qu'il soit. Mme Gimeno-Cabrera retient à propos de la notion de dignité que : « son intégration au sein des normes juridiques n'est que le résultat de la volonté des acteurs juridiques, non une destinée. Loin de s'imposer d'elle-même, la conception philosophique, morale ou religieuse de la dignité a longtemps été écartée par le juriste et sa récente intégration est le fruit de la volonté du constituant, du législateur ou du juge, non d'une entité abstraite et naturelle. Elle atteste d'une évolution des mentalités, d'un choix de société »¹¹⁵⁰. L'influence de la dignité en tant que principe transcendant le droit positif semble avoir disparu à l'horizon normatif. C'est donc le contenu des règles de droit qui va déterminer la consistance de la dignité en tant que principe « juridicisé ». L'ironie du sort est que cette analyse montre que la notion de dignité est tributaire de la règle de droit pour son effectivité.

¹¹⁴⁹ CE. Ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur orge, *AJDA*, 1995, p. 945

¹¹⁵⁰ V. GIMENO CABRERA, *op.cit.*, p.10

Non pas pour que l'homme soit homme *ès qualités*¹¹⁵¹, mais pour qu'il soit le citoyen dont Hannah Arendt souligne le statut plus protecteur que le simple statut « d'homme »¹¹⁵².

744. Ce constat dressé par Mme Rabagny prend tout son sens au terme de notre analyse: « le droit prend donc le parti d'ignorer certains aspects du monde, car la réalité est toujours interprétée à la lumière des besoins de la société »¹¹⁵³. De la même manière que certains ont pu relever une « image juridique du monde »¹¹⁵⁴, il y a alors une « image juridique » de la dignité. Simplement, on peut comprendre cette manière d'appréhender le réel en le déformant par moment pour les besoins de la cause. Cependant, il ne faut pas faire passer ce réel déformé pour la vérité. Nous concevons au terme de notre analyse que dans certaines circonstances, il soit difficile de ne pas « porter atteinte » à la dignité, lorsque de véritables intérêts sont en jeu, lorsque notamment, la vie humaine est en jeu. C'est toute la problématique que soulève notamment la délicate question du don d'organes. Une telle pratique est bien d'utilité publique. Pour cela, il n'est pas possible de l'interdire, cependant il faut affirmer, l'atteinte exceptionnellement tolérée à l'humain. A défaut de préciser qu'il y a dans tel cas une atteinte à la dignité mais que cette atteinte est justifiée par tel ou tel intérêt, on risque de perdre la spécificité de la dignité, et surtout l'interdit de réification risque d'être vidé de sa consistance. N'y a-t-il pas pire qu'une atteinte à la dignité qui ne dit pas son nom ? En effet, ne pas relever les atteintes à la dignité, c'est cela la vulgarisation, la banalisation de la dignité. En effet, n'affirme-t-on pas qu'une « faute avouée serait à moitié pardonnée » ?

745. Le grand danger qui guette la dignité est alors que la banalisation de l'atteinte s'installe et qu'elle finisse par passer inaperçu et n'interpelle plus. Heidegger attire notre attention sur cette caractéristique de la pensée occidentale qui est « l'oubli de l'être » et qui a été stigmatisée par M. Amselek¹¹⁵⁵ à propos de notre attitude en face des phénomènes juridiques. L'auteur dénonce en effet cette attitude qui consiste à ne plus prêter attention à ce qui est là sous nos yeux. Emportés par un quotidien qui ne nous étonne plus, nous avons tendance à ne plus être émerveillés par ce qui nous entoure. Seul un fait nouveau, inattendu, peut bouleverser nos habitudes et notre rapport au monde et nous faire voir avec des yeux nouveaux ce qui a toujours été là. Pour l'auteur, les phénomènes juridiques sont peut-être ceux devant lesquels on s'étonne le moins, parce que le droit fait en quelque sorte partie de

¹¹⁵¹ L'expression est « empruntée » à D. FENOUILLET. Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique, in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes en l'honneur de P. CATALA*. Litec, Paris, 2001. p. 486-528.

¹¹⁵² H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme : L'impérialisme*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1968,348p.p.288 et s.

¹¹⁵³ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*. PUF, 391p.p.15.

¹¹⁵⁴ La formule est empruntée à A. RABAGNY, *L'image juridique du monde, op.cit.*

¹¹⁵⁵ P. AMSELEK L'étonnement devant le droit. *Archives de philosophie du droit*. Tome XIII, 1968.p.163-183.

notre vie quotidienne, à tel point que l'on paraît comme « anesthésié » devant ces phénomènes : « notre conscience quotidienne des phénomènes juridiques est désenchantée »¹¹⁵⁶. C'est l'idée ici d'une banalisation des phénomènes juridiques, et cette banalisation guette à notre avis la dignité, devenue à son tour « phénomène juridique ». En effet, ne pas mettre en avant le caractère exceptionnel de certaines pratiques reviendrait à les « normaliser ». Il ne faut pas que l'atteinte à la dignité tombe dans l'oubli. Plus que les recours abusifs à la dignité, ce sont les atteintes « légalisées et normalisées » à l'humain qui menacent la dignité. Le danger n'est pas là où on l'annonce depuis l'intégration de la notion dans le droit, à savoir la multiplication des cas dans lesquels il est invoqué. En effet, dans ces cas, le juge n'hésite pas à requalifier les faits, à refuser d'accueillir l'argument tiré d'une violation de la dignité là où il n'y en aurait pas. Dans les hypothèses de recours erronés ou abusifs au principe de dignité, on peut encore faire confiance au pouvoir du juge et à sa clairvoyance pour repérer les abus. Le problème est que lorsque le juge intervient, il se fonde sur la règle de droit en vigueur, et si la règle de droit pose qu'il n'y a pas d'atteinte, alors le juge ne peut la retenir. La « normalisation » de l'atteinte à la dignité est le fait de la loi elle-même, puisque celle-ci pose qu'il n'y a pas d'atteinte là où l'on peut pourtant objectivement en relever une. C'est donc contre la légalisation de l'atteinte qu'il faut se prémunir. Il n'est pas possible d'abdiquer à la loi le soin d'attribuer la dignité ou de la dénier à l'humain.

746. C'est là toute l'histoire de la dignité. Loin de se perdre, elle constitue toujours cet espoir d'une humanité qui même incomprise, même mal comprise, finit toujours par se révéler.

¹¹⁵⁶ P. AMSELEK L'étonnement devant le droit. *Archives de philosophie du droit*. Tome XIII, 1968.p.163-183.

BIBLIOGRAPHIE

§ 1 - OUVRAGES GENERAUX

§ 2 - OUVRAGES SPECIAUX

A-MONOGRAPHIES, THESES, MEMOIRES

B- OUVRAGES COLLECTIFS ,ACTES DE COLLOQUE, RAPPORTS

§ 3 - ETUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

§ 1 - OUVRAGES GENERAUX

C. ATIAS, *Philosophie du droit*. PUF, 2004, 362p.

C. de BECCARIA, *Traité des délits et des peines*. (1764) Genève Droz, 1965, Coll. Les classiques de la pensée politique, 80p.

L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*. Montchrestien, Paris, 2003 347p.

L. BOYER, H. ROLAND, *Introduction au droit*, Litec, Paris, 2003. 664p.

M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. PUF, 4^{ème} éd., 2004.

EGLISE CATHOLIQUE, *Catéchisme de l'Eglise catholique*, Bayard 2005, 290p..

R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*. Litec, 2004.

J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*. LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, 493p.

D. CARREAU, *Droit International*, Pedone, Paris, 9^{ème} éd., 2007, 621p.

G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du Code Civil : des contrats et des obligations conventionnelles en général : essai de lecture d'un titre du code : D.E.A de droit privé*, Les cours du droit, 1977.

G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

G. CORNU, *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*. Montchrestien, Paris, 12^{ème} éd., 2005

G. CORNU, *Linguistique juridique*, « Domat, Droit privé, » 3^{ème} éd., Paris, 2005, Montchrestien, 440p.

P. DUBOUCHE, *Pour une théorie générale du droit*, L'Hermès, 2^{ème} éd., 1998.

P-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 8^{ème} éd., 2006, 849p.

R. EISLER, *Kant-Lexikon*. Gallimard, Paris, 1999.

L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 4^{ème} éd., 2007, 622p.

L. FAVOREU (dir.), *Droit Constitutionnel*, 8^{ème} éd., 2005, 763p.

F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin/ Français*, Hachette, 2001 ;

..
A. JACOB (dir.) *Les notions philosophiques. Tome II.* Encyclopédie philosophique universelle, 1990.

A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2006.

G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*. Paris, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2005, 538p.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2004, 874p.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des Droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 780p.

K. RAHNER, H. VORGRIMLER, *Petit dictionnaire de théologie catholique*, Seuil, 1997, 505p.

J-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2002, 3^{ème} éd. LGDJ, Paris, 2002, 821p.

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2006, 8^{ème} édition, 786p

F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*. 7^{ème} éd., Dalloz 2005, 1382p..

D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, PUF, 2007, 2^{ème} édition, 542p.

B. VERGELY, *Petit précis de philosophie*. Editions Milan, 2005, 156p.

M. VERON, *Droit pénal spécial*, Armand Collin, Paris, 2006, 11^{ème} éd., 409p.

M. VIRALLY, *La pensée juridique*. L.G.D.J, Paris, 1998, 225p.

P. WACHSMANN, *Libertés Publiques*, Dalloz, Paris, 2002, 4^{ème} éd, 570p.

§ 2 - OUVRAGES SPECIAUX

A-MONOGRAPHIES, THESES, MEMOIRES

F. ABIKHZER, *La notion juridique d'humanité*. PUAM, 2005, 622p.

F. ALQUIE, *La découverte métaphysique de l'homme chez Descartes*. PUF, 1966. 2^{ème} éd., 384p.

R. ANDORNO, *La bioéthique et la dignité de la personne*. PUF, 1999, 127p.

- F. ARCHER**, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*. L'Harmattan, Paris, 2003, 618p.
- H. ARENDT**, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1983, 414p.
- H. ARENDT**, *Les origines du totalitarisme : L'impérialisme*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1968, 348p.
- D. AUREL**, *Structure de la personne humaine. Limite actuelle entre la personne et les choses*. PUF, 1955, 145p.
- C. ATIAS**, *Philosophie du droit*. PUF, 2004, 362p.
- C. BACHELARD-JOBARD**, *L'Eugénisme, la science et le droit*. PUF, 2001, 345p.
- B. BAERTSCHI**, *Enquête philosophique sur la dignité : anthropologie et éthique des biotechnologies*. Labor et fides 2005, 309 p.
- B. BAERTSCHI**, *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la personne*. PUF, 1995, 311p.
- B. BAERTSCHI**, *Les rapports de l'âme et du corps, Descartes, Diderot et Maine de Biran*. Librairie philosophique J. Vrin, 1992, 434p.
- B. BARRET-KRIEGEL**, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, 118p.
- B. BEIGNIER**, *L'honneur et le droit*. LGDJ, 1995, 660p.
- B. BERNARD**, *Philosophie des droits de l'homme : De Kant à Marx*. PUF, 1990, 132p.
- J. BERNARD**, *La Bioéthique. Un exposé pour comprendre, Un essai pour réfléchir*. Flammarion, 1994, 125p.
- P. BERNARD**, *La notion d'ordre public en droit administratif*. LGDJ, Paris, 1962, 286p.
- A. BERTRAND-MIRKOVIC**, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*. PUAM, 2003, 472p.
- J-R. BINET**, *L'encadrement juridique du progrès scientifique*. Thèse dactylographiée, Toulouse, 2002, 591p.
- J-R. BINET**, *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*. PUF, 2002, 299p.
- J-R. BINET**, *Le nouveau droit de la bioéthique : commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*. Litec, 2005, 183p.
- X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en Droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*. Dalloz, Paris, 2003, 913p.
- E. BLOCH**, *Droit naturel et dignité humaine*. Editions Payot & Rivages, Paris, 2002.

- P. BOAISTUAU**, *Bref discours de l'excellence et dignité de l'homme*. Edition critique par M. SIMONIN Librairie Droz S.A. Genève, 1982, 160p.
- L. BOSSI**, *Histoire naturelle de l'âme*, PUF, Paris, 2003, 480p.
- C. BOUCHINDHOMME**, *Le vocabulaire de Habermas*, Ellipses, 80p
- A. BRAZ**, *Droit et éthique chez Kant : l'idée d'une destination communautaire de l'existence*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, 350p.
- M. BRISBOUT**, *La dignité de la personne humaine*, Mémoire DEA Droit privé, 1999, 110p.
- A. CAMUS**, *L'homme révolté*, In A. CAMUS. *Essais*. Gallimard, Paris, 1965, p.423-709.
- J. CARBONNIER**, *Droit et passion du Droit sous la Ve République*. Flammarion, Paris, 1996, 273p.
- C. CASTETS-RENARD**, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*. L'harmattan, Paris, 2003.516p.
- P. CELLIER et R. DUPUIS**, *Courtoisie chrétienne et dignité humaine*. Mane, 1954, 277p.
- CICERON**, *De l'orateur*. Livre 1^{er}. Traduction d'E. COURBAUD. Edition Les belles lettres, Paris, 1922, 96p.
- P-M. CORDIER**, *Jean Pic de la Mirandole ou « la plus pure figure de l'humanisme chrétien »*. Nouvelles éditions Debresse, Paris, 1957, 191p.
- D. COLLIN**, *Question de morale*. Armand colin, Paris, 2003, 299p.
- COLLSTE GORAN**, *Is human life special ?*, éd. Peter Lang, Berne, 2002, 233p.
- C. Da SILVA-CHARRAK**, *Merleau-Ponty le corps et le sens*. PUF, 2005, 151p.
- T. De KONINCK, G. LAROCHELLE** (dir.), *La Dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine*. PUF, 2005, 176p.
- M. DELMAS-MARTY, C. LUCAS de LEYSSAC**, *Libertés et Droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 2002, 468p.
- M. DELMAS-MARTY**, *Le relatif et l'universel : les forces imaginantes du droit*, Seuil, Paris, 2004, 439p.
- DENYS L'AEROPAGITE**, *La hiérarchie céleste*. Traduction et notes de M. GANDILLAC, Les éditions du cerf, 1958, 225p.
- D. DESCAMPS-MINI**, *Le Statut de l'embryon face au développement de la biomédecine*. Mémoire de DEA, Université de Lille 2, 2001-2002. 111p.

- R. DESCARTES**, *Méditations métaphysique*, in Œuvres philosophiques de Descartes, Traduction de F. ALQUIE, Classiques Garnier.
- X. DIJON**, *Droit naturel. Tome 1, Les questions du droit*. PUF, 1998, 618p.
- S. DION-LOYE**, *Les pauvres et le Droit*. PUF, QSJ, 1997, 126pp.
- C. DUFLOS**, *Kant la raison du droit*. Editions Michalon, 1999, 120p.
- B. EDELMAN**, *La personne en danger*. PUF, 1999, 550p.
- S. EVAIN**, *Le principe de sauvegarde de la dignité et le respect de l'identité de la personne humaine en droit public français*, Thèse dactylographiée, Cergy Pontoise, 1999. 430p.
- T. FERAL**, *Justice et nazisme*. L'Harmattan, Paris, 1997, 108p.
- O. de FROUVILLE**, *L'intangibilité des Droits de l'Homme en Droit international*, A. PEDONE, Paris, 2004, 561p.
- F. FUKUYAMA**, *La fin de l'homme : les conséquences de la révolution biotechnique*, La table Ronde, paris, 2002,366p.
- P. FRUMER**, *La renonciation aux droits et libertés : la Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, 2001, 752p.
- V. GIMENO-CABRERA**, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*. LGDJ, 2004,380p.
- J-Y. GOFFI**, *Penser l'euthanasie : Arguments déontologiques à propos de l'euthanasie*, PUF 2004, 193 p.
- S. GOYARD-FABRE**, *Philosophie critique et raison juridique*. PUF, 2004, 253p.
- S. GOYARD-FABRE**, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Librairie Philosophique J. Vrin, 2002, 372p.
- S. GOYARD-FABRE**, *La philosophie du droit de Kant*. Librairie philosophique J. Vrin, 1996, 292p.
- P. GUENANCIA**, *Lire Descartes*. Gallimard, 2000, 576p.
- GUESLIN** Les gens de rien : Une histoire de la grande pauvreté dans la France du XXe siècle. Fayard, Paris, 2004, 457p.
- J. HABERMAS**, *L'avenir de la nature humaine : vers un eugénisme libéral ?*, Editions Gallimard, Paris, 2001, 180p.
- B. HALIOUA**, *Science et conscience : une histoire de l'éthique médicale*, Editions, Liana Levi, Paris, 2004, 390p.

- C. HECK**, *La hiérarchie céleste dans l'art du Moyen Âge*, Flammarion, 1999, 365p.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ**, *Disposer de soi ? Une analyse juridique sur les droits de la personne sur son corps*. L'Harmattan, Paris, 2004, 447p.
- P. HINTERMEYER**, *La dignité en question*. Buchet/ Chastel, Paris, 2003, 162p.
- O. HÖFFE**, *Introduction à la philosophie pratique de Kant : la morale, le droit, la religion*. Castella, 1985, 325p.
- G. HOTTOIS**, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*. Librairie philosophique J. Vrin, 1999, Paris, 189p.
- E. JACQUEMONT**, *Penser l'humain*, Le Pommier Fayard, 2000, 157p.
- JEAN PAUL II**, *La dignité de l'homme* Collection du Laurier, Paris, 1981, 24p.
- H. JONAS**, *Pour une éthique du futur*, Rivage poche, Paris, 1993, 116p.
- A. KAHN** *Société et révolution biologique. Pour une éthique de la responsabilité*, INRA éditions, 1996, 94p,
- A. KAHN**, *Et l'homme dans tout ça ? Plaidoyer pour un humanisme moderne*, Nil Editions, Paris, 2000, 376p.
- A. KAHN**, *Raisonné et humain ?* Nil Editions, Paris, 2004, 317p.
- E. KANT**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Traduction de V. DELBOS, Delagrave, 210p.
- E. KANT**, *Critique de la raison pratique*. Traduction J. GIBELIN, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, 1974..
- E. KANT**, *Doctrine du Droit*. Bibliothèque de la Pléiade. Gallimard, 1986.
- E. KANT**, *Doctrine de la vertu*. Traduction A. PHILONENKO, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 182p
- E. KANT**, *Idée pour l'histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*. Traduction G. LEROY, notes M. CASTILLO. In J-F. COURTINE (dir.) *Kant histoire et politique*. Librairie philosophique J. VRIN, 1993, p. 87-100.
- H. KELSEN**, *Théorie générale des normes*. PUF, 1996, 604p.
- H. KELSEN**, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 255p.
- J. KIS**, *L'égalité : essai sur les fondements des droits de l'homme*. Collection Esprit/ Seuil, Paris, 1989 253p.

- Z. KLEIN**, *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*. Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1968, 134p.
- T. de KONINCK**, *De la dignité humaine*. PUF, 1995, 244p.
- G. KRÜGER**, *Critique et morale chez Kant*. Beauchesne et ses fils, Paris, 1931, 272p.
- X. LABBEE**. *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*. Presses universitaires de Lille, 1990, 447p.
- E. LABOULAYE**, *Considérations sur les constitutions*. A. DURAND libraire, 1848, 133p.
- J. LACROIX**, *Kant et le kantisme*. PUF, 12^{ème} éd., 1998, 125p.
- J. LAURENT**, *La mesure de l'humain selon Platon*, Librairie philosophique J. Vrin, 2002, 215p.
- B. LAVAUD-LEGENDRE**, *Où sont passées les bonnes mœurs ?* PUF, 2005, 249p.
- H. LECLERC**, *Le Nouveau Code pénal*. Editions du Seuil, 1994, 350p.
- M. LEQUAN**, *La philosophie morale de Kant*, Seuil, 2001, 509p.
- S. LETURCQ**, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil Constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*. LGDJ, Paris, 2005, 401p.
- E. LEVINAS** *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*. Librairie générale française, 1996, 286p.
- E. LEVINAS**, *Ethique et Infini : Dialogue avec Philippe NEMO*. Librairie Arthème Fayard, 1982, 121p
- E. LEVINAS**, *Humanisme de l'autre homme*. Fata Morgana, 1972, 123p
- H. de LUBAC**, *Pic de la Mirandole*. Aubier Montaigne, Paris, 1974, 430p.
- J-M. LUSTIGE**. *Devenez dignes de la condition humaine*, éd. Flammarion, 1995.
- G. MARCEL**, *La dignité humaine et ses assises existentielles*, Editions Aubier Montaigne, 1964, 219p.
- S. MARCEL**, *Corps et âme : Descartes, du pouvoir de représentation aux fictions du Dieu trompeur*. Galilée, paris, 2004, 232p
- I. MARCELA**, *Penser les droits de la naissance*, PUF, 2002, 194p.
- MM. MARZANO-PARISOLI**, *Penser le corps*. PUF, 2002, 181p.
- B. MATHIEU**, *Génome humain et droits fondamentaux*. PUAM, Economica, Paris, 2000, 147p.

- N. MARRET**, *La dignité humaine en droit*, Thèse dactylographiée, Toulouse, 2000.
- B. MAURER**, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris, La Documentation française, 1999, 555p.
- P. MAZIERE**, *Le principe d'égalité en droit privé*. PUAM, 2003, 477p.
- P. MEYER-BISCH**, *Le corps des droits de l'homme : L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*. Editions universitaires de Fribourg, 1992, 401p.
- E. MILLARD**, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995, 502p.
- R. MIRASHI**, *Qu'est-ce que l'éthique ?* Armand Colin, Paris, 1997, 285p.
- I. MOINE**, *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*. LGDJ, 1997, 438p.
- S. MONNIER**, *Les comités d'éthique et le droit : Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*. L'Harmattan, 2005, 620p.
- P. de MONTALIVET**, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*. Dalloz, 2006, 680p.
- J. MOURGEON**, *Les droits de l'homme*. QSJ, PUF, 8^{ème} édition, 2003, 127p.
- M. NADEAU**, *Grâce leurs soient rendues. Mémoires littéraires*. Albin Michel, 1990.
- A. OLLERO-TASSARA**, *Droit « positif » et Droits de l'Homme*, Editions Bière, Espagne, 1997, 203p.
- F. POCHE**, *Une politique de la fragilité : éthique dignité et luttes sociales*. Les éditions du cerf, Paris, 2004, 257p.
- S. PAUGAM**, *La disqualification sociale, Essai sur la nouvelle pauvreté*. Paris, PUF, 1991, 254p.
- F-J. PANSIER**, *La peine et le droit*. PUF, QSJ, 1994, 127p.
- A. PAPAUX**, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*. LGDJ, 2006, 240p.
- PASCAL**, *Pensées*, Chronologie, introduction, notes, archives de l'œuvre, index par D. DESCOTES. Garnier-Flammarion, 1976, 376p.
- G. PECES-BARBA** *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, 82p.
- G. PECES-BARBA**. *Théorie générale des droits fondamentaux*. LGDJ, Paris, 2004, 497p.

C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit : au-delà du positivisme juridique*. Paris, LGDJ, 1984 203p.

L. PERROUIN, *La dignité humaine et le droit*. Thèse dactylographiée. Toulouse I, 2000, 589p.

J. PIC De La MIRANDOLE, *De la dignité de l'homme*. Traduction de Y. HERSANT, Seuil, 1993, 101p.

C-J. PINTO De OLIVEIRA, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme*, Editions Universitaires de Fribourg, 1992, 357p.

PLATON, *PHEDON* in Platon Œuvres complètes, Tome IV, Traduit par P. VICAIRES, Paris, Les Belles Lettres, 1985, 163p.

S. PLOURDE, *Emmanuel Lévinas. Altérité et responsabilité*. Les éditions du Cerf, Paris, 1996, 160p

F. POCHE, *Une politique de la fragilité : éthique, dignité et luttes sociales*. Les éditions du cerf, Paris, 2004, 257p.

J-F. POISSON, *La dignité humaine*. Les études Hospitalières, 2004, 124p

C. POMART, *La magistrature familiale. Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*. L'Harmattan, Paris, 2003, 575p.

P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, 2^{ème} édition, 2001,479p.

PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Traduit par Barbeyrac, Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1987.

F. QUERE, *L'homme maître de l'homme*. Bayard, 2001, 246p.

J. RAYNAUD, *Les atteintes aux Droits fondamentaux dans les actes de droit privé*. PUAM, Aix-en-provence, 2003,439p.

A. RENAUT, *Kant aujourd'hui*, Editions Aubier, 1997, 512p.

M. REVAULT D'ALLONNES, *Ce que l'homme fait à l'homme : essai sur le mal politique*. Seuil, 1995, 167p.

J-F. REY, *La mesure de l'homme : l'idée d'humanité dans la philosophie d'Emmanuel Lévinas*. Editions Michalon, 2001, 351p.

S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*. Paris, LGDJ, 1980,564p.

J-P. RITTER, *Ministèrialité et chevalerie : Dignité humaine et liberté dans le droit médiéval*, Imprimerie Henri Jaunin S.A. Lausanne, 1955, 282p.

J-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Editions sociales, Paris, 1968, 213p.

SAINT AUGUSTIN, *La cité de Dieu*. Tome 3, Traduction et notes J-C. ESLIN, Editions du Seuil, Paris, 1994, 357p.

SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*.

J-B. SANO, *La dignité de la personne humaine comme paramètre incontournable pour la mission évangélisatrice de l'Eglise en Afrique*, 1997, Rome, Pontificia Universitas Urbaniana. 366p.

PH. SASSIER, *Du bon usage des pauvres : Histoire d'un thème politique XVIe-XXe siècle*. Paris, Fayard, 1990, 450p.

M. SCHATTNER, *Souffrance et dignité humaine, pour une médecine de la personne*. Mame, 1995, 303p.

A. SERIAUX, *Le droit naturel*. QSJ, PUF, 2è édition, 1999, 126p.

L. SEVE. *Pour une critique de la raison bioéthique*, Odile Jacob, 1994, 418p.

L. SOZZI *Rome n'est plus Rome: la polémique anti-italienne et autres essais sur la renaissance*. Editions Champion, paris, 2002, 538p.

J. THOMAS, *Le Concile Vatican II*, Les éditions du Cerf, 1989, 126p.

A. TORNAY, *Emmanuel Lévinas : Philosophie de l'autre ou philosophie du moi ?* L'Harmattan, 2006, 167p.

F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et Droits de l'homme : analyse de l'obligation juridique et des moyens des pouvoirs publics français dans la lutte contre l'extrême pauvreté*, Presses universitaires de la faculté de Droit de clermont-Ferrand, 2001, 431p.

S. TZITZIS, *Qu'est-ce que la personne ?* Armand Colin, paris, 1999, 222p.

B. VAN-ROMPU, *La dignité de la personne humaine dans les relations de travail*, Thèse dactylographiée, Lille, 2006, 639p.

WITTGENSTEIN, *Tractatus- Logico Philosophicus*. Traduction P. KLOSSOWSKI, Gallimard, 1986.

A. ZILINSKI *Lévinas : La responsabilité est sans pourquoi*. PUF, 2004, 154p.

B- OUVRAGES COLLECTIFS ,ACTES DE COLLOQUE, RAPPORTS

C .AMBROSELLI, G. WORMSER (dir.), *Du corps humain à la dignité de la personne, : genèse débats et enjeux des lois d'éthique biomédicale*. Centre National de Documentation pédagogique, 1999, 398p.

N. AUMONIER, PH. BARBARIN, P. IDE, X. MIRABEL, M-O. RETHORE, J. RICOT, P. TABOADA, *La dignité humaine en question*. Edition de l'Emmanuel, Paris, 2004, 234p.

J-L. BAUDOUIN, C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, De quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987,288p.

C. BAYLON, X. MIGNOT, *Initiation à la sémantique du langage*, Nathan/HER, 2000, 255p.

C. BYK, *Bioéthique et droit international*, Litec, Paris, 2007, 210p.

R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*. Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, 863p.

C-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 7-18.

V. CHATEL, SOULET M-H. (dir.), *Agir en situation de vulnérabilité*, Les presses universitaires de Laval., 2003 217p.

CENTRE D'ETUDES DES DROITS DU MONDE ARABE, *Les droits fondamentaux : Inventaire et théorie générale*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 471p. p. 21-34

CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *Le préambule de la constitution de 1946 : Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF 1996, 296p.

F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*.

COMMISSION EUROPEENNE, Rapport conjoint sur l'inclusion sociale, 2004, 277p..

CONSEIL D'ETAT, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999, 337p.

C. CRIGNON-De OLIVEIRA, M. GAILLE-NIKODIMOV, *A qui appartient le corps humain ?*, Médecine, politique et droit. Les Belles Lettres, 2004, 295p.

M. DANTI-JUAN (dir.) *Dix ans après la réforme de 1994, Quels repères dans le Code Pénal ?* Editions Cujas, 2005, 255p.

C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J-M LABADIR, A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la pensée*, De Boeck Université, 366p.

T. De KONINCK, G. LAROCHELLE (dir.) *La Dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine.* PUF, 2005, 176p.

T. De KONINCK, *De la dignité humaine.* PUF, 1995. 244p.

N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Editions Erès, 1998, 264p.

E. DOCKES, G. LHUILLIER. *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, 243p.

R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi.* PUF, 2005, 308p.

J-P. DUPRAT (dir.), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Publications de la Sorbonne, 2002, 221p.

ECOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES POLITIQUES ET SOCIALES, *La Dignité.* Aix-en- Provence : PUAM, 2003, 392p.

A. GUILLOTIN, La dignité du mourant. in, P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.317-333.

S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*, LGDJ, 2006, 154p.

S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, et D. ROMAN, *Voyage au bout de la Dignité : Recherche généalogique sur le principe juridique de la dignité de la personne humaine.* Rapport dactylographié, 2004.

S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation.* PUF, 2005,318p.

B. FELTZ, D. LAMBERT (dir.), *Entre le corps et l'esprit.* Ed. Mardaga, Liège, 1994, 290p.

L. FERRY, J-D. VINCENT, *Qu'est-ce que l'homme ?,: Sur les fondamentaux de la biologie et de la philosophie.* Editions Odile Jacob, Paris, 2000, 302p.

J. FERRAND, H. PETIT, (Eds.) *Fondations et naissances des droits de l'homme. L'odyssée des droits de l'homme T.I.* L'Harmattan, Paris, 2003, 447p.

B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *L'embryon humain, approche multidisciplinaire.* Economica, 1996, 338p.

F. FIECHTER-BOULVARD, *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et sa consécration par le droit*, PUG, 2000, 336p.

B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine.* Economica, Paris, 2003, 304p.

J. FERRAND, H. PETIT, *Fondation et naissances des Droits de l'homme. L'odyssée des droits de l'homme*, Tome I. L'Harmattan, 2003, 447p.

D. FOLSCHIED, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, 605p.

J-C GODDARD (dir.), *Le corps*. Librairie philosophique, Librairies philosophiques J. Vrin, 2005, 253p.

M. IACUB, *Penser les droits de la naissance*, PUF, 2002, 194p.

C. JAQUET, T. PAVLOVITS. (dir), *Les significations du « corps » dans la philosophie classique*. L'Harmattan, 2004, 107p.

P. KEMP (dir.), *Le discours bioéthique*. Les éditions du Cerf, 2004, 112p.

G. LAMARQUE, *L'exclusion*, PUF, 1995, 127p.

C. LAZERGES, *Réflexions sur le Nouveau Code Pénal*. Editions A. Pedone, 1995, 169p.

D. LECOURT (dir.), *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?*, PUF, 1999, 89p.30-44.

P. Le TOURNEAU, « Bien faire l'homme » : de la morale avant toute chose, In J. KRYNEN (dir.) *Le droit saisi par la morale*. Presses de l'université de sciences sociales de Toulouse, 2005, 352p. p.21-51.

A. LECA (dir.) *Le handicap, droit, histoire et médecine*, PUAM 2004, 250p.

E. LEVINE, P. TABOUL, *Le corps*. Flammarion, Paris, 2002, 235p.

J-M. LUSTIGER, *Devenez dignes de la condition humaine*. Flammarion/ St Augustin, 1995, 166p.

P. MAGNARD, (ed.), *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, 255p.

S. MALJEAN-DUBOIS, (dir.), *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, 238p.

M. MAUDINET, L'accès des personnes handicapées aux droits sociaux en Europe. Editions du Conseil de l'Europe, 2003, p.127.

Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?* Odile Jacob, 2000, 602p.

E. MONTERO, B. ARS (dir.), *Euthanasie, les enjeux du débat*. Presses de la Renaissance, 2005, p.283.

M-L. PAVIA, T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999, 181p.

P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 423p.

C. PERELMAN. R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, « Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984,374p.

S. PINCKAERS, La dignité de l'homme selon Saint Thomas d'Aquin. in, *De dignitate hominis*, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA, Université de fribourg, 1987, p.89-106.

J-H ROBERT, S. TZITZIS, (dir.) *la personne juridique dans la philosophie du droit pénal.* LGDJ, 2001, Paris, 2001, 125p.

C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne.* Bruylant, Bruxelles, 2004, 704p

A. SERIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain : Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XX^{ème} siècle*, PUAM, 1996, 269p.

A. SERIAUX (dir.), *Le Droit de la biologie humaine : vieux débat, nouveaux enjeux.* Ellipses, Paris, 2000, 174p.

F. SUDRE, J-P MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.* PUF, 3^{ème} édition, 2007, 816p.

O. THOLOZAN, (dir.) « *De jure corporis* » ou la réification du corps humain. PUAM, 2004, 183p.

C. TAUBIRA-DELANNON, A. CASTALDO, *Codes noirs. De l'esclavage aux abolitions*, Dalloz, Paris, 2006, 150p.

F. VARONE, N. SCHIFFINO (dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 254p.p. 27-68

G. VINCENT (dir.), *Le corps : le sensible et le sens.* Presses universitaires de Strasbourg, 2004, 296p.

D. WEBER, G. BIODJEKIAN, *Responsabilité du vivant : quelle place pour la personne ?* L'Harmattan, 2001, 245p.

M. WIEVIORKA (dir.), *Disposer de la vie, Disposer de la mort*, Editions de l'Aube, 2006, 203p.

La personne humaine face au développement des sciences biomédicales : 200 ans après la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, Litec, Paris, 1989, 142p

Le corps, Actes du XXXVe Colloque des intellectuels juifs, Ed. Albin Michel, 1996, 252p.

Le principe de respect de la dignité de la personne humaine. Actes du séminaire UNIDERM, Montpellier 1998.

De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA, Université de fribourg, 1987, 612p.

Des vagabonds aux SDF : approches d'une marginalité, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002, 370p.

Dix ans de lois de bioéthique en France, *RGDM* numéro spécial, Les Etudes Hospitalières, 2006, 230p.

La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-98 : Avenir d'un idéal commun, La Documentation française, paris, 1999, 415 p.

La dignité de l'homme, Actes du Colloque tenu à la Sorbonne-Paris IV en novembre 1992. Textes réunis par Pierre Magnard. Editions Champion, paris, 1995, 254p.

La personne humaine sujet de droit, IVème Journées René Savatier. PUF, 1994, 232p.

L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse de la S.F.D.I., Paris, A. Pedone, 1974, p.132-148.

Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN- JONATHAN. Bruylant, Bruxelles, 2004, 1784p. p. 79-97

§III- ETUDES DOCTRINALES , ARTICLES, NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES

P. AMSELEK, L'étonnement devant le droit, *Archives de philosophie du droit.* Tome XIII, 1968.p.163-183.

F. AST, Les Droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l'Union européenne. In, *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN- JONATHAN.* Bruylant, Bruxelles, 2004, 1784p. p. 79-97

J-B. AUBY, Prescription juridique et production juridique. *RDP,* 1988, p.673.

J-M. AUBY, L'autorité judiciaire gardienne du corps humain ?, in *L'unité du Droit.* Mélanges Drago, Economica, 1996, 486p. p.353-367.

D. ASQUINAZI-BAILLEUX, Droit à l'emploi et dignité, *Ethique, Droit et Dignité de la personne,* Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999 p.123-136.

G. BARICAKO, La charte africaine des Droits de l'homme et des peuples. in J. FERRAND, H. PETIT (Eds.), *Fondations et naissances des droits de l'homme. L'odyssée des droits de l'homme T.I*, L'Harmattan, Paris, 2003, 447p.p.339-361.

D. de BECHILLON, Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? *RTD. civ*, 2002, p.47.

F. BELLIVIER, P. EGEE, L'être humain sans qualités. in, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, 154p.p.121-133.

M. BENCHIK, La dignité de la personne humaine en droit international, in **P. PEDROT (dir.)**, La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 181p. p.39.

W. BENESSIONO, V. NATANALE, Dignité et élections dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, in *La Dignité*, PUAM, 2003, p.67-80.

D. BENSAID, Pour une politique de l'opprimé, *Ordonner le pluralisme : le rôle du droit, Quelles valeurs pour demain ?*, Neuvième forum le Monde Le Mans, Seuil, paris, 1998, p.285-298.

J-L. BERGEL, *Rapport de synthèse*, in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.) *Normativité et biomédecine*. Economica, Paris, 2003, 304p.

X. BIOY, Les crimes contre l'espèce humaine ou de la réintroduction en droit d'une espèce de référent naturel, in, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, p.101-119.

L. BRUNET, C. LEVY, Personne et dignité de la personne : perspectives juridiques, in G. BIODJEKIAN, D. WEBER (dir.), *Responsabilité du vivant : Quelle place pour la personne ?* L'harmattan, 2001, p.129-172.

F. BORELLA, Le concept de dignité de la personne humaine, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999, p.29-38.

S. BOUCHENE, Principe de dignité et droit de la personne, *Déontologie, et soin*. Juin 2002, vol.2, n° 2 .p. 270-274.

O. BOULNOIS, La dignité de l'image ou l'humanisme est-il métaphysique ? in, P. MAGNARD (ed.), *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.103-123

J-F. BREGI, Quelques notes sur le traitement moderne de l'errance à l'époque moderne, Gueux et mendiants devant le juge civil aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles. in *Des vagabonds aux SDF : approche d'une marginalité*, Actes du Colloque d' Histoire du Droit de Saint-Etienne, 20 et 21 octobre 2000, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002, p.77-108.

C. BYK, Sciences de la vie et normes internationales, in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, p.265-275.

C. BYK, Le droit international de la « bioéthique » : « *jus gentium* » ou « *lex mercatoria* ». *J.D.I.* n° 4/ 1997 p.917.

M.-C CAGNOLO, Les droits fondamentaux de la personne handicapée : approche philosophique, in A. LECA (dir.) *Le handicap, droit, histoire et médecine*, PUAM 2004, 250p p.81.

J. CARBONNIER Les notions à contenu variable en droit français de la famille, in C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Les notions à contenu variable en droit, Bruylant, Bruxelles, 1984 p 99-112

D. CAPITANT, Genèse du concept, in, Centre d'études des Droits du monde arabe. *Les droits fondamentaux : Inventaire et théorie générale*. Bruylant, Bruxelles, 2005,471p.p.21-34.

M-P. CAZALS-FERRE, M-C. LLORCA, Précarité et vulnérabilité : notions et approches, *Précarité et vulnérabilité psychologique : comparaisons franco-portugaises*. Erès, 2004, p.29-40.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français. *D. chronique*. P. 323.

J-F. CHASSAING ? Vagabondage et histoire du Droit pénal : synthèse sur le problème du vagabondage du Moyen Âge au 21^{ème} siècle. in *Des vagabonds aux SDF : approche d'une marginalité*, Actes du Colloque d' Histoire du Droit de Saint-Etienne, 20 et 21 octobre 2000, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002, p.15-21.

J. CHARPENTIER, L'action de l'Union Européenne en faveur des personnes handicapées, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999 p.159-172.

J. CHEVALLIER, Essai d'analyse structurale du préambule, *Le préambule de la Constitution de 1946 : Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF 1996, p.13-36

J. CHOMARAT, La Dignité de l'homme selon Erasme, in P. MAGNARD (ed.), *La dignité de l'homme*. Actes du Colloque tenu à la Sorbonne-Paris IV en novembre 1992, Editions Champion, paris, 1995, p.63-71.

C. CLEMENT, Quelques propos sur le principe du consentement en droit médical et hospitalier, *LPA*, 24 juin 1994, n° 76, p.6.

F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit au logement, *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, 2000, p. 167-188.

C. DEBUYST, Les savoirs diffus et présocratiques sur les situations-problèmes, in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J-M LABADIR, A. P. PIRES *Histoire des savoirs sur le crime et la pensée*. De Boeck Université. 366p.

T. De KONINCK, Archéologie de la notion de dignité humaine. in, T. De KONINCK, G. LAROCHELLE (dir.) *La Dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine*. PUF, 2005, 176p.p.9-50.

T. De KONINCK, La maladie peut-elle priver l'être humain de toute dignité ? in E. MONTERO, B. ARS (dir.) *Euthanasie, les enjeux du débat*. Presses de la Renaissance, 2005, p.215-246.

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, note sous Cass. ass. 31 MAI 1991 D.1992, somm, 59.

M. DELMAS-MARTY, Ordonner le pluralisme : *le rôle du droit. Quelles valeurs pour demain ? Neuvième forum le Monde Le Mans*, Seuil, paris, 1998, p.273-284

M-F. DELHOSTE, Les mendiants, ces êtres privés des droits fondamentaux, *RDP*, 2001, n°5 p.1287-1303.

N. DIEDERIECH, Droit à la procréation ou sélection humaine ?, in, N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Editions Erès, 1998, p.9-38.

S. DION-LOYE, La loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998, in **D. GROS, S. DION-LOYE** (dir.) *La pauvreté saisie par le droit*. Le genre humain, 2002, p.112-130.

A. DORSNER-DOLIVET, De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain, loi n°2004-800 du 6 août 2004. *Dalloz* 2004,I, 172.

G. DORVAUX, Dignité de la victime et dignité du délinquant : l'apport de la loi du 8 février 1995, P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.397-407.

C-G. DUBOIS, Montaigne : La reconquête de la dignité humaine sur l'indignité des temps., in P. MAGNARD (ed.), *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.173-183.

L. DUBOIS, La réglementation internationale in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.) *Normativité et biomédecine*, Economica, Paris, 2003, 304p p.105-115.

J. DUCHENE, Du corps objet au corps expressif : l'ontologie phénoménologique de Merleau-Ponty, in B. FELTZ, D. LAMBERT (dir.) *Entre le corps et l'esprit*. Mardaga, 1994, p. 33-51.

B-M. DUFFE, Une éthique de la dignité peut-elle avoir un sens sans prendre appui sur le principe de réciprocité ?, in J. FERRAND, H. PETIT (Eds.), *Fondation et naissances des Droits de l'homme. L'odyssée des Droits de l'homme*. Tome I. L'Harmattan 2003, p.166-170.

J-P. DUPRAT, Introduction, in *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*. Publications de la Sorbonne, paris, 2002, p.1-12.

R-J. DUPUY, Droit déclaratoire et droit programmatoire : De la coutume sauvage à la « *soft law* » in, *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 1974, p.132-148.

P. EGEA, Décision et disposition à l'heure de la biopolitique, in **M. WIEVIORKA (dir.)** *Disposer de la vie, Disposer de la mort*. Editions de l'Aube, 2006, p. 182-193.

P. EGEA, Liberté et consentement : les formes de la volonté dans le droit de la bioéthique ». in, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, p.135-150.

B. EDELMAN, L'arrêt Perruche : une liberté pour la mort ? *D.* 2002, doctrine, n° 30, p. 2349.

B. EDELMAN, Le concept juridique d'humanité. In B. EDELMAN *La personne en danger*. PUF, 1999.550p.

B. EDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau. *D.* 1997, chron. 85.

B. EDELMAN, Le Conseil constitutionnel et l'embryon. *D.* 1995, chronique p. 205-210.

E. ETCHELAR, P. POLI, La dignité de la personne humaine en droit international, in *La dignité*. -M. PONTIER (dir.). PUAM 2003, p.81-112.

L. FAVOREU, note CC. 27 juillet 1994 . 94-343/344 DC., *D.* 1995, jur. p. 237.

E. FAYE, La dignité de l'homme selon Charles de Bovelles, in P. MAGNARD(dir.), *La dignité de l'homme*. Champion, Paris, 1995, p.125-142.

D. FENOUILLET, La nécessité d'une réglementation législative spécifique in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine*. Economica, Paris, 2003, 304p. p.67-77.

D. FENOUILLET, Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique, in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Etudes offertes en l'honneur de P. CATALA*. Litec, Paris, 2001. p. 486-528.

B. FEUILLET-LE MINTIER, Personne et éthique Médicale, in D. FOLSCHIED, B. FEUILLET-LE MINTIER et J-F. MATTEI (dir.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997p.279-294.

F. FIECHTER-BOULVARD, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in **F. FIECHTER-BOULVARD (dir.)** *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, 2000, p. 13-32

J. FIERENS, La dignité humaine comme concept juridique, In **J. FERRAND, H. PETIT (Eds.)** *Fondation et naissances des Droits de l'homme. L'odyssée des Droits de l'homme*. Tome I. L'Harmattan.2003, p.171-184.

J. FIERENS, La consécration juridique du principe de respect de la dignité humaine est-elle efficace ? *Agir en situation de vulnérabilité*. Les presses universitaires de Laval, 2003, p.63-84.

D. FOLSCHEID, L'embryon ou notre docte ignorance in, B. FEUILLET-LE MINTIER *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*. Economica, 1996, 338p p. 25-43.

D. FOLSCHEID, J-J WUNENBURGER, L'expérimentation en médecine, in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, p.185-193.

D. FOLSCHEID, J-J WUNENBURGER, Le nouveau contexte éthique de la médecine. in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.) *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, p.159-172

D. FOLSCHEID, J-J WUNENBURGER, La gestion des corps, in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, 605p. P.209-220

D. FOLSCHEID, J-J WUNENBURGER, La médecine de l'amélioration. in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.) *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, p.221-232.

D. FOLSCHEID J-J WUNENBURGER, La vie finissante. in D. FOLSCHEID et B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.) *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, p.233-246

T. FOSSIER, La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs. Loi n° 2001-588 du 4juillet 2001. *D.* 2001, a.r, p.1479

P. FRAISSEIX, La sauvegarde de la dignité de la personne et de l'espèce humaines : de l'incantation à la « judiciarisation », *RRJ*, 1999-4, p.1133-1151.

P. FRYDMAN, L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. *RFDA*, 1995, p.1204-1217.

F. FURKEL, Réflexions sur normativité et biomédecine en République Fédérale d'Allemagne, B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine*. Economica, Paris, 2003, p.53-63.

J-C. GALLOUX, *De corpore jus*. Premières analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29juillet 1994. *L.P.A.* 14 décembre 1996.

S. GANDREAU, Des droits de l'homme aux droits de l'humanité, in *Fondation et naissances des Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, p.239-255

J. GENTZLER, *What is a death with dignity ? Journal of Medicine and Philosophy*, 2003, vol.28 n°4, p.461-487.

C. GIRARD, Le droit international de la bioéthique. L'universalisation à visage humain ? in S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, p.51-69.

C. GIRAULT, CEDH. Pretty c/Royaume Uni, 29 avril 2002.*JCP. G. II*, 10062.

V. GODFRIN, Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999p. 137-158.

S. GOYARD-FABRE, La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : Une philosophie de l'espérance, *Droits*, 1988, p.41-54.

C. GRAND, *Le délit de vagabondage au XVIIIème siècle : une illustration jurisprudentielle de la justice prévôtale de Lyon*. in *Des vagabonds aux SDF : approche d'une marginalité* Actes du Colloque d' Histoire du Droit de Saint-Etienne, 20 et 21 octobre 2000, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2002,p.121-146.

S. GRATALOUP, La vulnérabilité de la règle de droit, **F. FIECHTER-BOULVARD** (dir.) *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. PUG, 2000, p. 33-45.

GIL, J. MORANGE,La position du comité national d'éthique, in *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales : 200 ans après la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789*. Litec, Paris, 1989, 142p. p.97-100.

C. GREWE, Les déclarations nationales de l'immédiat après-guerre. *La Déclaration universelle des droits de l'homme.1948-98 : Avenir d'un idéal commun*,La Documentation française, 1999, p.125-129.

S. GUILLEN, Dignité de la personne humaine et Police administrative. *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.175-204.

A. GUILLOTIN, La dignité du mourant, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999 p.317-335.

D. GUTMAN, Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? in *L'avenir du droit*. Mélanges en hommage à François Terré. PUF, 1999, p.329-341.

F. HAMON, note sous CE. ass. 27 octobre 1995, *JCP.G. II*. 22630.

C. HAROCHE, Remarques sur les incertitudes et les ambiguïtés du droit à la dignité, *Le préambule de la constitution de 1946 : Antinomies juridiques et contradictions politiques*. PUF 1996, p. 230-238.

S. HENNETTE-VAUCHEZ, Bioéthique, biodroit, biopolitique : Politique et politisation du vivant, in, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique : réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 Août 2004*. LGDJ, 2006, p.29-50.

J. HERSCH, Les fondements des Droits de l'homme dans la conscience universelle. *La Déclaration universelle des Droits de l'homme 1948-98 : Avenir d'un idéal commun*. La documentation française, 1999, p. 35-44.

M. HERZOG-EVANS, Homme, homme juridique, et humanité de l'embryon , *RTD. civ.*, 2000, p.65

P. IMBERT, Droits des pauvres, pauvres droits. Réflexion sur les droits économiques, sociaux et culturels. *R.D.P.* 1989, p. 740.

R. JAVELET, La dignité de l'homme dans la pensée du XIIe siècle, in *De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA*, Université de fribourg, 1987, 612p. p.39-87.

P. JACOPIN, J. LAGREE, *Erasmus Humanisme et langage*. PUF, 1996, 126p.

L. JEANNIN, Le principe de dignité en droit allemand, in *Voyage au bout de la dignité : recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*, Rapport dactylographié, Paris, 2004,p.203-232.

L. JEANNIN. Le principe de dignité en droit allemand. in, S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. PUF, 2005, p.158-175

L. JEANIN, Fonctions interprétatives et enjeux de l'usage de la notion de dignité appliquée à l'article 3 CEDH, in C-A. CHASSIN (dir.) *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006,p.101-119.

B. JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, *R.D.P.*, n°1, 1999, p. 197.

J-P. JOSSUA, Dieu est-il indispensable ou inutile à la dignité de l'homme ?, in *De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA*, Université de fribourg, 1987, 612p.p. 369-381.

A. KAHN, Quelle dignité pour l'embryon humain ? Préface, in B. FEUILLET-LE MINTIER *L'embryon humain, approche multidisciplinaire*. Economica, 1996, 338p.

D. KAMBOUCHNER, Descartes : Que peut le corps humain sans l'âme ? in C. JAQUET, T. PAVLOVITS, *Les significations du « corps » dans la philosophie classique*.(dir.) L'Harmattan, 2004,

P. KEMP, La bioéthique en droit et le biodroit en éthique, in P.KEMP (dir.), *Le discours bioéthique*. Les éditions du Cerf, 2004, 112p.p.13-34.

P. KEMP, Quatre principes éthiques: L'autonomie, la dignité, l'intégrité la vulnérabilité .In P. KEMP (dir.), *Le discours bioéthique*, Les éditions du Cerf, 2004, p.99-112.

T. KENNEYBREW, La défense des droits familiaux de l'étranger en France par la convention européenne des droits de l'homme, in P. KAHN *L'étranger et le droit de la famille : Pluralité éthique, pluralisme juridique*, La Documentation française, 2001, 283p.p. 249, 276.

D. KESLER, Introduction, in *Le corps, Actes du XXXV^e Colloque des intellectuels juifs*. Ed. Albin Michel, 1996, 252p, p.11-17.

D. KRETZMER, E. KLEIN *The concept of human dignity in Human Rights discourse*. Kluwer Law International, 2002, 313p.

J-M. LABADIR, Corps et crime de Lavater (1775) à Lombroso (1876) in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J-M LABADIR, A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la pensée*,. De Boeck Université, 366p., p.293-345

H. LABAYLE, L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme, *RFDA* 1997, p.977.

C. LABRUSSE-RIOU, Responsabilité, Droit des personnes et sciences de la vie. *Droits et cultures*. 1996, p.69

J. LADRIERE, Le problème de l'âme et du corps dans la conception classique, in B. FELTZ, D. LAMBERT (dir.), *Entre le corps et l'esprit*, Ed. Mardaga, Liège, 1994, 290p. p.11-31.

M-T. JOIN-LAMBERT, Exclusion : pour une plus grande rigueur d'analyse. *Droit social*, 1995, p.215-221.

A. LANGLOIS, Le principe de dignité et son origine dans la Déclaration universelle des droits de l'homme in S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. GIRARD, L. JEANNIN, M. LOISELLE, D. ROMAN, *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*. PUF, 2005, p. 302-308.

M-P. LANFRANCHI, Vie et mort du projet de convention sur le clonage reproductif. In S. MALJEAN-DUBOIS, Les timides développements d'un bio-droit mondial face aux rapides avancées des sciences de la vie.in, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*, Editions A. Pedone, Paris, 2005, p.13-32

M. LARRALDE, L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté, in CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p.209-236.

R. LEGROS, Les notions à contenu variable en droit pénal, in C. PERELMAN, R. VANDER ESILT (dir.), Les notions à contenu variable en droit, P.21-37.

F. LE GUNEHEC, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine, *J-CL Pénal*, 1996.

- G. LEBRETON**, *Ordre public, ordre moral et lancer de nain*, *D.* 1996, jurisprudence, p.177.
- G. LEBRETON**, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine. *Mélanges Patrice Gelard*, Montchrestien, 1999, 483p. 53-63
- M. LEMENNICIER**, Le corps humain : Propriété de l'Etat ou propriété de soi ?, in *Droits*, 1991, t. 13, p. 111-121.
- N. LENOIR**, Bioéthique, constitutions et droits de l'homme, *Diogène*, 1995, n°172, p. 13-36.
- M. LEVINET**, L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. *R.T.D.H* 1999. p. 89-118.
- M-A. LHERMITTE**, Pouvoirs sur la vie, pouvoirs sur la mort, les rôles du droit, in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?* Odile Jacob, 2000, 501p.539-548.
- D. LOCHAK**, La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? In P. AMSELEK (dir.) *Théorie du droit et science*. PUF, 1994, p.293.
- D. LOCHAK**, La notion de libertés publiques. Libertés, valeurs, et interdits. In Ph. TRONQUOY (dir.), *Les libertés publiques*, Les cahiers français, 2000, n° 296. p.26-33.
- C. LOMBOIS**, La personne, corps et âme, in *La personne humaine sujet de droit*. IVème Journées René Savatier. PUF, 1994, 232p.p.57- 71.
- P. MAGNARD**, *Ordre et Dignité*, in P. MAGNARD (ed.), *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.3-12.
- S. MALJEAN-DUBOIS**, Les timides développement d'un bio-droit mondial face aux rapides avancées des sciences de la vie. In, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2005, p.13-32
- P. MARTENS**, Encore la dignité humaine : Réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte, in *Les Droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*. Mélanges en l'honneur de P. LAMBERT. Bruylant, 2000, p.561-579.
- E. MARTINEZ, E. TERRIER**, Avant-propos, in Dix ans de lois de bioéthique en France. *RGDM* numéro spécial, Les Etudes Hospitalières, 2006, 230p.
- B. MATHIEU**, La dignité de la personne humaine : Du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel, in, A. SERIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain : Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XX^{ème} siècle*. PUAM, 1996, p.212-236.
- B. MATHIEU**, Pour une reconnaissance de « principes matériels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *D.* 1995, chron. p. 211.
- B. MATHIEU**, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, *D.* 1996, chron. p. 282.

B. MATHIEU, Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain, *R.D.P.* 1999, n° 1, p.93-111.

B. MATHIEU, La place des normes constitutionnelles dans le droit de la bioéthique. in B. FEUILLET-LE MINTIER(dir.) *Normativité et biomédecine*. Economica, Paris, 2003, 304p. p.67-77.

B. MATHIEU, La bioéthique ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme ?, in S.MALJEAN-DUBOIS (dir.) *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*. Editions A. Pedone, Paris, 2006 P.85-110.

B. MATHIEU, Le principe de dignité à l'épreuve de la réglementation des pratiques bioéthiques, in Dix ans de lois de bioéthique en France, *RGDM* numéro spécial, Les Etudes Hospitalières, 2006, 230p.p.213-230.

J-F. MATTEI, La bioéthique et la dignité de l'homme.in S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *La Société internationale et les enjeux bioéthiques*, Editions A. Pedone, Paris, 2005, 238p. p.210-216.

J-F. MATTEI, L'énigme de la dignité ou le principe d'Antigone in *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999, 423p.p. 3-11.

J-F. MATTEI, La liberté et la responsabilité, in D. FOLSCHEID, B. FEUILLET-LE MINTIER, J-F. MATTEI (dir.) *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. PUF, 1997, p.85-92.

Y. MAYAUD Observations . sous Cass.crim. 11 déc. 2001, *RSC*, 2002, p. 324.

G. MEMETEAU, Vie biologique et personnalité juridique, in *La personne humaine sujet de droit*. IVème Journées René Savatier. PUF, 1994, p.21-55.

G. MEMETEAU, Il y a des lois bioéthiques. Dix ans de lois de bioéthique. *RGDM*, N° spécial, 2006, p. 49-91.

G. MEMETEAU, L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur. *JCP*, 1976. I 2781.

A. MICHEL, La dignité humaine chez Cicéron, in P. MAGNARD (ed). *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.17-24.

C. MILLON-DELSOL, Les fondements de l'idée de dignité humaine. *Ethique*, 1992, n° 4. p.90-97.

A. MINAZZOLI, La dignité humaine en question : Montaigne contre Malebranche., in P. MAGNARD *Ordre et Dignité*, in P. MAGNARD (ed.) *La dignité de l'homme*, actes du colloque tenu à la sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.3-12.

- P. MISTRETTA**, La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal. *JCP*, 2005, I, 100.
- N. MOLFESSIS**, La dignité de la personne humaine en droit civil.in, M-L. PAVIA, T. REVET (dir.) *La dignité de la personne humaine*, Paris : Economica, 1999, p.107-136.
- C. NEIRINCK**, L’embryon humain ou la question apparemment sans réponse de la bioéthique, *LPA*, 1998, n°29.
- C. NEIRINCK**, La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d’une notion philosophique, P. PEDROT (dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l’honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.39-50
- S. PHILLIPS-NOOTENS**, La bioéthique, une menace pour les droits de l’homme ? Du discours à la réalité, in, M. HELMONS-SILVIO (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*. Académia, Bruxelles, 1999, 199p.
- H. OBERDOFF**, La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux, in J-M. GALABERT, M-R. TERCINET (éd.), *Mélanges en l’honneur du professeur Gustave Peiser*. PUG, 1996. 550p.p.379-392.
- M. M. OLIVETTI**, Des Droits humains aux Biodroits. In P. KEMP (dir.) *Le discours bioéthique*. Les éditions du Cerf, 2004, 112p p.87-98.
- E. PAILLET**, La dignité de la personne majeure protégée. *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l’honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999p. 283-300
- D. PASTINE**, Pic de la Mirandole. La liberté : absence de conditions ou « ratio » pédagogique, In, P. MAGNARD (ed), *La dignité de l’homme*, actes du colloque tenu à la Sorbonne, nov. 1992, Honoré Champion, Paris, 1995, p.87-101.
- M-L. PAVIA**, La découverte de la dignité de la personne humaine, in **M-L. PAVIA, T. REVET**, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999,p.3
- B. PAUVERT**, Quel homme pour les Droits de l’homme ? Les droits de l’homme au risque de la bioéthique *Fondation et naissances des Droits de l’homme*, L’Harmattan, 2003, p.203-238
- P. PEDROT**, Avant-Propos : La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire, in *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l’honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999
- P. PEDROT**, La dignité de la personne humaine à l’épreuve des technologies biomédicales, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l’honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999 p.51-64
- C. PERELMAN**, Essai de synthèse, in, C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir), Les notions à contenu variable en droit Bruylant, Bruxelles, 1984 .p.365

O. PFERSMANN, Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux, in L.FAVOREU(dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 4^{ème} édition, 2007, 622p.p. 86.

E. PICARD, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? *AJDA* 1998, Chronique, p. 651.

E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, in Les droits fondamentaux une nouvelle catégorie juridique ?, *AJDA*, 1998, n° spécial.

S. PINCKAERS, *La dignité de l'homme selon Saint Thomas d'Aquin*, in *De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA*, Université de fribourg, 1987, 612p.p.89-107.

M. PINTO, L'écriture de la Déclaration universelle : les lacunes et les compromis, in *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-98 :Avenir d'un idéal commun*. La Documentation Française, 1999, p.183-189.

C. POMART, Les dispositions légales non normatives : une invitation à prendre la normativité en terme de *continuum*, *RRJ*, 2004, n° 3, p.1679.

J-M. PONTIER, Avant-propos in *La Dignité*, PUAM, 2003, p.9-13.

C.RAMOND, Sur quelques problèmes posés par la conception mécaniste du corps humain au XVII^e siècle, in J-C GODDARD (dir.), *Le corps*. Librairie philosophique J. Vrin, 2005, 253p p.103-120.

F. RANGEON, Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule, *Le préambule de la Constitution de 1946 : Antinomies juridiques et contradictions politiques*. PUF 1996p. 169-186.

S. RETTERER, Le concept de dignité en droit communautaire : du droit positif au droit prospectif. *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p. 87-104.

L. REVERSO, La pensée juridique romaine face aux « Droits de l'Homme » : l'exemple de Cicéron, *Fondation et naissances des Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, p.13-48.

M. REYDELLET, La dignité des étrangers, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999 p.227-260.

M-A. RICARD, Le défi du politique, in T. De KONINCK, G. LAROCHELLE. *La dignité humaine : philosophie, droit, politique, économie*. PUF, 2005, p.87-112.

J. RICOT, Le handicap porte-t-il atteinte à la dignité de l'homme ?, in AUMONIER, PH. BARBARIN, P. IDE, X. MIRABEL, M-O. RETHORE, J. RICOT et P. TABOADA, *La dignité humaine en question*, L'Emmanuel, Paris, 2004, 534p. p.173-191.

S. RIALS, Les standards, notion critique du droit. in *Les notions à contenu variable en droit* C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir), Les notions à contenu variable en droit Bruylant, Bruxelles, 1984, p.26-35.

J-M. ROUX, Un sujet toujours en quête de son personnage : l'embryon humain, in A. SERIAUX (dir.), *Le Droit de la biologie humaine : vieux débat, nouveaux enjeux*. Ellipses, Paris, 2000, 174p. p.5-17 ;

J. RUBELLIN-DEVICHI, Le droit et l'interruption de grossesse, *LPA*, 7juin 1996 p.19.

V. SAINT-JAMES, Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français. *D.* 1997, chron. p.61-66.

P. SALVAGE, Le consentement en droit pénal, *RSC*, 1991,p..707.

N. SCHIFFINO , La Biopolitique a de l'avenir, in F. VARONE, N. SCHIFFINO (dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruylant, Bruxelles, 2003,p. 243-254.

PH. SECRETAN, Blaise Pascal, penseur de la dignité, in *De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos- Josaphat PINTO de OLIVEIRA*, Université de fribourg, 1987, 612p.p.205-217.

P. SEGUR, La dimension historique des libertés et droits fondamentaux, in R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*. Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, 863p, p.7-26.

L. SENTIS, Penser la personne. *Nouvelle Revue Théologique*. Septembre-Octobre 1994, p.679-873.

R. SEVE, Les libertés et droits fondamentaux et la philosophie in **R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE, T. REVET**, *Libertés et droits fondamentaux*. Dalloz, 2006, 12^{ème} édition p. 27-32.

R. SIMON, Le concept de dignité de l'homme en éthique, in *De dignitate hominis. Mélanges offerts à Carlos-Josaphat PINTO de OLIVEIRA*. Université de Fribourg, 1987, p.265-278.

V. SOMMACO, Euthanasie. Peut-on reconnaître un droit à la mort ?,*RGDM*, 2003, n° 91, p. 167.

F. SUDRE, Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la convention européenne des droits de l'homme ? in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*. Bruylant, Bruxelles, 1995, 483P., p. 381-398.

F. SUDRE, L'économie générale de l'article 3 CEDH., in C-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 7-18.

R. SUGRANYES de FRANCH, in *De dignitate hominis, Mélanges offerts à Carlos-Josaphat PINTO de OLIVEIRA*, Université de fribourg, 1987, 612p.p.173-203.

P. TAP, M. de LOURDES VASCONCELOS, Conduites et stratégies personnelles face aux changements socio-économiques, *Précarité et vulnérabilité psychologique : comparaisons franco-portugaises*. Erès, 2004, p.9-28

F. TERRE, Pitié pour les juristes ! *RTD civ.*, 2002, p. 247.

J-P. THERON, Dignité et libertés, propos sur une jurisprudence contestable, *Pouvoirs et libertés*, Etudes offertes à J. Mourgeon, Bruylant, Bruxelles, 1998.

C. THIBIERGE, Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p.599.

M. J THIEL, *La dignité humaine, perspectives éthiques et théologiques*, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p.130-164.

J-P. THOMAS, La bioéthique à l'épreuve de la finitude in, D. LECOURT (dir.), *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?* PUF, 1999, 89p.30-44.

D. THOUVENIN , note sous **Cass. ass. plén. ; 31 mai 1991, D. 1991**

D. THOUVENIN, La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique, *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149, p. 25.

D. THOUVENIN, Les lois bioéthiques ou comment masquer les intérêts contradictoires ?, in, D. LECOURT (dir.), *La bioéthique est-elle de mauvaise foi ?* PUF, 1999, 89p.50-78.

J-M. TRIGEAUD, La personne humaine, sujet de droit. *La personne humaine sujet de droit*. IVème Journées René Savatier. PUF, 1994, 232p.

P. TRONQUOY (dir.), Les libertés publiques. *Les cahiers français*. n°296, 2001.

P. TRUCHE, La notion de crime contre l'humanité, *Esprit* Mai 1992, n° 181.

S. TZITZIS, Politique internationale : la personne et le droit humanitaire, in J-H. ROBERT, **S. TZITZIS** (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*. LGDJ, 2001. Paris, 125p.

S. TZITZIS, L 'éthique des Droits de l'Homme et les diversités culturelles, in **J. FERRAND et H. PETIT (Eds.)**, *Fondation et naissances des Droits de l'homme. L'odyssée des Droits de l'homme*. Tome I. L'Harmattan 2003, p.185-192.

F. VARONE, N. SCHIFFINO, Politique de la procréation médicalement assistée en Belgique : Un paradis Bioéthique ? in F. VARONE, N. SCHIFFINO (dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 27-68.

G. VERMELLE, Emergence de la Dignité, in M. Danti-Juan (dir.) *Dix ans après la réforme de 1994, Quels repères dans le Code Pénal ?* Editions Cujas, 2005, 255p.

A. VIALA, La pensée juridique peut-elle se passer de la dualité être/devoir-être ? In, D. ROUSSEAU (dir.) *Le droit dérobé*. Montchrestien, 2007, 189p. p.71-95.

D. VIGNEAU, « Dessine-moi un embryon », *LPA*, 1994, n° 149, p.162.

A. VITU, Dignité de la personne et procès pénal, *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999 p.387-395.

D. VIRRIOT-BARRIAL, Dignité de la personne humaine, *J-cl. Pénal.*, 2004.

A. VITU, Dignité de la personne et procès pénal, in P. PEDROT (dir.) *Ethique, Droit et Dignité de la personne*, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE., Economica, Paris, 1999 p.387-395

C. WALLA La dignité humaine en droit constitutionnel allemand. in *Le principe de respect de la dignité de la personne humaine*. Actes du séminaire UNIDERM, Montpellier 1998.

W.WOLBERT, The kantian formula oh fuman dignity and its implications for bioethics, in *Ethics*, vol.4, n°1, 1998,p.18-23

INDEX ANALYTIQUE

(Les chiffres correspondent aux numéros des paragraphes)

A

Ame :

- Définition : 668
- opposition au corps : 88, 651 et s.

Animal : 116, 112

Asservissement : 584 et s.

Autonomie

- notion kantienne : 183, 184
- droit à l'autonomie : 416 et s.

Aristote 658 et s.

B

Bioéthique :

- définition 573 et s.
- droit international de la bioéthique, 576 et s.

Bizutage : 585

C

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : 34

Cicéron 106 et s.

Clonage : 603 et s.

Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité : 230, 684 et s.

Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : 32, 478, 483 et s.

Convention américaine des droits de l'homme : 33

Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain du 4 novembre 1997 : 601

Consentement 706 et s.

Contraception : 603 et s.

Corps humain :

- Brevetabilité : 583
- corps humain et personne : 651 et s.
- indisponibilité : 698

D

Descartes : 653 et s.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 28, 226, 398, 503, 505 et s., 550

Déclaration universelle des droits de l'homme : 31, 57, 345, 346, 503, 506, 595

Denys l'Aréopagite : 72 et s., 122

Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme : 601

Dieu : 62, 84 et s., 92 et s., 125, 182, 380

Dignitas : 6, 78 et s., 113 et s., 120 et s., 227, 246

Discriminations : 230, 681 et s.

Don d'organes : 711 et s., 717 et s., 720 et s.

Droit

- Droit naturel et droit positif : 44 et s., 359, 531
- Droits de l'homme : 27 et s., 495, 498 et s., 528 et s., 541
- Droits fondamentaux : 517, 528 et s., 553 et s.
- Droit mou, droit dur : 590 et s., 596 et s.

E

Embryons : 625 et s., 630 et s.

Esclavage : 9

Etranger :

- Etranger en situation irrégulière : 489 et s.
- Eloignement du territoire : 492 et s.

Euthanasie : 274 et s.

H

Habermas : 621 et s.

Handicap : 412 et s., 517 et s., 722 et s.

Homme abstrait et homme concret : 134 et s., 192, 538, 539, 563

Humanisme : 97 et s., 105 et s., 137, 138, 147 et s.

Humanité :

- Notion : 12 et s.
- crime contre l'humanité : 14
- Patrimoine commun de l'humanité : 15

I

Impératif :

- impératif catégorique : 165, 167
- impératif hypothétique : 165, 166

Interruption de grossesse : 638 et s.

J

Juridicisation : 322 et s., 354, 385, 606

K

Kant : 118, 129, 142 et s., 146 et s., 158 et s.

L

Lévinas : 131 et s., 141 et s. 146 et s., 158 et s.

Liberté :

- individuelle : 284, 635, 638
- de la recherche : 636
- V° autonomie

-V° consentement

M

Merleau-Ponty : 660 et s.

Montaigne : 138

Morale :

- bonnes mœurs : 20 et s.
- et droit : 320, 328, 333
- moralité : 18 et s., 197 et s., 281 et s.,

N

Nazisme : 10

Notion à contenu variable :

- notion : 270, 290 et s., 301
- notion-cadre : 308 et s.
- notion floue : 302, 311 et s.
- standard : 304 et s.

P

Pic de la Mirandole : 71, 100, 635

Pascal : 200 et s.

Platon : 72, 88, 90, 652

Personne

- V° corps humain
- personnalité (Kant) : 210

Prostitution : 288

Proxénétisme : 230, 288

R

Respect : 217, 221 et s., 230, 356, 397

Réification de la personne : 289, 579 et s.

S

Saint Augustin : 67

Saint Thomas d' Aquin : 70

Stérilisation : 722 et s.

U

Universalité : 455, 461, 512 et s.

V

Vulnérabilité : 432, 44, 452, 454, 457, 463, 468 et s., 472 et s.

- personne vulnérable : 149, 153 et s., 433.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	<i>Page</i>
§1 : La distinction de la notion de dignité par rapport à d'autres notions juridiques	2
A) La dignité distincte de la dignitas	2
B) La dignité distincte des droits de l'homme	3
C) La dignité distincte de l'humanité	5
D) La dignité distincte de la moralité	8
§2 : La rencontre entre le droit et la dignité	11
A) La dignité comme solution à la crise des droits de l'homme	12
1° La crise des droits de l'homme	12
2° L'apparition de la dignité dans les textes juridiques	14
a) La consécration par le droit international	14
b) La consécration par les ordres juridiques internes	16
B) La dignité comme solution à la crise du sujet	18
1° La crise du sujet de droit	18
2° La consécration de la dignité dans le droit de la bioéthique	20
§ 3 : La Démarche retenue	21
A) Un contexte favorable à une approche jusnaturaliste	22
B) Une analyse philosophique	23
C) Une étude juridique	24
§4 : La problématique retenue	26
PREMIERE PARTIE : La réception de la dignité au sein de l'ordre juridique	29
TITRE PREMIER : L'apport matériel de la philosophie et de la religion	31
Chapitre 1 : La richesse des sources philosophiques et religieuses	33
Section 1 : La dignité comme marque de la supériorité humaine	35
§ 1 : Une affirmation unitaire	35
A) Un contexte historique particulier	35
B) Une adhésion commune à l'idée d'une hiérarchie des êtres	37
1° La définition de hiérarchie des êtres	37
2° Le recours à la <i>dignitas</i> pour rendre compte de la supériorité humaine	40
§ 2 : Des fondements diversifiés	42
A) Le fondement religieux	42
1° La création de l'homme à l'image de Dieu	43
2° L'incarnation rédemptrice du verbe	46
B) Les fondements philosophiques	48
1° Le contexte particulier de l'humanisme	48
2° Les justifications ontologiques	49
3° La dignité comme conquête	52

Section 2 : L'affirmation de la dignité dans les rapports des hommes entre eux	57
§ 1 : Un nouveau cadre pour la dignité : la communauté humaine	57
A) La contestation de la dignité comme marque de la supériorité humaine	57
B) L'affirmation de la dignité comme marque d'appartenance à la communauté humaine	61
1° La fin de toute idée de hiérarchie entre les êtres humains	61
2° La dignité comme valeur partagée par tous les êtres humains	64
§ 2 : Un nouveau sujet pour la dignité : l'homme concret	67
A) De l'homme abstrait à l'homme concret	67
1° L'avènement d'une dignité pour temps de crise	67
2° L'avènement de l'homme concret	70
B) De l'homme concret à la personne vulnérable	72
1° L'humanisme lévinassien	72
2° La personne vulnérable comme sujet privilégié de la dignité	75
Chapitre 2 : L'influence majeure de la notion kantienne de dignité	79
Section 1 : La notion kantienne de dignité	80
§ 1 : La définition de la notion kantienne de dignité	80
A) La forme de la notion kantienne de dignité	80
1° Les différents impératifs	80
2° L'impératif catégorique	82
a) La définition de l'impératif catégorique	82
b) Les différentes formules de l'impératif catégorique	83
c) La troisième formule de l'impératif catégorique	84
B) Le contenu de la notion kantienne de dignité	84
1° Le titulaire de la dignité kantienne	84
a) La distinction entre le phénomène et le noumène	84
b) L'homme être raisonnable et fin en soi	86
c) Le rôle de l'autonomie	87
2° La dignité comme valeur spécifique de la personne	88
§ 2 : La critique de la notion kantienne de dignité	89
A) Une notion <i>a priori</i> inaccessible	89
1° La critique générale de la morale kantienne	90
2° La critique spécifique de la notion kantienne de dignité	91
B) Une lecture juridique faussée	95
1° Un scepticisme justifié	95
2° Une confusion possible	97
3° Une confusion inéluctable ?	98

Section 2 : L'apport substantiel de la notion kantienne de dignité en droit positif	101
§ 1 : L'adaptation juridique de la notion kantienne de dignité	101
A) Une adaptation facilitée par la dimension humaniste de la notion kantienne de dignité	102
B) Une adaptation facilitée par la dimension éthique de la notion kantienne de dignité	105
§ 2 : La notion kantienne de dignité comme référence au sein de l'ordre juridique	107
 TITRE SECOND : L' influence des origines philosophiques et religieuses sur la juridicisation de la notion de dignité	 115
 Chapitre 1 : La recherche infructueuse d'une définition normative de la notion de dignité	 117
Section 1 : L'impossibilité de définir la notion de dignité	119
§1 : La dignité comme notion indéfinissable, une situation dérangeante	119
A) La réalité sémantique	120
1° Les définitions relevées	120
a) La définition de la dignité dans les dictionnaires généralistes	120
b) La définition de la dignité dans les dictionnaires spécialisés	121
2° L'analyse des définitions relevées	123
B) La polémique autour de la sémantique	124
1° L'embarras du juriste	124
2° L'obsession juridique	126
§2 : La dignité comme notion indéfinissable, une situation arrangeante	129
A) La multiplication des conceptions subjectives	129
B) Les utilisations partisans de la notion de dignité	132
1° La dignité dans le débat sur l'euthanasie, dignité entre liberté et image de soi	133
a) Le droit de mourir dans la dignité	134
b) La dignité, ultime rempart contre l'euthanasie	135
2° L'affaire du « lancer de nains », la dignité entre moralité et contingences sociales	136
Section 2 : L'impossibilité de classer la dignité dans la catégorie des notions à contenu variable	143
§ 1 : Une impossibilité justifiée par le caractère instrumental des notions à contenu variable	144
§2 : Une impossibilité justifiée par l'incompatibilité de la dignité avec les différentes notions à contenu variable.	147
A) Les différentes catégories de notion à contenu variable	147

B) La confrontation de la dignité avec les différentes catégories de notions à contenu variable	149
1° La dignité, un standard juridique ?	150
2° La dignité, une notion cadre ?	151
3° La dignité, une notion floue ?	153
Chapitre 2 : La recherche infructueuse d'un principe juridique autonome de dignité	157
Section 1 : La double nature morale et juridique du principe de dignité	158
§ 1 : Le débat doctrinal	158
A) La revendication de l'autonomie du fait de la juridicisation	159
1° La définition de la juridicisation	159
2° La juridicisation comme preuve suffisante d'autonomisation	161
B) Le maintien de l'autonomie malgré la juridicisation	163
1° La théorie de la transformation de Josef Esser	163
2° La distinction de l'éthique privée et de l'éthique publique	164
§ 2 : Le rôle des acteurs de la juridicisation	166
A) Le point de vue international	167
1° Le contexte particulier de la juridicisation	167
2° L'efficacité juridique minorée	169
B) Le point de vue interne	171
1° La juridicisation délicate d'un idéal	172
2° Une juridicisation purement formelle	172
Section 2 : La répartition des rôles entre droit et philosophie	176
§ 1 : La détermination d'une assise pour la juridicisation	176
A) L'hypothèse doctrinale d'une collaboration entre droit naturel et droit positif	176
1° La question générale des rapports entre droit naturel et droit positif	177
2° L'hypothèse de la collaboration entre droit naturel et droit positif	178
B) Le rôle spécifique du droit : la réalisation des exigences de dignité	183
1° L'ambivalence de la notion de dignité	184
2° La nécessité de l'intervention du droit	189
§2 : La dignité comme principe directeur ultra directif	191
A) Une nature plus conforme aux caractéristiques de la notion	191
1° La recherche d'une forme juridique appropriée	192
2° L'hypothèse de la dignité comme principe directeur ultra directif	194
B) Une nature plus conforme aux applications constatées : l'exemple de la loi du 11 février 2005 relative au handicap	198
1° L'exigence d'autonomie	199
2° L'exigence d'intégration sociale	203

DEUXIEME PARTIE : Les deux conceptions de la dignité résultant de l'ordre juridique	207
TITRE PREMIER : Consensus autour de la dignité de promotion	209
Chapitre 1 : La dignité comme fondement de la protection de la personne vulnérable	211
Section 1 : L'évolution du mode d'articulation de la vulnérabilité et de la dignité au travers de l'exemple de la pauvreté	212
§ 1 : Dignité et pauvreté, des rapports contrariés	213
A) La pauvreté, source de dignité	213
B) Le pauvre frappé d'indignité	215
§ 2 : Dignité et pauvreté, des rapports apaisés	219
A) La nouvelle figure du pauvre	219
B) La conception moderne de la vulnérabilité	223
Section 2 : La critique du mode d'articulation de la vulnérabilité et de la dignité	227
§ 1 : La revendication d'une dignité particulière pour la personne vulnérable	228
A) Le refus d'une dignité particulière pour la personne vulnérable	228
B) Le refus de la catégorisation et de la stigmatisation de l'humain	230
1° Le refus de la catégorisation de l'humain	231
2° Le refus de la stigmatisation de l'humain	232
§ 2 : La nécessité d'une protection particulière pour la personne vulnérable, une exigence de dignité	234
A) La protection de la personne vulnérable, comme but légitime de la société démocratique	235
1° La protection de la personne : la finalité de toute association politique	235
2° Le caractère superfétatoire du recours à la dignité	237
B) Le rôle déterminant du principe de dignité dans la protection de la personne vulnérable	239
1° L'idée d'une permanence de l'être	239
a) La dignité comme notion ambivalente	239
b) La traduction juridique de la permanence de l'être	241
2° L'évolution de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme	244
a) La protection classique contre les traitements inhumains	244
b) L'exigence nouvelle d'un traitement humain	245
3° La protection de l'étranger en situation irrégulière	245
a) Une situation complexe	248
b) La protection de la personne en situation irrégulière sur le territoire	250
c) La situation de la personne menacée d'un éloignement du territoire	252

Chapitre 2 : La dignité comme moteur de la promotion des droits fondamentaux	255
Section 1 : La dignité comme fondement incontestable des droits de l'homme	257
§ 1 : La caractérisation du lien entre la dignité et les droits de l'homme	257
A) La spécificité du lien entre la dignité et les droits de l'homme	258
B) La dignité comme principe sous-jacent dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789	261
§ 2 : Les conséquences de la dignité comme fondement sur la formulation des droits de l'homme	265
A) Les droits fondamentaux de la personne handicapée	268
B) Le droit fondamental à un logement décent	271
Section 2 : La dignité comme fondement improbable des droits fondamentaux	274
§ 1 : La distinction entre droits de l'homme et droits fondamentaux	274
A) Une distinction <i>a priori</i> terminologique	275
1° Une substitution terminologique	275
2° Une amélioration terminologique	277
B) Une distinction <i>a posteriori</i> substantielle	279
§ 2 : La détermination du lien entre la dignité et les droits fondamentaux	282
A) Le processus de spécification des droits	282
B) Les droits fondamentaux comme moyen pour la dignité comme fin	286
1° La dignité comme fondement d'une fundamentalité qui s'impose	288
2° La dignité comme finalité d'une fundamentalité que l'on impose	289
TITRE SECOND : Négociations autour de la dignité de protection	293
Chapitre 1 : L'affaiblissement formel du principe de dignité	295
Section 1 : La dignité, principe impératif en droit de la bioéthique ?	296
§ 1 : Dignité et biodroit, une rencontre fortuite ?	296
A) La dignité en tant que principe fondamental du droit de la bioéthique	296
1° Le droit de la bioéthique, terre d'élection de la dignité	296
2° Le droit de la bioéthique, terrain de prédilection de la dignité	300
B) L'interdit de la réification, une exigence fondamentale de dignité	301
1° La définition de la notion de réification	302
2° L'évolution contestable de la notion de réification	304

§ 2 : Dignité et biodroit, un rendez-vous manqué	307
A) L'inscription de la dignité dans des textes dénués de valeur contraignante	307
1° La réalité de l'existence de normes juridiques non-contraignantes en droit de la bioéthique	308
2° Le droit mou n'est pas du droit	310
3° Le droit mou est du droit	314
B) La dignité comme slogan en droit de la bioéthique	317
1° Les raisons tenant aux formules employées pour la juridicisation de la notion de dignité	317
2° Les raisons tenant à l'absence de respect des exigences matérielles de dignité, l'exemple du clonage	320
a) L'interdiction quasi-unanime du clonage à visée reproductive	320
b) La condamnation timorée du clonage thérapeutique	321
Section 2 : La dignité soumise aux impératifs du droit de la bioéthique	325
§ 1 : La dignité, valeur parmi d'autres du droit de la bioéthique	325
A) La remise en cause du caractère absolu du principe de dignité	326
1° Le caractère absolu du principe de dignité, marque de ses origines métaphysiques	326
2° Le caractère relatif du principe de dignité, conséquence de sa juridicisation	328
B) Les raisons tenant au processus particulier du droit de la bioéthique	331
1° La logique de la discussion	331
2° Les conséquences de la logique de la discussion sur la portée du principe de dignité	332
§ 2 : La dignité confrontée aux autres valeurs du droit de la bioéthique	335
A) La dignité confrontée au progrès scientifique : l'exemple de la recherche sur l'embryon	337
1° Les faveurs faites au progrès scientifique	340
2° L'embryon sacrifié sur l'autel du progrès scientifique	340
B) La dignité confrontée à la liberté individuelle : l'exemple de l'interruption volontaire de grossesse	344
1° Un conflit de dignités ?	344
2° Le triomphe de la liberté individuelle	347
Chapitre 2 : L'affaiblissement matériel du principe de dignité	353
Section 1 : La dignité comme principe unifiant la personne et le corps	354
§1 : La question philosophique des rapports de l'âme et du corps	354
A) Les théories dualistes	354
1° La primauté de l'âme	355
2° Le dualisme cartésien, le corps comme machine	356
B) Les théories monistes	360

§ 2 : La traduction juridique de la question des rapports de l'âme et du corps	363
A) La préférence du droit pour la logique moniste	363
1° La tentation dualiste	364
2° La faveur du droit pour le monisme	367
B) La dignité, principe unifiant le corps à la personne en droit pénal	369
1° L'importance du corps dans la sanction en droit pénal	371
2° La protection de la dignité dans le Code pénal, une protection de la personne par son corps	373
a) Les discriminations	373
b) Les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité	375
Section 2 : La dignité reléguée au respect du formalisme	378
§1 : La construction de l'hypothèse	378
A) L'alibi dualiste	378
1° La consécration par le droit de la distinction du corps et de la personne	379
2° La mise à disposition du corps	382
B) L'alibi formaliste	384
1° L'exigence d'un formalisme strict, garantie suffisante du respect de la dignité ?	384
2° La volonté comme expression privilégiée de la dignité en droit de la bioéthique	386
§2 : La vérification de l'hypothèse	388
A) Le dépeçage légal de l'humain : la question du don d'organes	389
1° Les problèmes éthiques soulevés par le don d'organes	389
2° La position du droit positif	392
a) La permanence de la personne malgré le prélèvement d'organes	392
b) L'encadrement strict de la pratique	393
3° L'inéluctable atteinte à la dignité par le don d'organes	396
B) L'esquisse d'un cadre légal pour la stérilisation de la personne handicapée mentale	398
1° Une impunité de fait	400
2° Une intervention discrète	401
Conclusion générale	405
Bibliographie	415
Index analytique	447
Table des matières	453

Résumé

Selon Kant, la personne n'a pas comme les choses, un prix ; elle a une dignité, c'est-à-dire une valeur intrinsèque qui en fait une fin en soi qui ne doit jamais être traitée simplement comme un moyen. Réfléchir aujourd'hui sur la notion de dignité en droit, c'est s'interroger sur les conséquences de la juridicisation de cette notion sur la protection de la personne humaine, mais également sur les conséquences pour la notion de dignité elle-même : notion philosophique elle était un idéal, consacrée en principe juridique est-t-elle toujours une valeur absolue ? Pour répondre à ces questions il fallait confronter la philosophie au droit. La dignité étant reçue par le droit et non pas créée par lui, il s'agit d'une réflexion sur l'utilisation et l'utilité de cette notion en droit.

Summary

According to Kant, the person has not for things, a price; she has a dignity, that is an intrinsic value which makes it the end in itself which must be never treated simply as a means. Reflect on the notion of dignity today, it is to wonder about the consequences of the juridicisation of this notion on the protection of the human person, but also on the consequences for the notion of very dignity: philosophic notion it was an ideal, dedicated as a rule legal is it still an absolute value? To answer these questions it was necessary to confront Philosophy with Law. The dignity being received by the law and not created by it, it is about a reflection on the use and the utility of this notion in law.

Mots clés:

Bioéthique
Dignité
Droits de l'homme
Droits fondamentaux
Réification de la personne
Respect de la personne humaine
Vulnérabilité