N° Spécial 19 | 2020

LA DIGNITÉ
DE LA PERSONNE HUMAINE FACE AUX DÉFIS DU SIÈCLE
APPROCHE COMPARÉE

USEK Law Journal

Ouvrage collectif

Sous la direction scientifique de

Pascale BOUCAUD, Franck VIOLET
Céline BAAKLINI, Reine DAOU et Bechara KARAM

UCLy
LYON CATHOLIC UNIVERSITY

Presses de l'Université Saint-Esprit de Kaslik | USEK

LA DIGNITÉ

DE LA PERSONNE HUMAINE FACE AUX DÉFIS DU SIÈCLE

APPROCHE COMPARÉE

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Nº Spécial 19 | 2020

LA DIGNITÉ
DE LA PERSONNE HUMAINE FACE AUX DÉFIS DU SIÈCLE
APPROCHE COMPARÉE

Ouvrage collectif

Sous la direction scientifique de

Pascale BOUCAUD, Franck VIOLET
Céline BAAKLINI, Reine DAOU et Bechara KARAM

UCLy
LYON CATHOLIC UNIVERSITY

USEK
Presses de l'Université Saint-Esprit de Kaslik

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La Revue juridique de l'USEK est ouverte à tous les enseignants et chercheurs en matière de Droit. Ces derniers pourront envoyer leurs articles tapuscrits à l'adresse suivante :

Université Saint-Esprit de Kaslik
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél. : +961 9 600 651
Fax : +961 9 600 011
Mél. : fdroit@usek.edu.lb
usek.edu.lb

Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté. La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.

En collaboration avec :
L'Université Catholique de Lyon

Comité scientifique :
Pascale Boucaud, Franck Violet *(Université Catholique de Lyon)*
Éric Savaux, Bechara Karam, Céline Baaklini, Reine Daou, Ghada Karam *(Université Saint-Esprit de Kaslik)*.

La Revue juridique de l'USEK est une revue publiée depuis 1992.

ISSN 1026-3268
eISSN 2664-8156

© PUSEK, Kaslik, 2020
Tous droits réservés
Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél. : +961 9 600 275
Fax : +961 9 600 273
Mél. : pusek@usek.edu.lb
usek.edu.lb

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Sommaire

PRÉFACE

Pascale Boucaud, Franck Violet
Céline Baaklini, Reine Daou et Bechara Karam

La dignité de la personne humaine face aux défis du siècle :
Approche comparée 7

INTRODUCTION

Georges Eid

La dignité humaine : De la métaphysique au politique 13

PARTIE I : LA DIGNITÉ AU COMMENCEMENT DE LA VIE

Gerard Mémeteau

Once upon a time, l'enfant conçu 39

Claire Marliac

Dignité et bioéthique 65

Anne-Laure Sagon

Éclairages sur l'emploi du principe de dignité de la personne humaine dans la régulation de la gestation pour autrui : un principe occulte 85

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

PARTIE II : LA DIGNITÉ AU COURS DE LA VIE

Laurence Gatti

La dignité en protection : où tout commence, où tout finit 113

Pascale Boucaud

La traite d'êtres humains en Europe 135

Nathalie Potin et Florence Wady

Investment and Human Rights: from nowhere to a stronger commitment towards human dignity? 159

Geneviève Iacono

Le travail décent, une mise à l'épreuve concrète du principe de dignité au sein de l'OIT 193

Bahia Atallah et Marie Fayad

Hannah Arendt ou le sceau de la dignité humaine : Vers une expression d'une communication active concertée 211

Maya Jreissati et Marie Fayad

Quelle place aujourd'hui à la dignité dans l'agir humain ? 231

Marie-Christine Piatti

Quand le rire est indigne 249

PARTIE III : LA DIGNITÉ EN FIN DE VIE

Dominique Breillat

Peine de mort et dignité 277

Céline Baaklini, Reine Daou et Bechara Karam

La fin de vie : mourir dans la dignité 307

Céline Baaklini, Reine Daou et Bechara Karam

Dignité post-mortem 329

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

PRÉFACE

Pascale Boucaud, Franck Violet, Céline Baaklini, Reine Daou et Bechara Karam

Le Liban et la France sont historiquement liés dans le domaine de la formation et de la recherche et spécialement la région lyonnaise et celle de Beyrouth, ce depuis plus de 100 ans. Dans ce contexte, l'Université Saint-Esprit de Kaslik basée dans la baie de Jounieh et l'Université catholique de Lyon située au cœur de Lyon ont développé des coopérations à la fois variées et riches des valeurs que les deux établissements partagent, ce depuis de nombreuses décennies. Les Sciences religieuses et théologiques ont très tôt fait l'objet de collaborations, avant que les Sciences juridiques ne soient à leur tour honorées à la fin du siècle passé. D'autres champs de la connaissance sont aujourd'hui travaillés par des enseignants-chercheurs issus des deux bords de la méditerranée comme le Business ou encore les Biotechnologies.

Le Droit est au cœur d'une relation forte entre ces deux établissements. De nombreuses mobilités d'études ou de stages sont organisées chaque année. Des professeurs invités participent régulièrement à des enseignements ainsi qu'à des activités scientifiques à la fois variées et nombreuses. Ce partenariat étroit a permis de tisser des liens forts entre les deux Facultés de Droit, autorisant un enrichissement mutuel des deux communautés, permettant à des étudiants de découvrir certaines spécificités des deux droits nationaux dont les origines sont pourtant communes. C'est à la faveur de cet environnement que l'idée d'une nouvelle forme de coopération s'est fait jour.

Le concept de dignité humaine est travaillé depuis de nombreuses années par certains chercheurs des deux établissements. Alors qu'il a

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

pu être naguère considéré comme un dogme intangible reconnu par un grand nombre de textes internationaux, dont la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée par l'Organisation des Nations-Unies en 1948, il semble qu'il soit aujourd'hui, plus qu'hier et moins que demain, l'objet de remises en cause au détour de situations extrêmement variées. La dignité de la personne humaine est en 2020 chahutée, négociée au gré des défis auxquels l'humanité toute entière est confrontée. Les situations dans lesquelles le respect de la personne humaine est questionné, sont désormais récurrentes. Ce phénomène paraît sans frontière et questionne l'avenir même de la personne.

Dans ce contexte d'interrogation forte de sens, des enseignants-chercheurs de l'USEK et de l'UCLY ont décidé de lancer une réflexion comparée qui a pour ambition d'observer cette érosion du concept de dignité de la personne humaine et de relever éventuellement des perceptions convergentes ou bien divergentes de ces évolutions. L'ensemble se présente sous la forme d'un ouvrage collectif qui a été porté par le Centre de Recherche Juridique de la Faculté de Droit et des sciences politiques de l'USEK, sous la coordination de Céline BAAKLINI, Reine DAOU et Bechara KARAM, ainsi que par le Pôle de recherche Sciences juridiques, politiques et sociales de l'Unité de Recherche Confluence Sciences et Humanités de l'UCLY, sous la coordination de Pascale BOUCAUD et de Franck VIOLET.

Partant du constat que « *la dignité de l'être humain est intangible* » et que « *tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger*[1] », le Comité scientifique *ad hoc* constitué de Pascale BOUCAUD, Franck VIOLET, Éric SAVAUX, Ghada KARAM, Céline BAAKLINI, Reine DAOU et Bechara KARAM a construit sa réflexion sur la reconnaissance juridique du principe de respect de la dignité de la personne humaine qui avait initialement pour objectif d'exorciser les horreurs de la deuxième guerre mondiale et la crainte du « *crépuscule* » de l'humanité.

Face à la déshumanisation qui a caractérisé cette sombre période, le droit international affirmera alors l'intangibilité de la dignité humaine. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme, dans son article premier, proclame que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit* ». Un an plus tard, la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne consacrait le respect de la dignité de l'être humain en tête de

1 Alinéa 1er de l'article 1er de la Loi fondamentale d'Allemagne (1949).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ses dispositions. Depuis lors, nombre de textes nationaux et internationaux ont intégré ce principe[2].

Ce grand principe dont on a considéré que la primauté était universelle et intemporelle, est de nos jours parfois bafoué : ventes d'esclaves, traitement des réfugiés et déplacés, misère mais aussi déviations des progrès techniques, eugénisme, marchandisation du corps et de ses produits, etc.

C'est dans ce contexte que le Comité scientifique a souhaité s'interroger sur la réaffirmation du respect de la dignité humaine et, surtout, sur l'étendue de l'application de ce principe. Car si la dignité est « *constante dans ses composantes ontologiques* », elle est néanmoins « *dynamique dans ses concrétisations*[3] ».

Les spécialistes du sujet le savent bien, l'approche de la notion n'est pas des plus aisées, surtout en l'absence d'une définition légale. Dans un certain sens, le mot peut signifier l'honneur. Dans un autre sens, la dignité est la valeur intrinsèque de l'Homme, indépendamment de tout critère physique, social ou économique. Dans son sens kantien, la dignité signifie que l'Homme ne doit jamais être traité seulement comme un moyen[4]. Ce dernier sens, nous le retrouvons aussi dans les dictionnaires juridiques[5]. Mais force est de constater que cette définition par la fonction reste trop floue et que le contenu concret ne saurait être découvert qu'au gré d'une approche

---

2 En France, le Conseil constitutionnel a reconnu le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation dans la décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; 2 jours après, une loi introduisait la protection de la dignité dans le Code civil (article 16). Plus récemment, l'article 51 de la Constitution égyptienne de 2014 dispose : « *La dignité est un droit pour toute personne* ». V. aussi le Pacte arabe des Droits de l'Homme, art. 3, al. 3 : « *Les hommes et les femmes sont égaux en dignité humaine* ». La Constitution libanaise ne contient aucune mention spécifique de la dignité ; toutefois le préambule de 1990 dispose dans son alinéa B que le Liban concrétise les principes de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme dans tous les champs et domaines sans exception.

3 G. HOBEIKA, « Les dimensions philosophiques de la dignité humaine », *Annales de philosophie et des sciences humaines*, Université Saint-Esprit de Kaslik, 2004, p. 100.

4 V., pour ces définitions : Ch. GODIN, *Dictionnaire de philosophie*, Fayard – éd. du temps, 2004, V° « dignité » ; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 10e éd., 1968, V° « dignité ».

5 V. : *Vocabulaire juridique* (dir. G. CORNU), Association H. Capitant, PUF, 11e éd., 2016, V° « dignité » ; *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23e éd., 2015, V° « Dignité de la personne humaine ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

inductive. La dignité est inhérente à la personne humaine. Mais qu'entend-t-on par personne humaine ? Quand commence-t-elle ? Quand finit-elle ?

Ces questionnements suggèrent un travail de qualification juridique : la dignité doit-elle s'appréhender en termes de droit subjectif extrapatrimonial, de Droit de l'Homme, de droit fondamental ? De surcroit, ce concept de dignité humaine entretient des relations complexes avec les droits de la personnalité, tel que le droit à la vie, le droit au logement, le droit au travail etc. Ce qui suppose une question importante : quelle est son utilité juridique dès lors qu'existent d'autres droits particuliers qui protègent aussi bien la personne humaine ? S'agit-il d'un droit superflu ? D'un droit subsidiaire[6] ? D'un droit-matrice à la base de tous les autres droits ?

Ces nombreuses interrogations renouvelées justifient assez naturellement la confection d'un ouvrage collectif qui leur est dédié. En effet, si la littérature sur le sujet est abondante, la plupart des écrits, soit ont une approche fragmentaire (portant sur tel ou tel aspect particulier, comme le droit de la santé), soit envisagent la dignité dans le cadre d'ensembles plus globaux, tels que les droits fondamentaux. L'œuvre que le lecteur tient entre ses mains se propose de cibler la dignité de la personne humaine en soi, en tant qu'objet principal de recherche. En cela, le Comité Scientifique qui a pensé ce travail veut réaffirmer haut et fort l'intangibilité de la dignité de l'Homme, quel qu'il soit, d'où qu'il soit ; une affirmation proclamée à partir de deux pays, de deux régions du monde qui ont été et qui sont encore témoins çà et là de la fragilité de la dignité humaine. Fidèles à leur tradition humaniste, le Centre de Recherche juridique de la Faculté de Droit de l'USEK et le Pôle de Recherche Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de l'UCLY ont sollicité quelques contributeurs dont les écrits ici livrés ont permis de penser le concept dans une approche temporelle de la personne, depuis sa naissance jusqu'à sa mort.

Tel un pont entre les deux rives de la mer que nous avons en partage, Georges EID, Sociologue, a accepté le redoutable exercice consistant à introduire le concept de dignité humaine en revenant sur ses fondements lesquels ont inspiré le Politique depuis des décennies, voire des siècles.

---

6 V. par ex., Ph. COSSALTER, « La dignité humaine en droit public français : l'ultime recours », *in La dignité de la personne humaine : conférence-débat*, Centre de droit public comparé, Université Panthéon-Assas, 30/10/2014, *Revue générale du droit*, nov. 2014, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/11/06/la-dignite-humaine-en-droit-public-francais-lultime-recours/>, consulté le 25/5/2020.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Ensuite, assez naturellement, un premier ensemble comporte quelques études dédiées à l'analyse de la dignité au commencement de la vie. Gérard MEMETEAU redécouvre ainsi le difficile sujet de l'enfant conçu. Parce que les progrès des biotechnologies sont spectaculaires depuis plus de 20 ans, ils nous obligent à nous questionner sur les limites qui devraient être fixées dans le champ de ces inventions. Claire MARLIAC embrasse ce questionnement et nous livre une belle analyse de l'articulation nécessaire entre bioéthique et dignité de la personne humaine. Enfin, Anne-Laure SAGON nous apporte un éclairage très instructif de l'emploi du principe de dignité de la personne humaine dans la régulation de la gestation pour autrui, sujet d'actualité renouvelé au gré des évolutions législatives çà et là opérées.

La question de la dignité au cours de la vie constitue le second ensemble de cet ouvrage. Elle concerne d'abord les personnes en situation de vulnérabilité. C'est ainsi que Laurence GATTI revisite la protection juridique des majeurs au regard du principe de dignité, que Geneviève IACONO évoque le travail décent comme mise à l'épreuve concrète de ce principe. Dans le même sens, nous nous interrogeons sur la lutte contre la traite des êtres humains en Europe. La question de la dignité au cours de la vie est également évoquée à travers le rire, essentiel à la vitalité de chacun. Dans un très beau texte intitulé « Quand le rire est indigne », Marie-Christine PIATTI nous explique que l'« *on peut rire de tout*, *mais pas n'importe comment* ». Il y aurait alors une limite éthique fine à trouver, entre le propre de l'humour, qui est de franchir les limites, et le propre de l'éthique, qui est d'en trouver. Il s'agit peut-être d'entrevoir en permanence cette *common decency* que défendait Orwell, cette sorte de *bon sens* universel, cette conscience morale minimale qui peut faire entrevoir quand les limites de l'indigne ont été franchies. Enfin, l'on relèvera une articulation peu commune entre investissements internationaux et Droits de l'Homme qui est particulièrement bien questionnée par Mesdames Nathalie POTIN et Florence WADY. L'ensemble de ces textes sont éclairés par des interrogations philosophiques essentielles : Quelle place aujourd'hui à la dignité dans l'agir humain de Marie FAYAD et Maya JREISSATI, et la dignité humaine selon Hannah Arendt, de Marie FAYAD et Bahia ATALLAH.

Trois textes composent le dernier ensemble de l'ouvrage. Ils abordent la problématique de la dignité en fin de vie et au-delà de la mort. Le mourir dans la dignité et la dignité *post mortem* sont questionnés par Céline BAAKLINI, Reine DAOU et Bechara KARAM. Quant à la dignité de la personne condamnée à mort, sur laquelle les auteurs restent généralement silencieux, elle est appréhendée avec justesse, par Dominique BREILLAT.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

INTRODUCTION
La dignité humaine : De la métaphysique au politique / Human Dignity: From Metaphysics to Politics

Georges Eid, *Enseignant-chercheur en sociologie*, *Membre de la Chaire UNESCO*, *Université Catholique de Lyon*, *Membre associé du Centre Max Weber à Lyon*

Abstract

Dignity is not a criterion for classification. Neither is it an intrinsic value inherent to every human being. It is, nonetheless, the only absolute value in a world of diverse cultures and causes. Dignity is, although somewhat vague or paradoxical, forever open to new constructions. Therefore, it is not metaphysical. Dignity is essentially political; its role, both integrational and generative of Human Rights, is obvious.

The aim of dignity is to construct a new form of subjectivity which is able to elude the sways of power and, as such, can even generate power, self-determination being its prime objective. The self-governance of one's mind, one's body, being master of oneself, in other words, to have a life of dignity, is the worthiest and most important of human achievements.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La notion de dignité humaine est largement perçue de nos jours comme une valeur intrinsèque à tout être humain. Elle figure dans beaucoup de chartes, déclarations et documents internationaux. Nous observons actuellement un intérêt grandissant pour cette notion d'un point de vue juridique et démocratique. Pourtant elle ne date pas d'aujourd'hui car, si elle a une courte histoire remontant seulement à un peu plus d'un siècle, elle a aussi une longue histoire qui peut aller jusqu'aux Grecs et Romains - il suffit de rappeler la tradition aristotélicienne ou certaines œuvres littéraires comme *Antigone* de Sophocle, les stoïciens romains, les textes sacrés du Judaïsme, du Christianisme et de l'Islam, pour ne parler que de ces trois religions.

La dignité humaine joue aujourd'hui un rôle clé dans les théories juridiques et politiques. Elle est d'autant plus importante qu'elle se présente comme la seule valeur absolue dans un monde de cultures et d'engagements pluriels. Elle est, selon le professeur de droit allemand Henk Botha[1], « *une étoile fixe qui nous guide dans nos chemins de vie incertains* ». Néanmoins, elle reste vague parce qu'elle n'a pas un sens clair et précis. Elle est bafouée non seulement quand l'être humain n'est pas traité comme pleinement humain, mais aussi quand il est perçu comme un être parmi d'autres, sans son unicité et ses racines. Elle peut même paraître paradoxale : d'un côté elle prétend à l'universel, et de l'autre, tout universel qui n'a pas à être simplement théorique doit être localisé. Peut-on être universel et local à la fois ? Nous essaierons, dans ce texte, de répondre, entre autres, à cette question.

Nous allons aborder d'abord les histoires de la notion de dignité, ensuite ses définitions pour enfin essayer de cerner ses enjeux.

I. Perspective historique

A. Histoire longue : les devoirs

Cette notion de dignité existe depuis l'Antiquité. Ce terme aurait été utilisé, pour la première fois, d'après Cicéron[2], par un aristocrate grec de l'île de Rhodes, Panaetius, au 1er ou 2e siècle avant notre ère. Le stoïcien fait la différence entre l'humain et toutes les autres créatures. L'humain est le seul à avoir une conscience qui lui permette de prendre des décisions

1 H. BOTHA, "Human Dignity in Comparative Perspective", *Stellenbosh Law Review* 2009, vol. 20, n° 2, p. 171-220.

2 M. T. CICERO, *De Officiis*, (trad. W. MILLER), W. Heinemann – Macmillan, 1903.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

morales. Tout être humain a la même dignité à partir du moment où il est doté de raison. La dignité n'est donc pas une caractéristique exclusive de la modernité et se trouve depuis longtemps dans beaucoup de cultures à travers le monde. Les rites funéraires montrent bien que même les morts, même les traitres morts comme dans l'Antigone de Sophocle, méritent le respect : la jeune Antigone refuse de laisser le corps de son frère pourrir au soleil et être dévoré par les vautours. Elle souhaite l'enterrer en enfreignant la loi et en risquant la mort car son engagement éthique la pousse à ce comportement. Autre histoire, de Sophocle aussi : le vieil Œdipe, en haillons, aveugle et pratiquement abandonné de tous, déclare « *alors, quand je ne suis rien, suis-je encore un homme*[3]*?* ». Les *lois de Manu*, très anciennes, vont jusqu'à reconnaitre, dans le plus faible, une noblesse particulière : « *les enfants, les vieux, les pauvres et les malades doivent être considérés comme les seigneurs de l'atmosphère*[4] ».

Beaucoup de religions et beaucoup de cultures considèrent que la dignité de la personne est censée inviolable parce que l'être humain a été créé à l'image de Dieu. Quatre auteurs illustrent bien cette longue période : Cicéron à nouveau, Léon le Grand, Pico della Mirandola et Emmanuel Kant qui ont, entre eux, des points communs incontestables.

Cicéron reflète le point de vue de l'aristocratie dans la Rome antique et parle de la *dignitas* qui renvoie à un rang ou une position sociale élevée. *Dignitas* est un concept politique qui est la marque de la classe dirigeante, une marque de distinction qui s'applique à très peu de gens, par exemple les consuls et les sénateurs. Cette position élevée peut être accordée, perdue, réaccordée par l'empereur selon son bon vouloir. Elle n'a pas de lien obligatoire avec l'excellence ou le mérite ou un certain ordre moral. Elle donne simplement accès à un poste élevé dans l'empire qui permet de prétendre au pouvoir et aux privilèges. Partant de là, Cicéron extrapole cette idée de dignité à la position de l'être humain dans l'univers : tout être humain doté de raison est, comme on l'a vu, supérieur à toutes les autres créatures. L'animal est dominé, selon lui, par ses instincts alors que l'homme doit dominer ses instincts et se soumettre à sa raison. Supérieur à l'animal, l'homme ne doit donc pas se comporter comme un animal.

Parmi les penseurs chrétiens, le Pape Léon 1er ou Saint Léon le Grand (440-461) évoque dans ses sermons cette notion de dignité. Tout chrétien a,

---

3 SOPHOCLES, *Oedipus at Colonus*, in *The Theban Plays*, The Viking Press, 1982.

4 C. LEWIS, *The Abolition of Man*, Macmillan, 1947.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

selon lui, une dignité, car il participe de la nature divine, étant créé à l'image de Dieu, supérieur aux animaux et aux plantes, mais inférieur aux anges et au Créateur. Il a une âme qui l'élève au-dessus des animaux, qui lui permet de dompter ses instincts en utilisant sa raison. Mais attention : le souci majeur de la pastorale chrétienne à cette époque était uniquement le salut de l'âme. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la dignité dans le christianisme. Augustin et Thomas d'Aquin affirment par exemple que la mort du corps est dérisoire comparativement à la mort de l'âme. Une nouvelle conception de l'individu devait émerger par la suite, un individu moralement autonome, séparé du trajet théo-téléologique et digne de respect en tant que tel. Ce sont plutôt les hérétiques qui vont aider à la concrétisation de cet individu comme être libre. Quoi qu'il en soit, nous voyons bien que tout en concevant la dignité en lien avec Dieu, les pères de l'Église sont d'accord avec Cicéron pour affirmer que l'humain est supérieur aux autres créatures, grâce à sa raison, qui lui permet de gouverner ses instincts.

Parmi les penseurs de la Renaissance, Pico della Mirandola (1463-1494) rédige un traité[5] sur la dignité humaine en réaction à l'ouvrage *De Miseria Humane Conditionis* du Cardinal Lothario dei Conti, devenu pape Innocent III, qui insiste sur la misère de l'homme. Il étudie la place de l'homme dans l'ordre universel ou la chaine du vivant qui s'étend de Dieu jusqu'aux animaux les plus vils. Il conclut que la dignité humaine réside dans cette capacité de ne pas avoir une place fixe dans cette chaîne, mais de choisir sa propre place. Pour della Mirandola, la spécificité de l'humain est d'être libre et de disposer de la raison. L'être humain a la liberté de vivre comme un animal, mais il peut aussi, par sa raison, tendre vers le divin. Autrement dit, il peut monter ou descendre sur la chaine du vivant. Monter signifie atteindre la dignité en cultivant la raison.

Pico della Mirandola traduit le passage du Moyen-Âge aux temps modernes, la transition d'une conception théologique de la dignité vers la conception moderne. Cet auteur initie une certaine dé-ontologisation et une certaine dé-théologisation de la dignité. Nous sommes des créatures à l'image de Dieu, mais nous sommes surtout créateurs de nous-mêmes, de notre propre demeure. La dignité n'est plus, pour lui, une qualité substantielle, elle n'est pas un aspect ontologique ou métaphysique de notre être, mais c'est la construction de notre parcours. Elle réside dans ce que nous faisons et non dans ce que nous sommes. Il rejoint néanmoins Cicéron et Léon 1er :

5 P. DELLA MIRANDOLA, *Discourse on the Dignity of Man*, 1486, V. : <http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/index.html>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

tous les êtres humains sont supérieurs aux autres créatures du fait de leur liberté et leur raison ; leur devoir est d'obéir à une morale supérieure pour réaliser leur dignité. Elle n'est pas une caractéristique intrinsèque à tout être humain parce qu'il est simplement humain.

Emmanuel Kant est le philosophe le plus « *moderne* » à parler de la dignité humaine. L'être humain, pour lui aussi, dispose d'un libre arbitre et se situe au-dessus des autres créatures. Ce libre arbitre est lié à la loi morale qui se traduit par ce qu'il appelle l'impératif catégorique. À plusieurs reprises, Kant[6] considère la dignité comme le statut le plus élevé, voire sublime. La dignité, pour lui, traduit une relation, quelque chose d'élevé. Il rejoint une conception aristocratique manifeste quand il évoque par exemple la dignité du régent ou celle d'un ministre. Quoi qu'il en soit, il se rapproche de façon claire des trois autres penseurs précités quand il affirme que le seul bon usage de la liberté ou de la raison, prenant appui sur la morale, permet de réaliser la vraie dignité. La raison qui me pousse à respecter l'autre n'est pas la caractéristique intrinsèque appelée dignité qui se trouve en lui, mais l'impératif catégorique qui m'impose la maxime suivante : ne jamais utiliser l'autre comme un moyen mais comme une fin, ce qui m'oblige aussi à me considérer comme une fin et jamais comme un moyen.

Cette importance de la dignité n'a pas échappé aux sociologues, y compris à ceux qu'on appelle les pères fondateurs de la sociologie. Auguste Comte, dès la première moitié du 19e siècle, utilise les termes de « *noblesse* » et de « *dignité* », dotées d'une énergie envahissante, pour signifier la qualité des relations sociales. La nouvelle force spirituelle qu'il cherche à promouvoir « *n'est pas des moyens matériels de coercition tels que la force, la menace, les représailles économiques ou la prison, mais la raison, la compassion et la persuasion par l'exemple ; toute autre méthode serait contraire à la dignité humaine*[7] ». Pierre Joseph Proudhon met l'accent, lui aussi, sur la dignité. En étant l'un des premiers à critiquer le système capitaliste et en plaçant la justice au cœur de la société, il considère que la vraie nature de cette dernière est la réciprocité fondée sur la dignité humaine.

Marx à son tour exprime sa vision morale en termes de dignité ou, inversement, en termes de dégradation ou de déshumanisation de l'être

---

6 E. KANT, *Pour la paix perpétuelle : projet philosophique*, Livre de poche, Librairie générale française, 2002.

7 P. ROCHE DE COPPENS, *Ideal Man in Classical Sociology*, Pennsylvania State University Press, 1976, p. 36.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

humain[8]. La dignité devient, pour lui[9], la propriété dynamique d'une libre créativité dans le travail. Elle constitue la tête de pont entre une vie éthique et la création d'une vie matérielle libérée des modes iniques de production. Elle est un *bien* moral[10]. L'abondance doit se réaliser dans le cadre de cette dignité et d'un travail épanouissant. Quand Marx critique, dans son ouvrage *L'idéologie allemande*, la morale, il s'agit de la morale bourgeoise et non de la morale en tant que telle. Et c'est l'effondrement du capitalisme qui permettra de restaurer, selon lui, la dignité humaine aussi bien dans la vie privée que sur le marché du travail.

Contrairement à Marx et à sa critique de la morale bourgeoise, Emile Durkheim souhaite forger une morale pour la société industrielle moderne. Il souhaite une morale, non obligatoire comme chez Kant, mais désirée et désirable, fondée sur l'injonction delphique, tradition qui part de la Grèce antique et passe par Spinoza. Il souhaite, dans un de ses ouvrages[11], que chacun cherche à se connaitre pour devenir autonome, avoir son libre arbitre dans le cadre d'une morale et d'une dignité individuelles. Ce qui lui permet ensuite de mettre l'accent sur la régénérescence de la vie sociale. Cette dignité de l'individu et la tendance vers plus de justice sociale constituent le vrai fondement moral d'une société moderne. Comprendre cela, pour Durkheim, est à la base de toute éducation morale. L'être humain est devenu sacré. « *L'homme est devenu un dieu pour les hommes*[12] ».

Contrairement à Durkheim qui centre ses travaux sur la société, Max Weber met l'accent sur la culture d'un monde désenchanté. L'être humain, débarrassé d'illusions, doit être capable d'action rationnelle fondée sur le calcul et la liberté d'action, car il est renvoyé à lui-même dans un monde démystifié, sans *a priori* et avec des systèmes de valeur en compétition. L'être digne est celui qui a le sens de responsabilité et qui est redevable de ses actions. Weber est persuadé que « *la dignité de la personne consiste dans l'existence de valeurs auxquelles il a voué sa vie*[13] ».

Pour Georg Simmel, le processus d'individuation permet à chacun, d'abord entouré d'un cercle social restreint mais englobant, de se trouver

---

8 R. G. PEFFER, *Marxism*, *Morality and Social Justice*, Princeton University Press, 1990.

9 K. MARX, *Écrits de jeunesse*, Quai Voltaire, 1994.

10 R. G. PEFFER, *Marxism*, *Morality and Social Justice*, p. 5.

11 E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, P.U.F., 2013.

12 ID., *Le suicide*, Flammarion, 2014.

13 G. ROSE, *Hegel : Contra Sociology*, The Athlone Press, 1995, p. 18.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

à l'intersection de plusieurs cercles dont aucun n'est capable de contrôler la totalité de sa personne. Le niveau culturel, élevé, favorise l'autonomie et la liberté et permet à chacun de devenir une personne unique. Nous avons là tous les ingrédients de la dignité humaine. Simmel se réfère d'ailleurs à « *ce sentiment décisif de dignité et d'une vie maitresse d'elle-même*[14]». Le contre-exemple, c'est-à-dire le niveau le plus bas de la dignité humaine, serait pour lui la prostitution des femmes, source d'une terrible humiliation et signe de la déchéance de l'esprit humain.

Pour les pères fondateurs de la sociologie, la dignité reste une conquête : un être digne pour Auguste Comte est un être de raison et de persuasion, capable de tisser des liens sociaux de qualité. Pour Proudhon, il faut être capable de réciprocité, pour Marx il faut avoir un travail gratifiant et échapper à l'aliénation, car il ne peut y avoir de dignité dans la sphère privée s'il n'y a pas de dignité dans le travail et les modes de production ; pour Durkheim il faut se connaitre soi-même, éviter l'anomie et savoir que la dignité est le produit d'une dialectique intersubjective ; pour Weber il faut être capable d'action rationnelle pour parer au désenchantement du monde ; pour Simmel, il faut une culture élevée, seule capable de donner une grandeur et une dignité, et lutter contre la réification. Tous affirment l'autonomie et la liberté comme des prérequis de la dignité. Cette dernière n'est toujours pas perçue comme une valeur intrinsèque à tout être humain, quelles que soient ses qualités ou ses compétences. Nous pouvons dire que les pères fondateurs de la sociologie et les autres avant eux représentent bien la conception ancienne de la dignité.

B. Histoire courte : les droits

Stephan Darwall[15] considère qu'il y a deux types de respect pour les autres : le respect d'estime et celui de reconnaissance. Le premier est fondé sur les réalisations et le caractère de quelqu'un, l'autre sur le simple fait qu'il soit humain. La dignité humaine, au sens moderne du terme, ne concerne que ce deuxième respect, celui de la reconnaissance. La dignité est due, dans ce cas, au riche comme au pauvre, au handicapé mental comme au sage, au paresseux comme au travailleur, au pacifiste comme au terroriste, à l'enfant comme à la personne âgée, au citoyen comme à l'étranger qui appartient à la famille humaine et qui participe de la « *possession commune*

---

14 G. SIMMEL, *The Sociology of Georg Simmel*, (trad., éd. et intro. K. H. WOLFF), The Free Press, 1950, p. 283.

15 S. DARWALL, "Two Kinds of Respect", *Ethics* 1977, vol. 88, n° 1, p. 36.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de la terre[16] ». L'objet du respect de reconnaissance, dit Darwall, n'est pas le mérite ou l'excellence, mais le simple fait d'être un humain. Ce résultat est l'aboutissement d'un mouvement social et politique qui a commencé il y a deux siècles et qui a transformé la dignité en un statut canonique. Mary Wollstonecraft (1797-1759) va en appeler à cette notion de dignité pour réclamer un changement dans le statut des femmes, et Ferdinand Lassalle (1864-1825) réclame que l'État assure une vie digne aux travailleurs et aux commerçants.

Ce résultat est dû aussi aux crimes de masse et au processus de mondialisation. L'histoire de la relation entre la notion de dignité et les Droits de l'Homme est en réaction contre l'idéologie et les comportements nazis avant et pendant la deuxième guerre mondiale. La dignité, inscrite implicitement dans les Droits de l'Homme depuis le début, soutient la volonté de la communauté internationale de limiter la violence et de construire un monde plus juste, échappant autant que possible à la misère et au dénuement liés aux guerres, aux assassinats et à la torture. Suite aux camps de mort nazis, à Hiroshima, aux génocides au Cambodge et au Rwanda, à tous les systèmes de discrimination comme l'apartheid, le sexisme, le massacre et les discriminations des minorités, les gens ont fini par reconnaitre l'importance des Droits de l'Homme en droit international. La dignité a été progressivement mobilisée pour critiquer les inégalités.

Dans le cadre du déclin de l'influence des morales religieuses, les gens ont également ressenti le besoin de laïciser l'éthique en l'intégrant à des valeurs humaines, à commencer par la dignité. Ernst Bloch explique, dans son ouvrage *Droit naturel et dignité humaine*[17], la disparition de la vision théologique médiévale et l'émergence de la séparation moderne entre le droit et le bien, prérequis pour la protection de la liberté individuelle. La laïcisation du droit a libéré les droits subjectifs. Les droits sur son propre corps et sur sa vie privée … se développent seulement quand le droit est libéré de la morale, géré de façon pragmatique, technique, sans aucune prétention religieuse[18].

Après la deuxième guerre mondiale, la notion de dignité humaine commence à être mentionnée, systématiquement ou presque, dans tous les documents juridiques et humanitaires de portée internationale , d'abord en

16 P. RICOEUR, *Le Juste*, éd. Esprit, coll. Philosophie, 2001.

17 E. BLOCH, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot & Rivages, 2002.

18 *Ibid*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

préambule et ensuite dans les articles : charte des Nations Unies (1945), Déclaration universelle des Droits de l'Homme (1948, préambule et article 1), Convention internationale sur les droits civiques et politiques (1966), sur les droits économiques, sociaux et culturels (1966), sur les droits de l'enfance (1989), sur les droits des personnes handicapées (2006), sur les droits des femmes (1979), sur les droits des migrants (1990), Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction (1981), Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants (1984), Déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes (1979), Déclaration sur les droits des peuples autochtones (2007), Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (1929), Traité sur le commerce des armes (2013)…

La notion de dignité est également mobilisée pour protéger les cultures et les identités des communautés humaines et leur assurer une reconnaissance constitutionnelle. La Conférence générale de l'UNESCO adopte, en 1978, la déclaration sur la race et les préjugés raciaux. Elle est de plus en plus alléguée dans les débats et les lois portant sur les biotechnologies – nouvelles technologies reproductives et génétiques, clonage et greffes, utilisation de matériel génétique dans des expérimentations sur les animaux… Depuis environ trois décennies, le respect de la dignité tient une place centrale dans tous les documents de l'ONU et de l'UNESCO portant sur la bioéthique. En attestent : la Déclaration universelle sur le génome humain et les Droits de l'Homme (1997), la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines (2003), la Déclaration universelle sur la bioéthique et les Droits de l'Homme (2005). Ce respect de la dignité s'avère, comme le dit Andorno[19], un « *principe prioritaire* », « *la dernière barrière contre l'altération de certaines caractéristiques fondamentales de l'espèce humaine*[20] ».

Cette notion de dignité est aussi une partie intégrante du débat autour des soins et de la politique de santé, concernant par exemple les personnes gravement malades ou en soins palliatifs. L'Organisation mondiale de la santé déclare que les patients ont le droit d'être traités avec dignité tandis que l'article 2 de la déontologie médicale française dispose que « *le médecin est au service de l'individu et de la santé publique*, *exerce sa mission en respectant*

19 R. ANDORNO, "Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics", *Journal of Medecine and Philosophy* 2009, 34 (3), p. 228.

20 *Ibid*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

la vie humaine, *la personne et sa dignité*[21] ». Ce débat englobe aussi le lien entre dignité et politique sociale, entre dignité et justice sociale, voire justice tout court. Beaucoup de manifestations à travers le monde éclatent pour la paix, la justice et la dignité, contre les gangs, les mafias de la drogue ou les hommes politiques corrompus, parfois pour les immigrés sans papiers. De façon plus générale, il y a bien un lien, dans beaucoup de mouvements de contestation, entre liberté et dignité.

Plusieurs documents de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe mentionnent à leur tour cette notion de dignité humaine : la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (1950) l'exprime implicitement, à l'opposé de la Charte sociale européenne (1961) et de la Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (1997) qui, elles, l'expriment explicitement. En Europe, la notion de dignité humaine est un principe général majeur auquel doivent adhérer tous les membres de l'Union. Elle est mentionnée clairement dans le traité de Lisbonne (2007), dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010) et dans les jugements de la Cour européenne de justice qui en fait, au moins d'un point de vue juridique, non pas un droit humain parmi d'autres, mais le fondement de tout droit humain. Même les accords d'Helsinki (1975) affirment clairement l'inhérente dignité de la personne humaine, fondamentale pour un libre et plein développement.

Le Conseil de l'Europe a également voté le protocole sur l'interdiction du clonage d'êtres humains (1998) et juge, dans le préambule, « *qu'instrumentaliser l'humain à travers la création délibérée d'êtres humains génétiquement identiques est contraire à la dignité humaine* ». La dignité fait aussi partie intégrante de l'écrasante majorité des constitutions à travers le monde. Elle est de plus en plus perçue comme la base de solutions au plan international, national ou régional, concernant le juridique, la bioéthique, la politique de santé, la politique sociale ou le discours politique en général.

Nous venons de survoler le modèle contemporain de la dignité qui fait de cette dernière une référence omniprésente. N'a-t-elle pas remplacé aujourd'hui le vieux concept d'honneur[22] qui est un principe de classement vertical traduisant un standing social de l'élite de l'époque ? L'honneur est externe, contingent et forcément inégal, participant du système féodal,

---

21 P. RICOEUR, *Le Juste*.

22 P. BERGER, "On the obsolescence of the concept of honor", *European Journal of Sociology* 1970, XI, p. 339-347.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

alors que la dignité contemporaine est un principe horizontal d'intégration, interne - innée et universelle, elle favorise la démocratie. Dans nos sociétés contemporaines perçues comme fragmentées, voire atomisées, beaucoup d'intellectuels, cherchant des solutions à la dissolution des liens sociaux et à une solidarité défaillante, en appellent, implicitement ou explicitement, au respect de cette dignité humaine. Voyons les différences entre ce modèle contemporain de la dignité et l'ancien évoqué plus haut :

- Dans l'ancien modèle, la dignité renvoie à une position particulière, fondée sur la comparaison pour situer l'être humain dans l'univers, en mettant en exergue la raison et certaines capacités. Elle traduit un certain statut et n'est pas une valeur intrinsèque à la personne. Il y a, au fond, une logique hiérarchique dans l'univers à laquelle l'homme ne peut échapper, même si tous les hommes ont une raison qui les distinguent des animaux. Il faut rappeler ici la conception aristocratique de la *dignitas* chez les Romains. Dans le modèle contemporain, la dignité, n'étant plus comparative, s'est démocratisée puisqu'elle s'est généralisée à tous les êtres humains, en devenant une valeur intrinsèque à chaque personne.
- La dignité traditionnelle met l'accent sur les devoirs, alors que la contemporaine insiste sur les droits. Dans l'ancien modèle, la raison et la liberté, dans le cadre d'une vision téléologique (sacrée en référence à un dieu, ou « *profane* » en référence par exemple à l'impératif catégorique de Kant) poussent vers le comportement attendu. La dignité contemporaine se contente de rappeler la propre valeur de la personne qui se suffit à elle-même.
- Dans le modèle traditionnel, l'accent n'est pas mis sur la dignité des autres, mais sur la réalisation de sa propre dignité. Cela est vrai pour pratiquement tous les auteurs rattachés ci-dessus à la période dite longue. La vraie question pour eux est de savoir comment se perfectionner et non comment se comporter avec les autres. Pour savoir se comporter avec les autres, il faut d'abord savoir comment se comporter avec soi-même. Pour Kant par exemple, le devoir envers les autres ne peut exister sans le devoir vis-à-vis de soi : l'impératif catégorique oblige à respecter l'autre, et non sa valeur intrinsèque.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

II. La dignité : une notion floue ?

Cette notion de dignité, bien que tout le monde soit d'accord sur sa valeur centrale, est souvent critiquée pour son imprécision et le risque de toutes sortes d'interprétations. Elle est même parfois perçue comme un simple instrument rhétorique dans les débats politiques, « *une sorte de slogan en bioéthique*[23] » et un vernis pour énormément de documents juridiques. Il y a effectivement un écart, c'est le moins qu'on puisse dire, entre l'aspect universel auquel elle renvoie et sa concrétisation dans les divers domaines. McCrudden[24] affirme que, dans la pratique, son sens dépend du contexte, variant de façon significative d'un pays à l'autre, et parfois à travers le temps, au sein d'une même juridiction. Le mouvement antispéciste va jusqu'à élever le statut des animaux, et affirme qu'il n'y a pas de discontinuité entre le monde humain et le monde animal.

Certains intellectuels vont plus loin en affirmant que cette discontinuité n'existe pas entre l'humain et le non-humain en général, suite aux avancées rapides en technologie et en médecine. Le développement récent du cyborg, de la biotechnologie, avec la création de « *chimères* [25]» et de la xénotransplantation, de la nanotechnologie bouscule le concept de l'humain. Nous découvrons, avec la pensée écologique, notre continuité avec la nature : les frontières entre l'humain et l'animal par exemple sont de plus en plus perçues comme perméables. L'animal a sa dignité.

La nature, au sens écologique, a sa dignité aussi. Il n'y a pas de consensus entre qui ou quoi on doit inclure dans ce cadre et qui ou quoi on doit en exclure ? Selon Steven Pinker[26], professeur de psychologie à Harvard, la notion de dignité est contingente, son sens laissé à l'intuition, conditionné dans une large mesure par des facteurs culturels. Il y a, pour lui, un décalage entre la perception de chacun et la réalité. La dignité serait donc une notion psychologique enracinée dans une perception humaine,

---

23 D. SULMASY, "Dignity and bioethics", in *Human Dignity and Bioethics*, Essays commissioned by the president's council on bioethics, 2008, at: <http://bioethics.georgetown.edu.pcb/reports/human_dignity/>.

24 C. MCCRUDDEN, "Human dignity and judicial interpretation of human rights", *The European Journal of International Law* 2008, 19 (4), p. 655-724.

25 Introduction de cellule souches embryonnaires ou cellules souches neuronales humaines dans le cerveau d'un embryon ou d'un fœtus animal, un primate. L'objectif est de créer un animal avec des capacités cognitives et psychologiques associées normalement à l'être humain.

26 S. PINKER, "The stupidity of dignity", *The New Republic*, 28 mai 2008.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

c'est-à-dire une notion relative et subjective. C'est pourquoi il appelle à la remplacer par le concept de respect. Elle est vague et inutile aussi pour Ruth Macklin[27], bioéthiste britannique ; elle lui préfère les concepts de respect et d'autonomie, surtout dans le champ de la bioéthique.

D'autres auteurs ont essayé de définir cette dignité avec plus ou moins de bonheur et chacun à sa manière. Pour Jeremy Waldron[28], la dignité, d'origine aristocratique, rattachée au rang, à l'honneur et à la fonction occupée, se démocratise et se généralise à tous les êtres humains, passant de celle réservée à l'élite à celle accordée à tous et faisant de tous des nobles en puissance. Il s'agit d'un processus d'universalisation du rang élevé, dans le cadre de la chaine du vivant.

Pour Habermas[29], la dignité contemporaine est certes le résultat du remplacement « *d'une supériorité relative de l'humain par la valeur absolue de chaque personne* », suite à une dynamique d'égalisation qui consacre un processus d'universalisation, comme le dit Waldron. Elle est aussi le résultat de la désintégration de la loi naturelle chrétienne, ce qui lui permet de s'en séparer et de se référer dorénavant à la loi positive, au droit, dans le cadre d'un processus d'individuation. Elle est le sismographe qui enregistre ce qui constitue un ordre juridique démocratique. Elle est un impératif institutionnel. S'opère alors un glissement des devoirs moraux vers des revendications juridiques.

Habermas soutient aussi que la dignité, en dépit de son caractère abstrait, garde de son passé le besoin d'une reconnaissance sociale qui ne se réalise pleinement que dans le cadre d'une citoyenneté démocratique. En conséquence, seul un membre d'un groupement politique constitutionnel peut protéger, en garantissant des droits égaux, l'égale dignité humaine de chacun[30]. Ainsi, la dignité assure le contenu moral de la loi en jouant le rôle de médiation ou de charnière pour réunifier les deux éléments des Droits de l'Homme : la morale et le droit[31].

---

27 R. MACKLIN, "Dignity is a useless concept", *British Medical Journal* 2003, 327, p. 1419-1420.

28 J. WALDRON, "Dignity and Rank : In Memory of Gregory Vlastos (1907-1991)", *European Journal of Sociology / Archives européennes de sociologies* 2007, 48 (2), p. 201-237.

29 J. HABERMAS, "The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights", *Metaphilosophy* 2010, 41 (4), p. 474.

30 *Ibid.*, p. 464.

31 *Ibid.*, p. 470.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

À côté de ces auteurs, la sociologie peut être invoquée à nouveau. Nous avons déjà vu l'intérêt des sociologues du 19e et début 20e siècle pour cette notion de dignité. Cet intérêt ne faiblira pas par la suite, car créer un ordre social juste est forcément en lien avec cette notion, essentielle pour l'autoréalisation, la solidarité et la bonne société. Les nouvelles théories sociales cherchent de plus en plus à contribuer aux débats sur les liens entre dignité, droits, justice et démocratie. Un ordre mondial juste présuppose un lien solide avec la valeur universelle de la dignité humaine. Bref, de nouveaux sociologues, mais aussi certains universitaires d'autres disciplines, ont défini, directement ou indirectement, cette notion de dignité :

Randy Hodson[32], sociologue américain, étudie comment les salariés se réalisent et réalisent leur dignité à travers leur travail. Il y a, d'après ses études, des conditions subjectives – le sens de l'identité – et des conditions objectives – réaliser sa dignité à travers des activités créatives, qui permettent de se sentir un être humain à part entière avec une vraie qualité de vie. Se respecter et être respecté par les autres, voilà les deux conditions subjective et objective d'une vraie dignité. Cet auteur affirme qu'elle se réalise, dans la sphère politique en aspirant à la démocratie et à la justice, et dans la sphère économique avec l'égalité des chances et un salaire décent.

Pour Nancy Fraser[33], la dignité n'a pas seulement besoin de démarcations subjectives (un espace pour exprimer ses compétences et son identité) mais aussi de démarcations objectives qui relèvent de la redistribution des ressources matérielles. Elle est la base du respect pour chacun et des droits pour tous. Fraser considère qu'à côté de cette reconnaissance par la redistribution des droits et des biens pour préserver la dignité de chacun, il y a aussi la reconnaissance culturelle qui fait partie d'une vie réussie et qui relève de la justice. Pour elle, la théorie de la justice doit s'étendre au-delà de la logique de redistribution pour examiner les modèles institutionnels des valeurs culturelles. La redistribution et la reconnaissance permettent à chacun d'être digne et d'exprimer sa propre voix.

Axel Honneth[34] insiste davantage sur la reconnaissance et l'intersubjectivité. Définissant l'universalité en termes de respect et de

---

32 R. HODSON, *Dignity at work*, Cambridge University Press, 1996.

33 N. FRASER, "Injustice at intersecting of scales", *European Journal of Social Theory* 2010, 13 (3), p. 363-371.

34 A. HONNETH, "Redistribution as recognition", in: *Redistribution or Recognition: A Political-Philosophical Exchange* (éd. N. FRASE et A. HONNETH), Verso, 2003, p. 110-197.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

dignité, il fait remarquer qu'une société bonne est celle où l'individu a une réelle opportunité pour se réaliser, où les valeurs communes font en sorte que chacun puisse gagner l'estime des autres en contribuant au bien commun. Honneth affirme que la solidarité est fondée aujourd'hui aussi bien sur la reconnaissance que sur la redistribution car un ordre moral universel n'est plus suffisant. Au final, l'État doit reconnaitre notre dignité, dans ses deux composantes : l'universalité et la singularité.

Richard Rorty[35] lie les Droits de l'Homme et, par extrapolation, la dignité humaine à un récit, à une « *narrative* » qui privilégie une éducation affective pour favoriser la culture des Droits de l'Homme. Il s'oppose aux arguments métaphysiques et considère que, pour lutter contre la cruauté et la violence, il faudrait, non pas avancer des explications rationnelles relevant d'une morale universelle, mais mobiliser un récit qui puisse nous aider à voir la victime comme quelqu'un appartenant à notre entourage. Pour Rorty, notre morale est façonnée par nos récits. Il va jusqu'à penser que la philosophie n'est pas une science cherchant à cerner la juste représentation d'un objet, mais une série de réinterprétations des réinterprétations. Pour lui, la philosophie appartient au genre littéraire et la dignité serait aujourd'hui un récit dominant.

Harold Dwight Lasswell[36], chercheur américain, considère que la dignité est aussi bien collective qu'individuelle. Collective, car il s'agit d'un produit relevant de l'échange équilibré de biens entre tous les membres d'une communauté. Dans cette optique, le despotisme serait la concentration des richesses dans les mains d'un petit nombre aux dépens de tous les autres. Individuelle, la dignité serait ce sentiment de bien-être subjectif, de nature psychologique, le bien-être physique (nourriture, toit, soins, sécurité…) déjà assuré. Une fois arrachée à la pauvreté, l'expérience de la dignité renvoie principalement à une dynamique psychologique pour la réalisation de soi. Lasswell rejoint ici les travaux d'Abraham Maslow[37] et sa pyramide hiérarchique des besoins.

---

35 R. RORTY, "Human rights, rationality and sentimentality", *Truth and Progress: Philosophical Papers* 1998, 3, p. 167-185.

36 H. D. LASSWELL et M. S. MACDOUGAL, *Jurisprudence for a free society: Studies in law, science and policy*, New Haven Press, 1992.

37 A. H. MASLOW, *Motivation and personality*, Harper, 1954.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Pour Matthias Mahlmann[38], professeur de philosophie et de théorie du droit à l'université de Zurich, la dignité est, par nature, « *subversive ; elle pose un défi radical au pouvoir illégitime, à la hiérarchie et aux privilèges* ». Elle a fini par fracasser le système d'esclavagisme qui a duré 500 ans. Si l'imprécision de cette notion la rend parfois difficilement maniable par les juges ou les philosophes, elle reste très utile pour la personne exploitée. La dignité, dans son imprécision, fonctionne comme le marqueur linguistique d'une blessure qui aurait échappé, autrement, à la visibilité sociale.

Jonathan Mann[39], médecin américain, cherche à définir la dignité, dans le domaine des soins. Son propos peut être généralisé à d'autres domaines. Il pose quatre constituants :

- Être vu : quand le médecin vous serre la main, s'adresse à vous, en vous regardant dans les yeux…
- Ne pas être perçu uniquement comme membre d'un groupe, mais prendre en considération le caractère individuel de chacun.
- Respect de l'espace corporel : tout examen corporel par le médecin doit être expliqué et autorisé par le patient.
- Absence d'humiliation : le patient doit être traité dignement tout au long du processus d'admission dans un centre de soins, quels que soient son milieu social, sa couverture médicale, son type de maladie…

III. La dignité : une notion éminemment politique

Nous venons de voir l'inflation des définitions données à la notion de dignité. Nous sommes sous le signe du pluriel : dissémination, pluralité des faits, diversité. Il y a eu pourtant des efforts de catégorisation pour nous aider à voir plus clair :

- Daniel Sulmasy[40], directeur de l'institut Kennedy pour l'éthique à l'université Georgetown à Washington, estime que les divers usages du mot dignité peuvent être classés de façon adéquate. Il nous

38 M. MAHLMANN, "The good sense of dignity: six antidotes to dignity fatigue in ethics and law", *Proceedings of the British Academy* 2013, 192, p. 596.

39 J. MANN, "Dignity and health: the UDHR's revolutionary first article", *Health and Human Rights* 1998, 3 (2), p. 30-38.

40 D. SULMASY, "The varieties of human dignity: a logical and conceptual analysis", *Med Health Care and Philos* 2013, 16, p. 937-944.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

propose trois catégories : la dignité intrinsèque, la dignité attribuée et la dignité inflorescente. La première recouvre cette valeur que nous possédons du simple fait d'être un humain. La deuxième n'existe qu'une fois attribuée par les autres ; c'est une valeur créée qui renvoie à la dignité au sens classique et conventionnel. La troisième insiste sur le processus de floraison et d'épanouissement qui engendrent une dignité particulière ne dépendant pas seulement de l'attribution des autres, mais aussi des circonstances dans lesquelles nous nous trouvons. Sulmasy précise que ces trois catégories ne sont pas mutuellement exclusives. Elles interviennent souvent toutes les trois dans une même situation.

– Eduardo Mendieta[41], professeur de philosophie à l'université Stony Brook aux États-Unis, nous propose une autre typologie : la dignité comme statut social renvoie au sens classique du terme ; la dignité comme valeur assignée exclusivement à l'être humain, de façon intrinsèque ; la dignité qui relève de l'observance et qui signifie le respect de ce qui doit nous commander, la morale choisie librement ; la dignité comme comportement, comme obligation de rester droit et précisément digne dans les situations les plus difficiles, les plus extrêmes, guerre, famine, catastrophe naturelle… l'illustrent. Les photos de Sebastiao Salgado[42] de gens affamés au Sahel (Tchad, Ethiopie, Mali et Soudan) qui, pour beaucoup, s'accrochent désespérément à une posture de dignité, comme cette mère famélique, qui tient tendrement son bébé mourant et essaie de l'allaiter en vain. Elle refuse de perdre son statut de mère et de glisser vers l'indignité ; son regard perçant vous signifie « *plutôt mourir que de perdre ma dignité* ». La dignité est ici en lien très fort avec la faiblesse et la vulnérabilité.

Nous pouvons diviser ces quatre types de dignité tels que proposés par Mendieta en deux catégories : la première ontologique, concerne la dignité comme valeur intrinsèque ; la deuxième relationnelle, englobe les trois autres[43].

---

41 E. MENDIETA, "The legal orthopedia of human dignity: Thinking with Axel Honneth", *Philosophy and Social Criticism* 2014, 40 (8), p. 799-815.

42 S. SALGADO, *Sahel: The End of the Road*, University of California Press, 2004.

43 C. MCCRUDDEN, "Human dignity and judicial interpretation of human rights", p. 679.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Nous voyons, malgré tous ces efforts de définitions et de catégorisations, que la théorisation de la dignité n'est pas faite. Peut-elle d'ailleurs être faite un jour ou vaudrait-il mieux s'en tenir à une notion ouverte ? N'avons-nous pas intérêt à défendre une conception « *constructiviste* » de la dignité qui nous évite l'anthropocentrisme ou ce que nous appelons le chauvinisme métaphysique de l'Homo sapiens ? La New Haven School[44], de la Faculté de Droit de l'université de Yale, propose de construire la dignité de façon empirique, et lui découvre les constituants suivants, appelés valeurs de base : le pouvoir, l'éveil, les ressources, le bien-être, les compétences, l'affection, le respect et la rectitude.

Ne pourrions-nous pas, malgré tout, proposer une ébauche de théorisation de cette notion de dignité ? Tout le monde est d'accord pour l'accepter, sans savoir pourquoi et comment, comme notion maitresse qui a émergé longtemps avant que les Droits de l'Homme prennent racine. Elle est source de beaucoup de ces droits et joue dans ce domaine un rôle génératif : elle facilite la naissance de nouveaux droits. Elle a aussi un rôle intégratif : elle unifie ces droits, les présente comme indivisibles comme le suggère la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (article 22). Mais ces droits ont à leur tour un effet sur les contours de la dignité car la relation entre les deux, dignité et droits, est une relation dialectique. La construction se fait des deux côtés et par les deux. Ajoutons que si des droits particuliers peuvent être contestés en passant d'une culture à l'autre, la notion de dignité, sans définition précise, ne l'est pas, car elle relève d'un consensus global qui transcende les clivages idéologiques et les différences culturelles.

La notion de dignité et les Droits de l'Homme ne sont donc pas synonymes et sont en perpétuelle construction. La dignité n'est pas une propriété métaphysique des hommes mais une propriété résultant de leurs interactions. C'est pourquoi de bonnes conditions matérielles et institutionnelles favorisent leurs relations et permettent à la dignité de se vivre et de se construire. Dans un monde pluriel, ce qui fonctionne n'est pas une notion métaphysique mais une notion politique de la dignité susceptible de prendre sérieusement en compte les diverses approches intégratives sans pour autant s'en tenir à une doctrine totalisante. Habermas[45] parle d'une « *utopie réaliste* » pour signifier cette dignité bien comprise, où l'agent moral

---

44 V.: W. M. REISMAN, S. WEISSNER et A. WILLARD, "The New Haven School: A Brief Introduction", *Yale J. Int'l L.* 2007, 32, p. 575-582.

45 J. HABERMAS, "The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights", p. 476.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de la loi naturelle devient un agent politique et social du droit positif. Lier la dignité humaine à un processus politique, c'est la laisser à la disposition des hommes dans leur vie et leurs relations quotidiennes.

Le consensus global sur la dignité est, par définition, partiel, incomplet, imparfait, car les différences culturelles ne peuvent complètement coïncider mais peuvent, à l'inverse, converger. Il faudrait alors repérer le processus politique qui mène vers cette convergence par le biais de la comparaison, de la traduction, de l'interprétation, etc… La dignité n'est pas une valeur intrinsèque à l'humain, à moins que cette valeur ne soit relationnelle, c'est-à-dire politique, puisque l'homme est, il est vrai et comme on l'a dit depuis l'Antiquité, un animal politique. Ce consensus global rejoint ce que Joshua Cohen[46] appelle le « *minimalisme de justification* ». La notion de dignité humaine est plus politique que métaphysique. Dire que la dignité n'est pas métaphysique ne l'empêche pas d'accéder à l'universel puisque ce dernier se construit empiriquement, de façon inductive, du bas vers le haut. La dignité est un processus de construction permanent, jamais fini, jamais complet, traduisant à la fois l'universel et le local. Cette incomplétude n'est pas un handicap mais plutôt une vertu : elle crée un espace pour l'autodétermination locale et la diversité culturelle. Elle fait en sorte que la dignité ne soit pas le simple résultat d'une convergence imparfaite, mais le facilitateur du dialogue interculturel.

La dignité est, par excellence, politique, surtout si nous mettons un peu de côté toutes les représentations évoquées jusque-là, qui se résument dans l'affirmation suivante : elle est le résultat progressif de l'histoire, lisse ou saccadée, de la reconnaissance de la valeur intrinsèque de l'être humain. En nous inspirant des travaux de Michel Foucault[47], nous considérons la dignité comme un discours dominant, portant non seulement sur le statut ou la valeur intrinsèque de l'être humain, mais aussi sur la tentative de construire une nouvelle subjectivité qui échappe à l'emprise du pouvoir, au départ religieux. Ce discours dominant, cette tentative a débuté de façon sérieuse, pour Foucault, à la Renaissance pour forger un nouveau sujet capable d'échapper au pouvoir du clergé. La dignité n'est donc ni métaphysique, ni existentielle

46 J. COHEN, "Minimalism about human rights: The most we hope for?", *Journal of Political Philosophy* 2004, 12 (2).

47 M. FOUCAULT, "Truth, power, self: An interview with Michel Foucault", *Technologies of the Self: A Seminar with Michel Foucault* (éd. L. H. MARTIN, H. GUTMAN, et P. H. HUTTON), Tavistock, 1988, p. 15 ; ID., *Sécurité, territoire, population : cours au Collège de France*, Gallimard - Seuil, 2004.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

en lien avec l'unicité de chacun ; elle est « *incorporée* », au sens de l'attention à soi, du respect pour soi qui nous pousse à nous dresser contre toute forme de pouvoir abusif ou de souffrances inhumaines (torture, assassinat, viol…). Elle est, encore une fois, éminemment politico-relationnelle.

Cette dignité, soit au sens foucaldien du terme une résistance politique aux pouvoirs, entre autres religieux, depuis la Renaissance, est en train de se propager de l'Europe à tous les continents. Elle est aussi génératrice de pouvoir. Elle est, témoins tous les documents internationaux, de plus en plus planétaire, appuyée par les régimes démocratiques et la mondialisation qui apportent, avec l'aide des nouvelles technologies, une transparence jamais égalée auparavant. Elle résiste au pouvoir et génère du pouvoir ; elle est à l'intersection du pouvoir et de la subjectivité pour permettre de nouvelles pratiques, la naissance d'un nouveau sujet et, au final, de nouvelles formes de relations de pouvoir. L'enjeu est de se conduire soi-même et non d'être conduit par un pouvoir quel qu'il soit. Ce nouveau sujet abandonne la *miseria hominis* pour la *dignitas hominis* en réhabilitant son intelligence et ses désirs et en libérant son *self* emprisonné par tout un réseau de servitudes. Pour Foucault, la dignité est liée, de façon intrinsèque, à l'autodétermination.

L'échec des grandes utopies du passé, qui ont promis une vie digne pour tous, ne doit pas nous dissuader d'utiliser et de mobiliser cette notion de dignité. Elle n'est pas utopique. Elle n'est pas seulement un cri de ralliement contre l'injustice. Elle est une « *utopie réaliste* » comme nous l'avons vu, et nous pousse à améliorer les conditions de vie qui permettent de l'honorer. L'action politique peut permettre la réalisation, au moins partielle, de la dignité en jetant par exemple des ponts entre elle et un système judiciaire indépendant pour assurer la justice et l'équité. Tous ceux et celles qui se réclament des Droits de l'Homme doivent accepter cette notion, certes imprécise mais très puissante. Tous ceux et celles qui apprécient la démocratie doivent également reconnaitre que la dignité est un acquis fondamental de toute société contemporaine.

La dignité est elle-même une action politique : le mot lui-même peut avoir une charge performative car « *dire c'est faire*[48] ». Elle est politique aussi au sens d'un narratif laïque (V. *supra* Rorty et Foucault) qui cherche à remplacer les narratifs intégristes et les régimes injustes à travers le monde. Il s'agit, au fond et quel que soit le sens donné à la notion, et peu importe l'époque où l'on se trouve, d'une problématique de pouvoir : être gouverné

48 J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, coll. Points. Essais, 1991.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

par un pouvoir ou se gouverner, dans le cadre d'un mode de gouvernance, être dépendant d'une instance (peu importe sa nature) ou être maitre chez soi. Le sens classique de *dignitas* renvoyait à une fonction et au comportement en lien avec cette fonction, c'est-à-dire, au final, à une manière de gouverner les autres et de se gouverner. De même, quand la dignité humaine devient, comme c'est le cas aujourd'hui, la pierre angulaire des Droits de l'Homme et un principe majeur du droit et de la bioéthique, elle traduit un mode de gouvernance des autres, en cohérence avec leur supposée valeur intrinsèque et un mode d'autogouvernance.

La dignité humaine ne doit pas être simplement perçue comme une valeur intrinsèque à tout être humain, mais aussi comme un enjeu politique et critique qui nous permet de voir comment les gens sont gouvernés dans leur tête et dans leur corps et comment la subjectivité est, à chaque fois, fabriquée. Se gouverner, être maitre de soi, avoir une vie digne est la plus importante des réalisations. Dostoïevsky disait que « *la beauté est plus importante*, *plus utile que le pain*[49] ». Il est vrai qu'une vie dépourvue de sens, autrement dit dépourvue de dignité au sens moderne du terme, n'est pas une vie. La dignité doit être comptée parmi les formes les plus élevées de la beauté.

49 F. DOSTOIEVSKI, *Carnets des démons*, Gallimard, coll. Pléiade, 1955.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

ANDORNO R., "Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics", *Journal of Medecine and Philosophy* 2009, 34 (3), p. 228.

AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, Seuil, coll. Points. Essais, 1991.

BERGER P., "On the obsolescence of the concept of honor", *European Journal of Sociology* 1970, XI, p. 339-347.

BLOCH E., *Droit naturel et dignité humaine*, Payot & Rivages, 2002.

BOTHA H., "Human Dignity in Comparative Perspective", *Stellenbosh Law Review* 2009, vol. 20, n° 2, p. 171-220.

CICERO M. T., *De Officiis*, (trad. W. MILLER), W. Heinemann – Macmillan, 1903.

COHEN J., "Minimalism about human rights: The most we hope for?", *Journal of Political Philosophy* 2004, 12 (2).

DARWALL S., "Two Kinds of Respect", *Ethics* 1977, vol. 88, n° 1, p. 36.

DELLA MIRANDOLA P., *Discourse on the Dignity of Man*, 1486, <http://www.brown.edu/Departments/Italian_Studies/pico/index.html>.

DOSTOIEVSKI F., *Carnets des démons*, Gallimard, coll. Pléiade, 1955.

DURKHEIM E., *De la division du travail social*, PUF, 2013.

DURKHEIM E., *Le suicide*, Flammarion, 2014.

FOUCAULT M., *Sécurité, territoire, population : cours au Collège de France*, Gallimard - Seuil, 2004.

FOUCAULT M., "Truth, power, self: An interview with Michel Foucault", *Technologies of the Self: A Seminar with Michel Foucault* (éd. L. H. MARTIN, H. GUTMAN, et P. H. HUTTON), Tavistock, 1988, p. 15.

FRASER N., "Injustice at intersecting of scales", *European Journal of Social Theory* 2010, 13 (3), p. 363-371.

HABERMAS J., "The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights", *Metaphilosophy* 2010, 41 (4), p. 474.

HODSON R., *Dignity at work*, Cambridge University Press, 1996.

HONNETH A., "Redistribution as recognition", *in*: *Redistribution or Recognition: A Political-Philosophical Exchange* (éd. N. FRASE et A. HONNETH), Verso, 2003, p. 110-197.

KANT E., *Pour la paix perpétuelle : projet philosophique*, Livre de poche, Librairie générale française, 2002.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

LASSWELL H. D. et MACDOUGAL M. S., *Jurisprudence for a free society: Studies in law, science and policy*, New Haven Press, 1992.

LEWIS C., *The Abolition of Man*, Macmillan, 1947.

MACKLIN R., "Dignity is a useless concept", *British Medical Journal* 2003, 327, p. 1419-1420.

MAHLMANN M., "The good sense of dignity: six antidotes to dignity fatigue in ethics and law", *Proceedings of the British Academy* 2013, 192, p. 596.

MANN J., "Dignity and health: the UDHR's revolutionary first article", *Health and Human Rights* 1998, 3 (2), p. 30-38.

MARX K., *Écrits de jeunesse*, Quai Voltaire, 1994.

MASLOW A. H., *Motivation and personality*, Harper, 1954.

MCCRUDDEN C., "Human dignity and judicial interpretation of human rights", *The European Journal of International Law* 2008, 19 (4), p. 655-724.

MENDIETA E., "The legal orthopedia of human dignity: Thinking with Axel Honneth", *Philosophy and Social Criticism* 2014, 40 (8), p. 799-815.

PEFFER R. G., *Marxism, Morality and Social Justice*, Princeton University Press, 1990.

PINKER S., "The stupidity of dignity", *The New Republic*, 28 mai 2008.

REISMAN W. M., WEISSNER S. et WILLARD A., "The New Haven School: A Brief Introduction", *Yale J. Int'l L.* 2007, 32, p. 575-582.

RICOEUR P., *Le Juste*, éd. Esprit, coll. Philosophie, 2001.

ROCHE DE COPPENS P., *Ideal Man in Classical Sociology*, Pennsylvania State University Press, 1976.

RORTY R., "Human rights, rationality and sentimentality", *Truth and Progress: Philosophical Papers* 1998, 3, p. 167-185.

ROSE G., *Hegel : Contra Sociology*, The Athlone Press, 1995.

SALGADO S., *Sahel: The End of the Road*, University of California Press, 2004.

SIMMEL G., *The Sociology of Georg Simmel*, (trad., éd. et intro. K .H. WOLFF), The Free Press, 1950.

SOPHOCLES, *Oedipus at Colonus*, in *The Theban Plays*, The Viking Press, 1982.

SULMASY D., "Dignity and bioethics", *in Human Dignity and Bioethics*, Essays commissioned by the President's council on bioethics, 2008, <http://bioethics.georgetown.edu.pcb/reports/human_dignity/>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

SULMASY D., “The varieties of human dignity: a logical and conceptual analysis”, *Med Health Care and Philos* 2013, 16, p. 937-944.

WALDRON J., “Dignity and Rank : In Memory of Gregory Vlastos (1907-1991)”, *European Journal of Sociology / Archives européennes de sociologies* 2007, 48 (2), p. 201-237.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

PARTIE I

LA DIGNITÉ AU COMMENCEMENT DE LA VIE

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Once upon a time, l'enfant conçu / The Statute of the Embryo and the Foetus

Gérard Mémeteau, *Professeur émérite à la Faculté de Droit de Poitiers, Équipe de recherche en droit privé (ERDP)*

Abstract

The embryo and the foetus: are they human persons with fundamental rights? This is one of the most important questions of the civil and medical law.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La situation d'enfant conçu est un état provisoire. Traditionnellement, cette situation se développait entièrement *in utero* ; la fabrication de l'enfant commence maintenant assez souvent dans une éprouvette. On parle de fécondation *in vitro* (art. L. 2141-1 et s. CSP), objet de revendication des couples lesbiens dans un vaste contexte de confusion entre différence et inégalité, qui a déjà produit une réforme du droit du mariage par la loi du 17 mai 2013. La loi « *bioéthique* » nouvelle consacre cette liberté, ainsi qu'il ressort, par exemple, du rapport de MM. Berton et Touraine, du 15 janvier 2019, et, surtout, du projet de loi du 24 juillet 2019 (transmis au Sénat le 16 octobre 2019 après première lecture par l'Assemblée Nationale), puis devenu la loi du 2020, organisant même une « *filiation par déclaration anticipée de volonté* » (art. 9-342 et s. C. civil), et ne laissant dans l'abandon parental que les couples d'hommes (art. L. 2-2141 CSP, projet), mais on saura bien vaincre cette prodigieuse inégalité (V. Cass. civ. 1re, 12 septembre 2019, n° 18-20472 et Cass. civ. 1re, 18 décembre 2019, n° 18-11815, arrêt n° 1111, attestant cette pratique) ! L'on sait de plus que l'enfant devant être conçu, puis *in utero* et enfin né est l'objet de fructueux commerces camouflés derrière le mythe frugifère de l'altruisme (gestation pour autrui ; la bibliographie est considérable, et la jurisprudence se développe).

Or ce sont des dispositions de droit patrimonial de la famille qui ont, historiquement, attiré l'attention sur l'enfant conçu, héritier (art. 725 C. civil), donataire (art. 906 §1 C. civil) dont les droits seront consolidés s'il nait vivant et viable, mais existent déjà en leur principe.

C'était sur ce terrain que se plaçaient les classiques, fût-ce, comme Demolombe, pour écrire que « *c'est seulement par la naissance qu'il acquiert une existence indépendante et extra-utérine*[1] », vision restrictive que devait reprendre à son compte, plus tard, la Cour de cassation. Le cheminement avait été celui du passage à un doute (animation médiate), à une certitude, puis à une dénégation elle-même source de réflexions renouvelées. En effet, la loi du 17 janvier 1975 autorisant sous certaines conditions à ce jour oubliées, la pratique de l'avortement (I.V.G.) attira fatalement l'attention, un peu assoupie, sur le statut, donc la définition, de l'être, ou de la chose, objet de cet acte médical (ou de la compétence de la sage-femme, art. L. 2-12-22

1 C. DEMOLOMBE, *Traité des successions*, Durand et Hachette, 2e éd., 1862, t. 1, n° 174. Sur le sujet, la bibliographie est immense. Nous pourrions citer (entre autres) les belles thèses de Mmes et MM. Andorno, Bertrand-Mirkovic, Casini, Lahalle, Massager, Poisson, Prieur, Vigneau, par exemple, et de nombreux articles et chroniques.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

CSP[2]). Si la victime de l'intervention était déjà une personne, simplement un être humain, la loi faisait exception à l'impératif de protection de toute vie humaine ; s'il n'était qu'un amas de cellules[3], il n'y aurait plus que gestion autonome du corps de la femme : « *mon ventre m'appartient* ». Peut-être fallait-il imaginer des seuils de développement faisant sauter d'une espèce à une autre, plus ou moins de 180 jours de grossesse ? Plus de 500 grammes ? Et, faut-il compter le temps de la grossesse comme y invite, dit-on, le droit musulman ?

Mais, la logique était d'imaginer des seuils de désagrégation progressive après la naissance, par exemple à partir de soixante-dix ans (loi du 5 juillet 1985, art. 3 §2) ? Soixante-dix-sept ans ? (Projet de loi, 13 février 2019, système de santé, Journal Tintin, bien entendu !) ; âge procréatif, art. L. 2141-2 CSP (avis de l'Agence de biomédecine) ? Soixante-quinze ans ? (Canon 401, Évêques diocésains). L'article 16 du Code civil, renvoyant l'impératif de dignité au commencement de la vie, relayé par l'article L. 2211-1 du Code de la santé publique, s'y opposerait. C'est donc de tout enfant conçu qu'il est question, reconnu par les articles 725, 902, 906 du Code Napoléon qui lui confèrent des droits immédiats, sous condition sans doute résolutoire, mais visé par un déni juridique peut-être plus sévère que celui frappant jadis les esclaves[4].

I. Une reconnaissance juridique

Déjà, lorsque l'on n'exécutait pas la femme enceinte condamnée à mort, l'on voulait protéger la vie de l'enfant jusqu'à la naissance. L'on voyait se développer une vie non coupable sans pour autant prendre parti sur la qualité juridique de l'enfant. Pour ce faire, il y avait un principe de droit professé en latin : « *lnfans conceptus*, *pro nato habetur*, *quoties de commodis ejus agitur* ».

A. Un principe général

Ne pouvant profiter qu'à l'enfant et non pas même à ses parents, le principe protecteur des droits du sujet est consacré par la Cour de cassation

2 Par ex. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9e éd., 2017, n° 8 et réf. X. BIOY, « Préface », *in Droits constitutionnels du vivant* (dir. X. BIOY), Mare et Martin, 2018, p. 13.

3 (Sic) Yvette ROUDY, J.O. *Ass. Nat.*, 21 novembre 1992.

4 G. MEMETEAU, « L'esclave, meuble ou immeuble par destination ? », *RRJ* 2015, 2, p. 503 et s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

dans les termes les plus clairs ; il est même ce principe général[5] dont le champ n'est réduit ni par le seuil de développement, ni par la localisation de l'enfant, autrement dit qu'il soit *in vitro* aussi bien qu'*in utero*. Le principe de respect de l'intérêt « *supérieur* » de l'enfant, proclamé par la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant (ONU, 1991) en son préambule, reconnaissant le besoin d'une protection juridique « *appropriée* » avant comme après la naissance, vient en renfort. L'on peut en découvrir des applications concrètes.

D'abord, nous avons cité les articles du Code Napoléon traduisant le principe général. Parfois, est invoquée la clause résolutoire de la naissance vivant et viable, aux fins de démontrer que l'existence juridique du sujet y est suspendue. Or, l'article 906 §3 du Code civil dispose seulement que « *la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable* ». Le texte ne dispose qu'en matière patrimoniale, d'une part ; d'autre part, si la condition est satisfaite, l'effet de la succession ou de la libéralité est consolidé rétroactivement ce qui confirme que le bénéficiaire, l'enfant conçu, était titulaire de droits dès avant qu'il ne fût né. Or, il n'est point de droits sans titulaire[6] qui ne peut être qu'un sujet de droit, une personne juridique non pas future mais actuelle. On entend bien que si l'enfant ne nait pas vivant ni viable, il ne sera pas cette personne, mais il s'agit alors de le qualifier *après* la naissance tandis que la question est de le qualifier *avant* cet évènement. La vie consolidée par la viabilité est appréciée *in futurum* avec les espérances d'une durée *minima* à venir. Si la condition défaille, les droits alloués par les textes cités sont résolus et, par définition, cette résolution est rétroactive. Mais, les textes ne conduisent pas plus loin. Ils n'attribuent puis n'effacent que des droits patrimoniaux même s'ils ouvrent une discussion sur la notion de viabilité, désormais liée à celle de « *vie dommageable* » ou « *indigne d'être vécue* », à l'euthanasie néo-natale, et à l'eugénisme. Si grave soit cette discussion, elle ne porte que – s'il est permis de souligner – sur une vie après la naissance et non avant. Le Code ne dispose pas que l'enfant qui va mourir, voire qui nait mort, n'a pas vécu auparavant ni, donc, qu'il n'était alors pas titulaire de droits autres que ceux effacés. La mort n'est pas rétroactive ; les articles 721, 902 et 906 n'imposent aucun amalgame.

On ajoutera, en droit de la filiation, ce que l'on appelle la filiation « *remontante* » (actuel art. 2§ 311 C. civil) non condamnée par l'ordonnance

5 Cass. ch. réunies, 8 mars 1939, *S.* 1941, I, 25, note Batiffol ; Cass. civ. 1re, 10 décembre 1985, *Gaz. Pal.* 9/10 juillet 1986, note R. Piédelièvre.

6 Cass. civ. 1re, 22 juillet 1987, *Bull.* I, n° 258, p. 187.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

du 4 juillet 2005 (ratifiée par la loi du 16 janvier 2009) si ce n'est du chef de la distinction entre filiation légitime et naturelle. Depuis l'arrêt du 8 janvier 1930, « *Degas* », la filiation remonte à la conception. L'enfant naturel peut même être reconnu dès ce moment[7] et subsiste un enjeu d'exercice de l'autorité parentale (art. 306 §1 C. civil) et d'attribution du nom (art. 311-23 §1[8]). On ne peut attribuer une filiation « *immédiate* » à un être juridiquement inexistant, reconnaitre une hypothèse, une « *potentialité* ». Ou bien, c'est l'enfant à venir, non encore conçu et qui ne le sera peut-être jamais, et objet cependant et déjà de négoces (G.P.A.). M. le Premier ministre et Madame le ministre de la Santé repoussent la G.P.A. dans leur facebook-live du 24 juillet 2019 … Les évolutions jurisprudentielles ne rendront-elles pas superflue une intervention du législateur ? (V. Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 19053-10 ; Cass. civ. 1re, 18 décembre 2019, deux arrêts : n° 18-11815 et n° 18-1232 ; Rennes, 17 et 25 novembre 2019) ?

Si l'on considère le droit de la responsabilité civile, on lit que l'enfant peut recevoir une réparation autonome des dommages subis *in utero*, indépendants de ceux de sa mère[9], ce que confirme paradoxalement l'arrêt « *Perruche* ».

Des arrêts développent le thème des droits de l'enfant conçu. Ainsi (en matière de procréation artificielle) la cour d'appel de Toulouse se prononce-t-elle[10] :

> « *Attendu que le droit essentiel qu'il leur (les tribunaux) appartient de préserver est celui de l'enfant à naitre qui, dès sa conception, c'est-à-dire dès la formation de l'embryon, possède pleinement en virtualité, tout au moins, tous les attributs de la personne humaine, pareil droit, juridiquement protégé*

---

7 Depuis Cass. civ., 16 décembre 1811, *S.* 1809-1811, I, 433 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 5e éd., 2016, n° 1184, citant (note 195) Demolombe rattachant cette possibilité à la règle *infans conceptus*.

8 Et la possession d'état peut aussi être prénatale. Ex. : Montpellier, 10 juin 1996, *D.* 1997, somm., p. 155, obs. F. Granet.

9 Cass. civ. 2e, 21 avril 1966, *JCP* 1966, 14710 ; Douai, 2 juin 1987, *JCP* 1989, II, 21250, obs. X. Labbée ; CAA Nantes, 7 juin 2017, *RFDA* sept/oct. 2017, p. 983, conclusions F.-X. Bréchot : préjudice d'affection de l'enfant né après la mort de son père, rappelant « *Infans conceptus* ». Comp. en droit canadien : Cour suprême du Canada, 8 mai 1933, *Montreal Tramways Cy c/ Léveillé* (1933, *SCR.* 456,) citant *Re Burnet v/ Manu* (1748, 1, Ves. Sen. 156) ; J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, Y. Blais éd., 8e éd., 2014, t. 1, n° 1-334.

10 21 sept. 1987, *D.* 1988, p. 184, note Mme Huet-Weiller ; *JCP* 1988, II, 21036, note Sallé de la Marnierre.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

> *en dépit de l'atteinte que le législateur a estimé opportun de lui porter par la législation sur l'avortement, ne pouvant être mis en balance avec un prétendu "droit" des futurs père et mère à l'enfant à la paternité et à la maternité ;*
>
> *Attendu que ce principe du respect de l'enfant à naitre impose que soit sauvegardé son droit qui découle à la fois du droit naturel et du droit positif à avoir un père et une mère et qu'il soit interdit d'en faire un orphelin dès avant sa naissance ; pareille situation est d'autant plus à prescrire que les conséquences psychologiques entrainées par une naissance avec père inconnu et à jamais inconnaissable ne pourront qu'être de la plus haute gravité pour l'enfant ».*

Ensuite, ce principe général transcende les seuils de développement de l'enfant.

Ce droit n'a jamais lié la qualité de personne sujet de droit à un développement physique et psychique. Il n'y a là intérêt que pour déclarer des incapacités de protection, ce qui est différent, et, en ce seul sens, on peut à l'évidence couvrir l'enfant conçu d'une incapacité d'exercice (ce qui va sans dire), voire de certaines incapacités de jouissance.

Souvent est invoqué le délai de 180 jours minimum des anciens articles 313, 314 du Code civil. Il ne s'agissait que de se prononcer sur une filiation et non sur une existence juridique ; tel subsiste son objet dans l'article 313 nouveau. Quant à la référence au dit délai par les préconisations de l'OMS, elle intéressait l'établissement d'un acte d'enfant sans vie à la naissance sans préjuger de la vie avant cet évènement ni de la viabilité pendant une période incertaine. Cet acte entraine des conséquences, certes affectives mais encore sociales.

Sans doute son institution n'est-elle pas sans paradoxes : le certificat peut être délivré même après un avortement dit « *médical* » décidé par les médecins et les parents, ceux-ci pouvant donc à la fois avoir accepté ou demandé la mort de l'enfant (et pendant les neuf mois de grossesse) et solliciter ce certificat. Or, la Cour de cassation, le 6 février 2008, a relativisé l'importance des conditions suggérées par l'OMS : ni le poids ni la durée de développement (500 grammes ou 22 semaines) n'ont de caractère déterminant ; aucun seuil n'est imposé pour que l'on puisse parler de l'enfant né sans vie. Il sera couvert par un acte d'état civil ne préjugeant pas s'il a vécu ou non (art. 79-1 §2 C. civil). Le constat de mort ne présume pas l'absence antérieure de vie. Lors de la discussion, devant le Sénat, le 24 mars 2009, du projet de loi prétendu de « *simplification* » du droit, un amendement tendit à considérer comme viable l'enfant né après 22 semaines ou ayant atteint un poids de 500

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

grammes[11], comme si la viabilité, qualité biologique, appartenait à la loi. Certes, l'amendement fut rejeté, mais, d'une part, avec un renvoi possible vers la loi « *bioéthique* », d'autre part la lancinante frayeur d'une « *interférence avec les débats relatifs à l'interruption volontaire de grossesse* ».

Ce que l'on voulait écrire était ce lien ; ce que l'on voulait éviter était le débat ontologique, crucial et embarrassant. Assurément, diverses doctrines ont proposé une personnalisation, sinon une humanisation progressive de l'embryon et du fœtus, selon son développement, voire l'intensité de sa reconnaissance par autrui, sans fixer de seuil autre que celui des 14 premiers jours (qui revient dans l'article L. 2151-5-IV du projet de loi actuel, subrepticement ; c'est le concept de pré-embryon, utilitaire), comme si la progression du développement faisait changer l'être de nature, ce qui revenait avec trois siècles de retard à ressusciter la thèse de l'animation médiate. La nature humaine n'apparaitrait donc que progressivement, et ne s'y ajouterait la personnalité civile qu'à la naissance, peut-être après encore selon certains.

S'il y a un développement en effet, il est continu dans la même nature humaine. On ne peut s'empêcher de rapprocher des doctrines de celle, globale, de l'Évolution : ce qui se produit dans les espèces se retrouve à l'échelle individuelle. N'est-il pas à penser que l'Évolution « *radicale* » qui enseigne le changement des espèces – et non de leurs seules qualités biologiques conservées en leur nature – est un puissant moyen de relativisation de l'espèce humaine ? Ayant évolué, étant destinée à poursuivre ses mutations vers d'autres et inconnues catégories, elle n'existe pas en elle-même et peut donc plus aisément être requalifiée selon les besoins qu'on en a. Enfin, retenir un seuil de développement en tant que critère d'attribution de la qualité de sujet de droit, d'abord resterait imprécis tout au long de la vie, ensuite impliquerait une perte de cette qualité, ensuite de celle des qualités requises.

Et, somme toute, ce sont les articles L. 2211-1 et L. 2211-2 CSP, issus de la loi du 17 janvier 1975, qui confirment le mieux la présence d'une vie humaine dès la conception. Peut-être votés à l'époque pour rassurer des parlementaires pratiquant la double éthique, ils posent au moins cette affirmation, contraire à toutes les revendications du moment et d'aujourd'hui.

---

11 *J.O. Sénat*, 25 mars 2009, p. 3257. Sur le concept de pré-embryon, V. : D. VIGNEAU, *Dict. permanent de bioéthique*, 2002, V^is^ « Embryon humain in vitro », n° 2 et 3.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Le paradoxe tient en ce qu'ils sont protégés par le tabou pesant sur tout débat sur l'avortement !

Est-il permis d'aller logiquement au-delà de ces affirmations de droits de l'enfant conçu, imposant de le reconnaitre comme sujet de droit ?

B. L'hypothèse des soins médicaux[12]

D'abord, si l'on considère à tout le moins l'enfant conçu comme un être humain, intervient l'obligation de lui donner les soins que requiert son état, dans les limites des données de la science et du caractère proportionné de l'intervention de médecine prénatale. Le projet de loi du 24 juillet 2019 ne définit-il pas la « *médecine fœtale* » (art. L. 1-2131 CSP, projet) ?

> « *La médecine fœtale s'entend des pratiques médicales, notamment cliniques, biologiques et d'imagerie, ayant pour but le diagnostic, l'évaluation pronostiques, le cas échéant, les traitements, y compris chirurgicaux, d'une affection d'une particulière gravité chez l'embryon ou le fœtus* ».

Cette médecine est ambiguë. Elle a pu provoquer l'idée de créer le « *bébé-médicament* » (art. L. 1-4-2131, al. 3 CSP, issu des lois des 6 août 2004 et 7 juillet 2011) : l'enfant est conçu pour soigner un autre enfant ; il présente une utilité thérapeutique pour son ainé. Cette « *thérapeutique* » ne fait pas l'unanimité, même scientifique, et son abandon, préconisé, a été voté[13]. Elle illustrait les détournements de la médecine embryonnaire.

Il est vrai que la détection de maladies ou handicaps oriente plutôt le législateur vers l'interruption médicale de grossesse (IMG). L'article L. 2213-1 CSP prévoit celle-ci si « *existe une forte probabilité que l'enfant à naitre soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* ».

L'article L. 2131-1 §1 donne pour objet au diagnostic prénatal la recherche d'une « *affection d'une particulière gravité* ». L'article -2131 4 prévoit le diagnostic pré-implantatoire s'il y a « *forte probabilité* »

---

12 Nous nous permettons de renvoyer à : G. MÉMETEAU, « L'expérimentation sur le fœtus », *R.D.P. criminologie* juin 1983, p. 519 ; ID., « Le refus de soins à enfant conçu », *RDSS* 1979, p. 317.

13 V. : B. LEGROS, « Vers la généralisation de la carte d'identité génétique de l'"*humain*" », *RGDM* 2019, n° 73, p. 191 et s., spéc. p. 201. Le 7 octobre 2019, l'Assemblée Nationale a voté la suppression de cette technique. V. obs. A. CATHERINE, *RGDM* 2019, n° 73, p. 231 et commentaire ; J. R. BINET, commentaire *Revue Droit de la famille* décembre 2019, n° 12. Mais, le 4 février 2020, le Sénat a réintroduit la technique du « *double diagnostic préimplantatoire* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de transmission de maladie génétique d'une « *particulière gravité* » et actuellement incurable, dans le but certes de la prévenir et de la traiter mais aussi de permettre de mettre fin au projet parental avec éventuellement remise de l'embryon à la recherche (art. L. 2151-5, II CSP) qui conduit à la destruction de l'embryon *in vitro*, qui ne peut être implanté après la recherche[14], ou bien d'aider au soin d'un enfant déjà né (art. L. 2131-4-1 CSP, V. *supra*). Le projet de loi précité confirme cet ensemble (art. L. 2213-1 CSP).

Il est donc techniquement possible de diagnostiquer un état pathologique de l'enfant conçu, *in utero* ou *in vitro*. Les textes ne sont guère plus précis, si ce n'est en évoquant une maladie « *génétique* », mais n'aidant pas à qualifier la particulière gravité de l'affection, même si chacun sait que la trisomie 21 est la première visée. Le rapport de synthèse du CCNE sur les « *États Généraux de la bioéthique* » (juin 2018), voit le diagnostic prénatal (ou néonatal) sous cet angle génétique, non sans souligner les valeurs et principes en opposition, voire les réserves de certains participants (p. 41 et s.). On peut, en effet, situer cette catégorie d'affections dans le bloc de celles qu'un « *eugénisme rampant* » (l'expression est de J. Testart) tente d'éradiquer (art. L. 1131-1 CSP). Même si une équipe pluridisciplinaire intervient, le risque d'arbitraire ne peut être écarté tandis que l'on se satisfait de la forte probabilité qui, par définition, laisse place au doute. S'il nous est permis, nous avions parlé d'avortement au maléfice du doute, expression ultérieurement reprise par un homme politique…

Mais, nous sommes là aux antipodes de la protection de la santé de l'enfant conçu, qu'il faut trouver dans le droit de la recherche biomédicale, les femmes enceintes étant à l'abri de ces pratiques, sauf exceptions pouvant consister entre autres en un bénéfice escompté pour l'enfant (art. L. 1121-5 CSP), ce qui sème l'idée d'un effet thérapeutique possible sur celui-ci.

Si des traitements sont envisageables et sont proportionnés, ils devraient, ensuite, être consentis par les deux parents *a priori*.

En droit commun de l'autorité parentale[15], ce sont en effet les deux parents qui, sauf urgence, expriment leur assentiment aux actes médicaux

---

14 On relira Mme VEIL, *J.O. Ass. Nat.* 20 décembre 1974, p. 8130, sur la recherche sur embryons.

15 Application de l'autorité parentale à l'enfant conçu : TGI Bizerte (référés), 28 novembre 1955, *D.* 1957, 138, note A. R.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sur l'enfant, et la recherche sur l'embryon requiert le consentement (écrit) « *du couple dont les embryons sont issus* » (art. L. 2151-5-II CSP ; art. L. 2141-3 §3 CSP, projet précité).

Mais, si l'avortement pour motif médical peut être décidé par la femme seule, le législateur a ainsi répondu à cette question. Ne l'aurait-il pas fait, qu'un obstacle grave se serait élevé. Les soins sur l'enfant conçu *in utero* imposent une transition par le corps de la femme, ne serait-ce que par absorption de médicaments. Si l'on a pu faire allusion à des traitements infligés de force à la mère dans l'intérêt de l'enfant (aux U.S.A.[16]), l'on doit constater le pouvoir de la femme de refuser ces soins dès lors que, fatalement, ils intéressent son corps. *A contrario*, elle peut y consentir sous les conditions du droit commun, en particulier d'information préalable. Deux droits sont en opposition : celui de l'enfant de recevoir des soins autonomes, et celui de la mère sur son propre corps, mais les textes – et l'opinion commune – remettent entre les mains de la femme le sort médical de l'enfant : c'est elle qui décide de choisir l'avortement médical.

Mais, on ne comprend plus ! Si l'emballage de paquets de cigarettes met en garde : « *Fumer peut tuer l'enfant que vous attendez* », n'est-ce pas une affirmation simple et brutale du droit de l'enfant conçu à la vie ?

II. Le déni juridique

Le principe « *infans conceptus* » est dit exprimer une fiction même s'il a valeur constitutionnelle, liée à celle de la protection de la dignité de la personne humaine[17] et si l'embryon est qualifiable d'être humain[18], et si la loi du 17 janvier 1975 elle-même, par son existence, confirme cette existence humaine dès la conception : à défaut, la loi aurait été inutile ; on ne légifère pas pour autoriser une intervention chirurgicale (cependant, art. L. 2123-1 CSP). Sauf si son objet contredit les principes premiers de la protection du corps humain et la dignité de l'Homme (ex. art. L. 2123-1 précité). Cette loi a-t-elle survécu telle que ses auteurs disaient la vouloir ?

---

16 V. notre étude, « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD civ.* 1990, p. 623 *in limine* ; V. : C. COUSIN, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, thèse Rennes I, 22 novembre 2016, p. 153.

17 B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes*, Lexis-Nexis, 18e éd., 2016, p. 42.

18 *Ibid.*, citant l'Office européen des brevets et la Cour de justice de l'Union européenne.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

A. Une évolution

D'abord, la loi de 1975 fut présentée comme un instrument de promotion des droits des femmes, mais aussi comme un moindre mal, même si l'on a pu parler de « *la bataille de l'avortement*[19] » engagée en réalité avant 1975/1974, publiquement en 1971 par la publication d'un « *manifeste* » par « *Le nouvel observateur* ». Mais, ce que l'on constate, au-delà des arguments opposés est que « *pour les partisans comme pour les adversaires du projet, même libéralisé, l'avortement doit rester l'ultime recours*[20] ». Cette réserve, utile aux parlementaires indécis, ne peut se comprendre que si la mère n'obtient pas sur la vie de l'enfant un droit absolu. Il y a l'IMG pour motif médical, et (alors) l'IVG pour motif de détresse, celle-ci mal définie cependant mais devant justifier la compréhension du législateur. Puis, l'on est passé progressivement à l'affirmation d'un droit de la femme, des femmes, l'exigence, même formelle, de la détresse disparaissant de l'article L. 2212-1 CSP. L'on est en présence de la femme « *qui ne veut pas poursuivre une grossesse* ». Ce droit est, du reste, un des droits parmi d'autres gonflant les revendications les plus diverses. S'agissant de l'enfant conçu, un peu concerné par l'aventure, ses droits ne sont plus rappelés. On peut sans exagérer parler d'un tabou social et politique. On peut déplorer une censure dès lors que l'article L. 2223-2 CSP issu de la loi du 20 mars 2017 va jusqu'à incriminer la diffusion par tous moyens d'allégations ou indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une IVG. Il est vrai qu'est punissable une information et non une opinion[21], mais c'est aussi une forme de censure qu'imposer que « *le débat démocratique* » a eu lieu et qu'une manifestation anti-IVG ne peut plus avoir de finalité politique véritable[22]. Cette censure est le bras armé du positivisme juridique. Kelsen (cité par M. Schooyans) aurait écrit que certaines législations peuvent aller « *jusqu'à ne pas reconnaitre la personnalité juridique de telle ou telle catégorie d'êtres humains*[23] ». C'est, en effet, une opinion positiviste que celle accordant à la loi formelle tout pouvoir, jusque

---

19 (*Sic*) *Documentation française* 1986, avant-propos M. Ferro ; V. *L'avortement, histoire d'un débat*, Flammarion, 1975, préface H. BERGER ; « Le livre blanc de l'avortement », *Le Nouvel Observateur*, 1971.

20 *In L'avortement, histoire d'un débat*, p. 197.

21 (*Sic*), Cons. const., 16 mars 2017, *Dr. pénal* juin 2017, et 6, note Lepage.

22 Paris, 27 juin 2000, *D.* 2000, IR. 249.

23 *In* M. SCHOOYANS, *Ombres et lumières sur le positivisme juridique*, Louvain-la-Neuve, 2020, p. 6.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sur la vie. « *C'est la loi ! Elle doit vous tenir lieu de conscience !* » Dans ce climat presque totalitaire, est-il encore permis d'invoquer les droits de l'enfant conçu même à l'aide de l'article L. 2211-2 CSP ?

Mais il reste que la faveur ou la défaveur que l'on a envers l'IVG sont liées directement à la qualification dont on couvre l'enfant conçu[24].

Ce silence n'a sans doute pas peu contribué au développement de pratiques procédant d'une appropriation de l'enfant conçu ou à concevoir, d'une commercialisation de cet « *obscur objet du désir* » d'autrui. La gestation pour autrui en témoigne. Si l'intérêt de l'enfant né de ce procédé est mis en avant, ce n'est pas pour chercher la nature juridique de l'enfant pendant la grossesse, mais pour tenter de lui conférer, après la naissance, un état civil. Le statut de l'enfant conçu est oublié. Il n'y a même plus d'enfant conçu ; il y a un bien acheté et vendu au mépris de toute dignité (de la femme).

Ensuite, si pourtant ce statut est étudié, c'est pour recevoir une réponse négative.

Le CCNE retenait l'expression de personne humaine potentielle qui a ou aura des droits (avis n°1, 22 mai 1984), en soulignant « *la reconnaissance non équivoque du caractère humain de l'embryon* », ce qui ne laissait pas d'être contradictoire : une personne potentielle n'existe pas encore et, donc, ne peut avoir des droits, et, si elle a des droits, c'est qu'elle est réelle, jouit de la personnalité juridique. Mais la jurisprudence devait se montrer plus précise.

Ce n'est pas l'absence d'obligation alimentaire des parents avant la naissance[25] qui met en cause le statut de l'enfant conçu. Cette obligation parentale a-t-elle déjà un objet chiffrable ? En partie, certes. C'est plutôt, rendu dans une affaire alors médiatisée, l'affirmation de ce que l'enfant conçu est « *destiné par nature à devenir une personne humaine et juridiquement protégée dès la conception*[26] ». Sans doute est-il favorable à l'enfant de redire sa protection dès la conception, mais, s'il n'est que destiné à devenir une personne humaine, dans ce qu'un théologien qualifia d'hominisation progressive, c'est qu'il ne l'est pas encore, ce qui pose la question de savoir à quel titre il est protégé : en qualité de bien ? D'éventualité, de *pars viscerum matris* ?

---

24 A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP* 2010, p. 177. Ex. de prudence parlementaire : V. *J-O. Sénat*, 25 mars 2009, p. 3257.

25 TGI Lille, 6 décembre 2012, *Dr. de la famille* mars 2013, p. 24, note X. Labbée.

26 TGI Bobigny, 22 novembre 1972, *Gaz. Pal.* 1972, II, p. 890.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

On est allé jusqu'à adopter implicitement mais clairement la notion de bien : doit-on indemniser le couple propriétaire d'ovocytes fécondés disparus, qui lui appartenaient[27]? Il s'agissait d'embryons *in vitro*, mais la localisation de la personne n'influe pas sur son existence, sauf doute dans le cas de la disparition, ni sur son statut sauf soumission à la *lex rei sitae*. Aussi bien l'embryon *in utero* devient-il passible de cette qualification réelle. Il est vrai aussi que l'embryon *in vitro* ne bénéficie pas du principe de dignité, selon le Conseil constitutionnel[28] qui écarte l'impératif de respect et le principe d'égalité. Le Professeur Bertrand Mathieu nous pardonnera de reproduire un long passage de son analyse[29], lorsqu'il traite de la différence de protection entre les embryons *in vitro* et *in utero* :

> « *Elle (*l'appropriation du sujet *in vitro) conduit alors à une nouvelle contradiction, celle qui consiste à considérer que le principe de dignité a une portée variable et qu'il peut conduire à traiter comme objet des êtres humains dont on a préalablement considéré qu'ils sortaient du champ de protection du principe alors que, par ailleurs, le principe de dignité est posé comme indérogeable. La rédaction même de la décision du Conseil traduit cette ambiguïté. En effet, tout en affirmant que le législateur peut écarter certains embryons du champ de la protection constitutionnelle, il relève successivement que de nombreuses garanties ont été prises concernant ces embryons et que l'autorisation d'études sur l'embryon doit être subordonnée à l'assurance qu'il n'est pas porté atteinte à l'embryon. Par ailleurs, il précise que son appréciation des dispositions de la loi qui lui est soumise est opérée "au regard de l'état des connaissances et des techniques". Ainsi, il est permis de penser que le juge pourrait argumenter à l'encontre d'une loi autorisant la recherche sur des embryons, alors même que son raisonnement semble ouvrir la voie à une telle évolution.*
>
> *Le raisonnement qui conduirait à distinguer, indépendamment de toute réalité scientifique, mais selon des finalités utilitaristes des embryons (protégés) et des préembryons (non protégés) encourrait la même critique* ».

---

27 TA Amiens, 9 mars 2004, *AJDA* 26 juillet 2004, p. 1546, note S. Hennette-Vauchez ; *D.* 2004, p. 1051, note X. Labbée ; Douai, 6 décembre 2005, *RTD civ*. 2006, p. 87, obs. J. Hauser. En Ontario, V. : L. LANGEVIN, « Couple, consentement contrat et conflit : l'embryon congelé fait-il partie des biens matrimoniaux à partager ? » *RDC* décembre 2019, p. 93.

28 Décision du 27 juillet 1994 ; entre autres : B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron., p. 205 ; C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *D.* 2003, chron., p. 841. Pour le Doyen R. GIL, l'embryon est « *entre quelque chose et quelqu'un* » (*in* : *Les grandes questions de bioéthique, au XXIe siècle dans le débat public*, LEH éd., 2018, p. 266).

29 *In* « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999, chron., p. 451, spéc. P. 454.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

In vitro, l'embryon est in-digne donc appropriable pour tous usages (provisoirement « *encadrés* »), alors cependant qu'il est destiné à transiter *in utero*, délocalisation digne, et alors qu'au même stade de développement, même dérisoire, les deux embryons sont biologiquement identiques, et passibles du même *jus vitae necisque* des « *membres du couple* » (art. L. 2141-4 CSP) ou de la femme, seule alors[30]. Et l'on a pu s'interroger sur la logique du raisonnement du Conseil constitutionnel admettant le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie afin d'assurer la dignité de la personne humaine, mais l'écartant au détriment de la catégorie des embryons *in vitro* et rapportant cette dignité à l'arbitrage de la représentation nationale[31].

Mais surtout, non seulement le droit à la vie de l'enfant conçu n'est pas estimé « *absolu*[32] », mais encore se déduit de cette réserve que cet enfant n'est pas même « *autrui* » (au sens de l'article 221-6 du Code pénal). Si l'on a appliqué l'incrimination pénale aux blessures infligées pendant la grossesse à l'enfant ensuite né vivant[33], en revanche s'est affirmé un courant jurisprudentiel refusant de sanctionner l'homicide involontaire du fœtus[34]. Pour la Cour de cassation, l'article 221-6 du Code pénal ne couvre pas l'enfant à naitre « *dont le régime juridique relève de textes particuliers* ». À part les dispositions restrictives de la recherche sur femmes enceintes ou

---

30 CE, 21 octobre 1980, *D.* 1981, p. 38, conclusions Genevois ; *JCP* 1982, II, 19732, obs. F. Dekeuwer-Defossez.

31 P. EGEA et M.-A. HERMITTE, *in Droits constitutionnels du vivant*, (dir. X. BIOY), Mare et Martin, 2018, spéc. p. 81 et 55.

32 Grenoble, 21 février 1996, *Juris-Data 04312* : « *Le fait pour des individus d'occuper un bloc opératoire pour s'opposer, en occupant et souillant les lieux, aux avortements qui devaient y être pratiqués, constitue l'infraction d'entrave au fonctionnement d'un service d'interruption volontaire de grossesse. Il n'existe en effet aucune disposition de droit français ou international, ni aucun principe général de droit qui reconnaissent à l'enfant simplement conçu un droit absolu à la vie. L'adage « infans conceptus » ne vaut que si l'enfant est né viable, faute de quoi, il est censé n'avoir jamais existé. Par ailleurs, le droit français a toujours distingué, entre l'avortement prohibé et l'infanticide, le meurtre ou l'assassinat. Enfin, les prévenus sont mal fondés à invoquer la non-conformité à la loi des opérations qu'ils ont empêchées dès lors qu'ils ne prouvent pas ce caractère. À cet égard, le fait d'empêcher autrui d'accomplir un acte légal s'analyse comme illégitime au regard de la morale courante élémentaire* ».

33 Cass. crim., 2 octobre 2007, *Gaz. Pal.* 28/29 novembre 2007, p. 11.

34 Cass. crim., 30 juin 1999, *D.* 1999, p. 710, note D. Vigneau ; Ass. Plén., 29 juin 2001, *JCP* 2001, 10569, rapport P. Sargos ; *D.* 2001, p. 2917, note Y. Mayaud ; *D.* 2001, p. 2907, chr. J. Pradel ; *JCP* 2002, I, 101, note P. Murat ; *Médecine et Droit* 2002, n° 52, p. 5, chr. A. Lamboley ; Cass. crim., 25 juin 2002, *D.* 2002, 3099, note J. Pradel ; *JCP* 2002, 10155 note M.-L. Rassat ; Cass. crim., 2 décembre 2003, *D.* 2004, p. 449, note J. Pradel.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sur embryons *in vitro* et – jusqu'à ce jour – la prohibition officielle du négoce de ces êtres humains, on voit difficilement quelles sont ces dispositions seules applicables au nom du principe de la légalité des délits et des peines. Il s'agirait peut-être de l'encadrement de cette recherche sur embryons ? Mais, celle-ci suppose un « *don* », terme synonyme de donation, « *action de donner* » incompatible avec une qualification humaine de celui qui, en effet, n'est plus alors « *autrui* » (art. L. 2141-3 §3, L. 2151-5, L. 2151-9 – cession par un organisme de recherche – CSP, projet de loi précité). On donne un bien, on cède un droit, mais non un être humain (V. les décisions citées note 27). On a pris soin de démontrer que l'incrimination de l'homicide involontaire de l'enfant conçu n'imposerait pas de revenir « *sur les acquis de la législation relative à l'interruption de grossesse*[35] », mais il n'est pas impossible que cette législation et cette jurisprudence se complètent. Au déni de la dignité d'autrui par un acte de volonté s'ajoute désormais le déni de sa qualité d'autrui par un acte de volonté prétorienne. Fût-ce sciemment, nous n'oserons pas hasarder cette hypothèse, mais demeure l'effacement de cette qualité d'autrui qui donne place dans l'espèce humaine.

On raisonne comme si le passage de la naissance fait changer l'enfant de substance. La qualité humaine lui est consubstantielle depuis la conception (art. 16 C. civil) mais l'on imagine une rupture, ou, autrement écrit, une assomption juridique du fait de la naissance. Or, une heure avant cet évènement, l'enfant est pleinement identique à ce qu'il sera une heure après. Il est dans la continuité de son développement biologique, plus fragile même à cette naissance car « *au petit homme*, *il manque tout* » (Ch. Maurras). Est-il moins humain avant de naitre ? Quels textes particuliers évoqués par la Cour de cassation le protègent-ils ?

La destruction involontaire de l'enfant *in vitro* ne peut-elle non plus, *a fortiori*, passer sous les fourches du Code pénal et nous avons constaté que c'est devenu la destruction d'un bien.

Enfin, le droit européen laisse planer le doute sur le statut de l'enfant conçu. S'il est peu contestable que la mère de l'enfant *in vitro* n'est pas « *enceinte*[36] », et si « *le corps humain aux différents stades de sa constitution et de son développement* » ne peut constituer une invention brevetable[37] (ce qui

35 Y. MAYAUD, noté précitée, *D.* 2001, spéc. p. 2919 *in fine*.

36 CJCE, 26 février 2008, *R.L.D.C.* avril 2008, p. 44, obs. M. Marraud des Grottes

37 CJCE, 10 mars 2011, *RTD civ.* 2011, p. 506, obs. J. Hauser ; 18 octobre 2011, *D.* 2012, p. 410, note J.-Ch. Galloux.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

inclut l'embryon et le fœtus), la CEDH interprète la Convention comme vide de « *consensus* » sur la nature et le statut de l'enfant conçu, si ce n'est sur son appartenance à l'espèce humaine, avec une potentialité à devenir une personne qu'il n'est pas encore, sans droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention[38]. D'une part, le sort à réserver à l'embryon dépend du droit de la femme à l'autodétermination[39] relevant de sa vie privée au sens indéfini donné à celle-ci par la Cour de Strasbourg et qui n'est pas la « *vie privée* » au sens du Droit civil. D'autre part, faute de « *consensus* », il est loisible à chaque État de déterminer un statut « *local* » de l'enfant conçu qui, par suite et nonobstant son appartenance à « *l'espèce humaine* » n'a plus de dignité objective imposable aux États. Elle dépend du bon vouloir de chacun, État ou individu. L'enfant conçu n'a d'existence juridique que subjective et contingente. Il n'existe pas objectivement mais uniquement par relation aux frontières des États après n'avoir dépendu, en droit interne français que d'une volonté individuelle.

M. Puppinck est un des plus récents auteurs à avoir démontré cette relativité – ce relativisme – de son non-statut[40] : les droits ne se déduisent plus de la nature de l'homme, personne digne de raison et de liberté. La volonté, source de Droits sur l'Homme reprend le pouvoir de définir l'homme (p. 169), au contraire de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948. Il écrit (p. 173) :

> *« La Cour européenne, aujourd'hui, n'utilise plus la notion de dignité dans son sens ontologique, attaché à la nature humaine. Suivant l'exemple de la Cour suprême des États-Unis, elle veille à présent à la coupler systématiquement à la notion de liberté individuelle, en affirmant que "la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention". Ainsi compris, le respect de la dignité ne s'oppose plus à la domination de la libre volonté sur le corps, mais la requiert. Ainsi s'opère, discrètement, le passage de la dignité inhérente à l'être humain proclamée en 1948, à la dignité réflexive et contre-nature de l'individu ».*

38 CEDH, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 8536 note I. Berro-Lefèvre ; *JCP* 2004, 10158, obs. N. Levinet.

39 V. CEDH, 27 août 2015, *JCP* 2015, 1187, p. 1998, obs. G. Loiseau. V. *L'enfant européen et son futur*, ENSP, actes Congrès Monaco, Mars 1989, ENSP, 1990.

40 G. PUPPINCK, *Les Droits de l'Homme dénaturé*, CERF, 2018, et V. : ID., *L'auteur de la norme bioéthique*, thèse Poitiers, 13 juin 2009, vol. 2. polycop ; J.-M. TRIGEAUD, *Personne*, *Droit*, *Existence*, Bière, 2009, spéc. p. 202 et s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Ceci est lié à une conception subjective de la vie dont chacun apprécie la « *qualité* », en particulier celle de la vie de l'enfant conçu, s'il est frappé d'une tare génétique ou physique jugée par autrui – évidemment – « *indigne* ». Sans doute n'y-a-t-il pas expressément de droit à l'IVG ce qui nierait l'humanité de l'embryon et du fœtus, mais l'avortement est devenu, par la logique de la vie privée de la femme un droit de celle-ci. C'est une technique de subjectivisation de l'être humain[41]. Du reste, il n'a point de faculté de communication, d'échanges avec autrui, d'aptitude relationnelle et ne peut être l'homme raisonnable (art. 1188 §2 nouveau C. civil) qui s'est substitué au « *bon père de famille* » (loi du 4 août – jour symbolique – 2014). Faute de raison, est-on une personne ? « *Je ne pense pas donc je ne suis pas* ». Ceci n'est pas sans provoquer des étonnements, voire des craintes.

B. Quelques singularités

Si l'on se montre réticent à accorder à l'enfant conçu une pleine et actuelle personnalité juridique, « *aptitude pour une personne physique ou une personne morale à être titulaire de droits et contrainte au respect d'obligations*[42] », on constate une tendance à l'accorder à des créatures non-humaines, tandis que s'abaisse la condition de la personne humaine, comme s'il y avait sur ce terrain deux vases communicants, le niveau de l'un baissant, celui de l'autre s'élevant[43].

D'abord, ce sont des suppositions de personnalisation de choses qui se font jour. Le Parlement européen a proposé de reconnaitre une personnalité spécifique aux robots autonomes, biens devenant personnes responsables tenues de réparer « *tout dommage causé à un tiers* », alors que jadis l'esclave descendait du statut de personne à celui de meuble ou immeuble par destination, l'ample mouvement de l'Histoire inversant son courant[44], peut-être parce que l'esclave et le robot étaient, et sont, appelés à des

41 G. PUPPINCK, *Les Droits de l'Homme dénaturé*, p. 128 et s. et réf.

42 C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Larcier, 2015, préface J.-L. HERIN et J. TILHET-PRETNAR, V° « personnalité ».

43 L'existence de la personne morale ne sera pas mise en doute.

44 On nous permettra de renvoyer à *RRJ* 2015, n° 2, p. 503. Amplement, c'est « *repenser les distinctions des personnes et des choses* » (M. BOUTEILLE-BRIGANT, *in Études en l'honneur du Professeur Marie-Laure Mathieu*, *comprendre : des mathématiques au droit*, Litec, 2019, p. 89) ; N. REBOUL-MAUPIN, « Pour une rénovation de la *summa divisio* des personnes et des biens », *LPA* 2016, n° 259, p. 6, entre autres.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

fonctions analogues[45]. Le robot disposerait d'une capacité de jouissance et d'exercice remarque M. Loiseau. Mais, le monde des jeux et jouets – qui n'est plus le Knaben Wunderhorn de A. von Arnim et C. von Brentano – habitue dès le plus jeune âge à une équivalence de l'être humain et de l'être fictif[46] et le Parlement européen a voté le 16 février 2017 un statut propre aux robots, reconnu la « *personnalité électronique* ». Également, le transhumanisme interroge les limites de l'être humain dans des compositions de chair et de matériaux divers nécessaires à la vie et au maintien de la dignité du porteur (prothèses). À partir de quand l'Homme est-il une machine ? Le transhumanisme, lui, vise à augmenter l'homme au moyen des technosciences afin, cite Mme Nevejans, « *de faire disparaitre les misères du corps*, *fusion de l'être vivant et de la machine* ». Ce n'est pas sans potentialités eugéniques par fabrication, celles visant l'enfant conçu procédant par destruction. En l'état, la doctrine s'avance pour suggérer une personnalisation de l'animal, proche de celle de l'Homme[47]. Sans aller jusque-là, le législateur l'a qualifié d'être vivant doué de sensibilité (fallait-il être législateur pour énoncer cette évidence ?) mais soumis au régime des biens corporels (art. 515-14 C. civil ; rapprocher §90-a B.G.B.).

Mais, ailleurs, l'on étend le statut d'êtres humains à des grands singes (Nouvelle-Zélande), à des dauphins (Inde), à une femelle Orang-outan, à des fleuves (Inde)[48]. Il n'est pas interdit de voir dans ces manifestations

---

45 G. LOISEAU, « La personnalité juridique des robots, une monstruosité juridique », *JCP* 2018, p. 1038 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, p. 21 ; A. BENSOUSSAN, « La personne robot », *D.* 2017, p. 2044 ; L. GATTI, « Faut-il doter les robots d'une personnalité juridique », *in Colloque Penser le transhumanisme*, Espace Éthique, commission pour l'UNESCO, CHU/Poitiers 3 octobre 2019 ; P. BERLIOZ, « La personnalité juridique des robots », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Lexis-Nexis, 2019, p. 431 ; X. LABBEE, « La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique », *D.* 2019, p. 78 ; I. MOINE-DUPUIS, « La personne humaine juridique, un concept au-delà des frontières », *in Droit sans frontières*, *Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, Lexis-Nexis, 2018, p. 765 et s.

46 V. : *J.I. Bioéthique*, sept./déc. 2018, n° 3-4, Transhumanisme. Approches pluridisciplinaires d'une nouvelle utopie, spéc. R. GORI, « L'inquiétante étrangeté de l'homme augmenté », spéc. p. 18, et (p. 31) : N. NEVEJANS, « La robotisation de l'homme au regard du droit ». Des systèmes-robots sont aussi utilisés pour suivre et aider des malades du syndrome d'Alzeimer, ou aider certaines interventions chirurgicales...

47 Depuis J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, PUF 1992 préface J.-C. LOMBOIS. On lira : P.-J. DELAGE, *La civilisation animale. Essai juridique sur les justes places de l'homme et de l'animal*, Mare et Martin, 2015, préface J.-P. MARGUENAUD, avant-propos L. CADIET.

48 Réf. *in* B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 119 ; D. TURPIN, « La notion juridique de personne : début et fin », *D.* 2017, p. 2042.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

des mises en œuvre des théories personnalisant la nature[49] au moins autant que l'être humain considéré comme un prédateur. On le croit savoir depuis Rousseau ! Ce qui change toutefois est une indifférenciation des êtres et des choses amalgamés dans un « *vivant* » aux éléments sans frontières, « *concept mobilisateur* » écrit Mme M-A. Hermitte[50] appliqué à un « *grand tout* » mythique. Relevons toutefois, dans la Déclaration d'Oviedo (préambule) l'affirmation d'une « *espèce humaine* ». Si des êtres non-humains accèdent au statut de personnes sujets de droit, par analogie ou par définition, pourquoi l'être humain qu'est l'enfant conçu ne profiterait-il pas de la même assomption juridique ?

Ensuite, la qualité de personne juridique subit – peut-être de par la polysémie du mot « *personne* » – des appréciations diverses. D'aucuns la lient au pouvoir d'agir, l'embryon ne le pouvant pas[51]. Donc, logiquement, l'homme incapable, frappé d'une incapacité d'exercice générale et ne pouvant « *agir* » n'est plus une personne juridique. Il agit pour autrui. L'enfant conçu ne le peut-il pas, s'il s'agit de conserver ses droits, par le jeu de l'autorité parentale (TGI Bizerte précité) ou le jeu de l'ancien curateur au ventre (art. 393 C. Napoléon). Pour d'autres, la personnalité vient avec la vie, commence avec la vie, celle de l'enfant conçu étant partielle et conditionnelle[52]. Ou bien, la personnalité s'acquiert à la naissance, « *à l'instant où il nait*[53] », l'enfant conçu profitant d'une « *extension de la personnalité* », en admettant que le report à la conception soulève un problème de preuve, ce qui n'est plus un problème de principe. Et le Doyen Carbonnier, après avoir constaté que la personnalité peut préexister à la naissance, que la vie préexiste à la naissance, pose la question : « *Suffit-il de la vie pour fonder la personnalité* ?[54] », même s'il

---

49 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.* 2017, p. 2042. Il faudrait revisiter le Patrimoine mondial de l'UNESCO…

50 *In Droits constitutionnels du vivant*, (dir. X. BIOY), Mare et Martin, 2018, spéc. p. 22. V. : F. BELLIVIER et Ch. NOIVIELLE, *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, intro C. LABRUSSE-RIOU ; K. BOUCHERIT, *La libéralité consentie au vivant*, thèse Poitiers, 19 janvier 2013.

51 Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, p. 31.

52 G. CORNU, *Introduction. Les personnes, les biens*, Montchrestien, 7e éd., 1994, n° 458 et 461.

53 B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes*, p. 16.

54 *Droit civil*, PUF/Quadriges, 2004, t. 1, p. 395, et : « Scolie sur le non-sujet de droit, l'esclavage sous le régime du Code civil », *in Flexible Droit*, LGDJ, 9e éd., 1998, p. 213 et s. ; l'esclave est une personne (Cass. crim., 8 février 1839, *S.* 1839, I, 612).On

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

écrit aussi que « *la vie suffit dans sa nudité biologique*, *vue comme un phénomène*, *non comme essence*, *valeur ou même droit subjectif* ». Même s'il y a tendance en faveur d'une personnalité juridique partielle mais remontante, il n'y a pas affirmation exempte de réserves, sauf peut-être sous la plume du Doyen Gérard Cornu, et il y a même négation chez certains auteurs, sous réserve de l'application d'*infans conceptus*, appuyée sur la faculté de recourir à l'IVG et sur l'exclusion de l'incrimination d'homicide involontaire, supposant l'absence de reconnaissance comme sujet de droit[55]. Et, si d'aventure cette exclusion de la personnalité juridique ne servait pas à consolider, à légitimer, l'IVG et ce silence pénal ? Le condamné à mort, coupable de crimes que l'on n'oserait imputer à l'enfant conçu, même si l'on a pensé à la légitime défense de la mère menacée en sa santé ou sa vie par l'enfant (ce qui conduit à l'avortement sélectif, art. L. 2213-1-II CSP, projet de loi précité, comme à l'IMG), demeurait sujet de droit, frappé d'incapacité au demeurant.

Quant au droit européen, celui de la C.E.D.H., il se réfugie derrière une absence de consensus et à la marge d'appréciation de chaque état[56] en refusant d'adopter une position de principe « *abstraite* ». Toute position juridique est « *abstraite* » et l'office du juge consiste à rappeler ou poser des principes, ou des définitions, abstraits. On s'est demandé si la technique du consensus n'est pas une stratégie de réduction au silence des contradicteurs potentiels[57]. À ce titre, c'est la vie qui devient consensuelle, se fabrique au gré des majorités, laisse place à une contradiction, une négation qui permettra de

---

constate « *un régime morcelé et bancal…* » (*sic*) : A. DENIS-FATOME, « Les applications contemporaines du non-droit en droit des personnes », *in J. Carbonnier, l'homme et l'œuvre*, (dir . R. VERDIER), P.U. Paris-Ouest, 2011, spéc. p. 442.

55 J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 14e éd., 2012, p. 204 et p. 205 : « *principe que la personnalité juridique est liée à la naissance d'un enfant vivant et viable* ». V. : X. LABBEE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, P. U. Lille, 1990, p. 63 et s.

56 G. PUPPINCK, *Les Droits de l'Homme dénaturé*, p. 128 et D. TURPIN, « La notion juridique de personne : début et fin », et réf. La Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 est moins évidente… Son article 18 n'apporte qu'une protection théorique à l'embryon *in vitro* sujet de recherche. V. CEDH, Vo c/France, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2456, note J. Pradel ; *RTD civ.* 2004, p. 714 obs. J. Hauser, et réf. *in* D. TURPIN, « La notion juridique de personne : début et fin », note 12.

57 D. FOLSCHEID, « L'embryon ou notre docte ignorance », *in L'embryon humain*, *approche multidisciplinaire*, (dir. B. FEUILLET-LE-MINTIER, préface A. KAHN), Economica, 1996, spéc. p. 39 ; ID., *Made in labo. De la procréation artificielle au transhumanisme*, CERF, 2019, étude lucide des phénomènes d'appropriation et manipulation de la vie, et : C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée*, *bioéthique et philosophie*, PUF, 2009, p. 133 et s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

proclamer l'absence de consensus. La CEDH se lave les mains de sa faveur évidente pour un doute autorisant toutes les actions les plus contraires à l'existence humaine. Je ne parle pas de la dignité, qui n'est peut-être qu'un mot ! Et pourquoi s'arrêter à l'embryon ? Le malade en fin de vie « *indigne* » n'est pas non plus bénéficiaire d'un consensus éthique sur la poursuite de ses traitements ou soins. La peine capitale conserve ses soutiens, et même, sous d'autres cieux, profite de la participation de médecins, ce dont parlent peu les bioéthiciens …

Quelle est la question ?

Elle est celle de la dissociation de la vie dans l'espèce humaine, de la vie d'êtres humains, et de la qualité de personne – sujet de droit. Cette rupture dogmatique, consacrée en droit positif, autorise toutes les dégradations juridiques de catégories humaines, la fabrication *d'Untermenschen*. L'article 16 du Code civil risque fort d'être vidé de sa substance et de n'ériger devant ce péril qu'une barrière de papier ; il cohabite avec la recherche sur l'embryon et l'IVG, comme il cohabitera avec l'euthanasie active. Protéger la personne ? Soit ; chacun en est d'accord. Seulement, il suffit de dire que la personne n'est que celle que l'on veut et que l'on peut vouloir une non-personne. Déjà, il suffit de savoir manipuler le concept de dignité et de désigner des vies indignes d'être vécues[58]. On l'a fait en d'autres temps et il est à redouter que le concept ne ressuscite par inconscience et ignorance.

Un être humain, quel que soit son développement, quelle que soit devenue sa faiblesse, quel que soit le lieu de sa situation, appartient toujours à la même espèce, et c'est cela qui s'appelle sa dignité. Mais, la dignité sans la vie n'est qu'un mot. Et l'existence physique sans dignité est aussi un verbiage. Que l'on adopte des restrictions à la personnalité de l'enfant conçu (incapacités) ; que l'on mette en place des mécanismes de protection ou de représentation, n'enlèverait rien au principe de cette personnalité actuelle qui découle du constat de la vie, d'une vie qui n'est pas celle d'un animal ou d'un végétal surprotégés, et qui se développe puis se dégrade de la conception à la mort, linéairement, et qui, aujourd'hui ne « *suffit* » plus. Et puis, si aussi bien l'on se réfère à un « *consensus* », c'est-à-dire à l'expression de doutes,

58 Nous nous permettons de renvoyer à : « Propos à partir de et autour de l'euthanasie et de la dignité, ou "l'envers de l'histoire contemporaine" », *N.P.G.* juin 2014, n° 81, p. 135. Contre l'opinion exprimée au texte, M. A. HERMITTE, *in Droits constitutionnels du vivant*, (dir. X. BIOY), spéc. p. 60 *in limine*. Simplement, la dignité n'est-elle pas pouvoir dire, comme Guillaumet à Saint- Exupéry : « *tu sais, Saint-Ex, ce que j'ai fait, aucune bête ne l'aurait fait !* » (citation de mémoire) ?

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

rappelons que le doute profite à l'homme coupable. De quoi l'enfant conçu est-il coupable ? Et puis, il y a des arrière-plans de profits, peut-être[59] ?

La vie n'est pas affaire de consensus ni de majorités, donc de contingences. La personnalité juridique lui est liée par conséquence naturelle. Répétons-le : risque-t-on d'avoir des classes d'êtres humains sans existence juridique, appropriables par suite à toutes fins ? La personnalité juridique vient de la personnalité humaine. Mais celle-ci n'est plus liée à l'existence de l'être humain. Une rupture crée des êtres humains non juridiques. Telle semble être la régression du Droit[60]. Relisons Gérard Cornu citant avec optimisme la loi (art. 16 C. civil) : la loi « *proclame donc que le respect de l'être humain, comme la personnalité, commence avec la vie. L'affirmation est plus directe, l'approche plus concrète. Mais cette commune origine – et cette commune généralité – autorisent à considérer que, naissant au même moment et porteuses des mêmes valeurs, la reconnaissance de la personnalité et le respect de l'être humain mêlent positivement leurs conséquences* ».

59 Ex. : Poitiers, 23 novembre 2004, *RGDM* 2006, n° 20, p. 358 ; *Juris-Data* 285731, préjudice de perte de clientèle en IVG. Avortement frugifère !

60 V. : X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, préface H. ROUSSILLON, spéc. p. 208 et s.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

« Le livre blanc de l'avortement », *Le Nouvel Observateur*, 1971.

AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 14e éd., 2012.

BAUDOUIN J.-L., DESLAURIERS P. et MOORE B., *La responsabilité civile*, Y. Blais éd., 8e éd., 2014, t. 1.

BELLIVIER F. et NOIVIELLE Ch., *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, intro C. LABRUSSE-RIOU.

BENSOUSSAN A., « La personne robot », *D.* 2017, p. 2044.

BERLIOZ P., « La personnalité juridique des robots », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, Lexis-Nexis, 2019.

BIOY X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, préface H. ROUSSILLON.

BOUCHERIT K., *La libéralité consentie au vivant*, thèse Poitiers, 2013.

CARBONNIER J., *Droit civil*, PUF/Quadriges, 2004, t. 1.

CARBONNIER J., *Flexible Droit*, LGDJ, 9e éd., 1998.

CORNU G., *Introduction. Les personnes, les biens*, Montchrestien, 7e éd., 1994.

COUSIN C., *Vers une redéfinition de l'acte médical*, thèse Rennes I, 2016.

DELAGE P.-J., *La civilisation animale. Essai juridique sur les justes places de l'homme et de l'animal*, Mare et Martin, 2015, préface J.-P. MARGUENAUD, avant-propos L. CADIET.

DEMOLOMBE C., *Traité des successions*, Durand et Hachette, 2e éd., 1862, t. 1.

DENIS-FATOME A., « Les applications contemporaines du non-droit en droit des personnes », *in J. Carbonnier, l'homme et l'œuvre*, (dir. R. VERDIER), P.U. Paris-Ouest, 2011.

Droits constitutionnels du vivant, (dir. X. BIOY), Mare et Martin, 2018.

EDELMAN B., « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, chron., p. 205.

FOLSCHEID D., « L'embryon ou notre docte ignorance », *in L'embryon humain, approche multidisciplinaire*, (dir. B. FEUILLET-LE-MINTIER), Economica, 1996.

FOLSCHEID D., *Made in labo. De la procréation artificielle au transhumanisme*, CERF, 2019.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

GATTI L., « Faut-il doter les robots d'une personnalité juridique », *in Colloque Penser le transhumanisme*, Espace Éthique, commission pour l'UNESCO, CHU/Poitiers 3 octobre 2019.

GIL R., *Les grandes questions de bioéthique*, *au XXIe siècle dans le débat public*, LEH éd., 2018.

GORI R., « L'inquiétante étrangeté de l'homme augmenté », *J.I. Bioéthique*, sept./déc. 2018, n° 3-4, p. 18 et s.

HAUTEREAU-BOUTONNET M., « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.* 2017, p. 2042.

L'avortement, *histoire d'un débat*, Flammarion, 1975

L'enfant européen et son futur, ENSP, actes Congrès Monaco, Mars 1989, ENSP, 1990.

LABBEE X., « La fin du monde, la fin du droit ou la transition juridique », *D.* 2019, p. 78.

LABBEE X., *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, P. U. Lille, 1990.

LANGEVIN L., « Couple, consentement contrat et conflit : l'embryon congelé fait-il partie des biens matrimoniaux à partager ? » *RDC* décembre 2019, p. 93.

LEGROS B., « Vers la généralisation de la carte d'identité génétique de l'"*humain*" », *RGDM* 2019, n° 73, p. 191 et s.

LOISEAU G., « La personnalité juridique des robots, une monstruosité juridique », *JCP* 2018, p. 1038.

MALAURIE Ph. et AYNES L., *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9e éd., 2017.

MALAURIE Ph. et FULCHIRON H., *Droit de la famille*, LGDJ, 5e éd., 2016.

MARGUENAUD J.-P., *L'animal en droit privé*, PUF, 1992, préface J.-C. LOMBOIS.

MATHIEU B., « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D.* 1999, chron., p. 451.

MATHIEU B., *La bioéthique*, Dalloz, 2009.

MÉMETEAU G., « L'expérimentation sur le fœtus », *RDP criminologie* juin 1983, p. 519.

MÉMETEAU G., « Le refus de soins à enfant conçu », *RDSS* 1979, p. 317.

MÉMETEAU G., « L'esclave, meuble ou immeuble par destination ? », *RRJ* 2015, n° 2, p. 503.

MÉMETEAU G., « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD civ.* 1990, p. 623.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

MÉMETEAU G., « Propos à partir de et autour de l'euthanasie et de la dignité, ou "l'envers de l'histoire contemporaine" », *NPG* juin 2014, n° 81, p. 135.

MIRKOVIC A., « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP* 2010, p. 177.

MOINE-DUPUIS I., « La personne humaine juridique, un concept au-delà des frontières », *in Droit sans frontières*, *Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, Lexis-Nexis, 2018.

NEIRINCK C., « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable », *D.* 2003, chron., p. 841.

NEVEJANS N., « La robotisation de l'homme au regard du droit », *J.I. Bioéthique*, sept./déc. 2018, n° 3-4.

PELLUCHON C., *L'autonomie brisée*, *bioéthique et philosophie*, PUF, 2009.

PUIGELIER C., *Dictionnaire juridique*, Larcier, 2015.

PUPPINCK G., *L'auteur de la norme bioéthique*, thèse Poitiers, 2009, vol. 2.

PUPPINCK G., *Les Droits de l'Homme dénaturé*, CERF, 2018.

REBOUL-MAUPIN N., « Pour une rénovation de la *summa divisio* des personnes et des biens », *LPA* 2016, n° 259, p. 6.

SCHOOYANS M., *Ombres et lumières sur le positivisme juridique*, Louvain-la-Neuve, 2020.

TEYSSIÉ B., *Droit civil*, *les personnes*, Lexis-Nexis, 18e éd., 2016.

TRIGEAUD J.-M., *Personne*, *Droit*, *Existence*, Bière, 2009.

TURPIN D., « La notion juridique de personne : début et fin », *D.* 2017, p. 2042.

VIGNEAU D., *Dict. permanent de bioéthique*, 2002, Vis « Embryon humain in vitro ».

Jurisprudence et notes

Ass. Plén., 29 juin 2001, *JCP* 2001, 10569, rapport P. Sargos ; *D.* 2001, p. 2917, note Y. Mayaud ; *D.* 2001, p. 2907, chr. J. Pradel ; *JCP* 2002, I, 101, note P. Murat ; *Médecine et Droit* 2002, n° 52, p. 5, chr. A. Lamboley.

Cass. civ., 16 décembre 1811, *S.* 1809-1811, I, 433.

Cass. ch. réunies, 8 mars 1939, *S.* 1941, I, 25, note Batiffol.

Cass. civ. 2e, 21 avril 1966, *JCP* 1966, 14710.

Cass. civ. 1re, 10 décembre 1985, *Gaz. Pal.* 9/10 juillet 1986, note R. Piédelièvre.

Cass. civ. 1re, 22 juillet 1987, *Bull.* I, n° 258, p. 187.

Cass. crim., 30 juin 1999, *D.* 1999, p. 710, note D. Vigneau.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Cass. crim., 25 juin 2002, *D.* 2002, 3099, note J. Pradel ; *JCP* 2002, 10155 note M.-L. Rassat.

Cass. crim., 2 décembre 2003, *D.* 2004, p. 449, note J. Pradel.

Cass. crim., 2 octobre 2007, *Gaz. Pal.* 28/29 novembre 2007, p. 11.

Toulouse, 21 septembre 1987, *D.* 1988, p. 184, note Mme Huet-Weiller ; *JCP* 1988, II, 21036, note Sallé de la Marnierre.

Douai, 2 juin 1987, *JCP* 1989, II, 21250, obs. X. Labbée.

Grenoble, 21 février 1996, *Juris-Data* 04312.

Montpellier, 10 juin 1996, *D.* 1997, somm., p. 155, obs. F. Granet.

Paris, 27 juin 2000, *D.* 2000, IR. 249.

Poitiers, 23 novembre 2004, *RGDM* 2006, n° 20, p. 358 ; *Juris-Data* 285731.

Douai, 6 décembre 2005, *RTD civ*. 2006, p. 87, obs. J. Hauser.

TGI Bizerte (référés), 28 novembre 1955, *D.* 1957, 138, note A. R.

TGI Bobigny, 22 novembre 1972, *Gaz. Pal.* 1972, II, p. 890.

TGI Lille, 6 décembre 2012, *Dr. de la famille* mars 2013, p. 24, note X. Labbée.

Cons. const., 16 mars 2017, *Dr. pénal* juin 2017, et 6, note Lepage.

CE, 21 octobre 1980, *D.* 1981, p. 38, conclusions Genevois ; *JCP* 1982, II, 19732, obs. F. Dekeuwer-Defossez.

CAA Nantes, 7 juin 2017, *RFDA* sept/oct. 2017, p. 983, conclusions F.-X. Bréchot.

TA Amiens, 9 mars 2004, *AJDA* 26 juillet 2004, p. 1546, note S. Hennette-Vauchez ; *D.* 2004, p. 1051, note X. Labbée.

CEDH, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 8536 note I. Berro-Lefèvre ; *JCP* 2004, 10158, obs. N. Levinet.

CEDH, Vo c/France, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2456, note J. Pradel ; *RTD civ.* 2004, p. 714 obs. J. Hauser.

CEDH, 27 août 2015, *JCP* 2015, 1187, p. 1998, obs. G. Loiseau.

CJCE, 26 février 2008, *R.L.D.C.* avril 2008, p. 44, obs. M. Marraud des Grottes.

CJCE, 10 mars 2011, *RTD civ.* 2011, p. 506, obs. J. Hauser.

CJCE, 18 octobre 2011, *D.* 2012, p. 410, note J-Ch. Galloux.

Cours suprême du Canada, 8 mai 1933, *Montreal Tramways Cy c/ Léveillé* (1933, *SCR.* 456)

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Dignité et bioéthique / Dignity and Bioethics

***Claire Marliac**, MCF – HDR, Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital, F-63000 Clermont-Ferrand, France*

Abstract

Dignity is now an almost ubiquitous reference point in law. As such, it is closely related to bioethical issues. It is interesting to note both the commonalities between these two concepts which allow a very open approach to them, and also the tenuous links which, most of the time, allow for a constructive relationship. Dignity permeates bioethics.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

« *Norme suspecte*[1] », la dignité est, comme la bioéthique, source d'analyses juridiques foisonnantes. Ces deux notions ont été appréhendées souvent séparément, ensemble plus récemment mais plutôt rarement, et uniquement dans le sens où elles sont comprises comme étant liées, l'une permettant la reconnaissance de l'autre et inversement. Toutes deux ont principalement émergé au milieu du XXe siècle[2].

Le principe de dignité de la personne humaine est un principe cardinal des systèmes juridiques démocratiques et contemporains. Il a été érigé au lendemain de la Seconde guerre mondiale notamment dans l'optique de rejeter la barbarie qui avait caractérisé cette période et de clamer avec force l'importance *in fine* de la vie. À ce titre, il s'inscrit naturellement dans le débat bioéthique, encadrant lui-même les questions liées à la vie. La scène juridique internationale constituera le bras de levier de cette reconnaissance, et ce mouvement se développera ensuite aux niveaux régionaux et étatiques. Dans une décision de 2004[3] par exemple, le Comité européen des droits sociaux[4] a insisté sur le fait que « *la dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit européen positif en matière de Droits de l'Homme -que ce soit la Charte sociale européenne ou la Convention européenne des Droits de l'Homme* ». Qu'elle soit ainsi appréhendée aux niveaux international[5], régional[6] ou national, la dignité est avant tout une valeur marquante[7], centrale pour la réflexion dans le champ des droits et libertés, et sera en effet rapidement associée aux diverses questions bioéthiques[8].

---

1 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 à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 564.

2 La Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948, dans son article 1er, proclame que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

3 Décision du 8 septembre 2004, *Fédération internationale Ligues des Droits de l'Homme c. France*.

4 <https://www.coe.int>.

5 La dignité est ainsi relevée, par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt *Bouyid c. Belgique* du 28 septembre 2015, dans une vingtaine de conventions internationales relatives aux Droits de l'Homme. V. : P. CASSIA, *Dignité(s) – Une notion juridique insaisissable ?*, Dalloz, 2016, p. 67.

6 V. par ex. Ch. DENIZEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 7e éd., 2018, p. 178-180.

7 Elle deviendra un principe.

8 La dignité peut être comprise comme un principe universel avec un noyau incompressible, issu de cet après-guerre immédiat (barbarie, torture, …), auquel des éléments satellites variables s'ajoutent. Elle reste, à notre sens, liée « *naturellement* » à la bioéthique. V. *infra*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La bioéthique, pour sa part, en France[9], fête son quart de siècle au travers des lois françaises dites de bioéthique[10]. Elle est caractéristique d'un questionnement sociétal profond et présente une similitude de réflexion avec la dynamique engagée une vingtaine d'années avant avec la question de la reconnaissance de l'interruption volontaire de grossesse[11]. Le temps de la révision[12] des lois bioéthiques étant désormais ouvert, des États

---

9 Le concept de bioéthique est apparu dans les années 1960-1970. V. : L. TERRACOL, I. KOTSIFA et A. TANNE, « Prolégomènes pour une appréhension de la bioéthique par le droit public : la bioéthique, éthique du droit ou droit de l'éthique ? », *LPA* 16 octobre 2005, n° 207, p. 4-7. Les auteurs précisent que « *l'origine du néologisme 'bioéthique' est tirée d'un livre de Potter Van Rensselaer (…). Ce dernier souhaitait bâtir une éthique utilisant les sciences biologiques pour améliorer la qualité de vie* », note 4, p. 7. V. : P. VAN RENSSELAER, *Bioethics – Bridge to the future*, Prentice Hall, 1971, 191 p.

10 Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés puis les deux lois n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ; et leurs révisions *via* les loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. La prochaine révision repose sur le texte présenté en Conseil des Ministres le 24 juillet 2019. Examen et adoption sont toujours en cours. Le texte a été adopté, avec modifications, en première lecture le 15 octobre 2019 à l'Assemblée nationale et le 4 février 2020 au Sénat.

11 « (L'avortement) *sert de matrice au raisonnement bioéthique et aux solutions adoptées par la suite.* », X. BIOY, « Préface », *in Droits constitutionnels du vivant – Approches comparées de nouveaux objets constitutionnels : bioéthique et environnement*, (dir. X. BIOY), Mare et Martin, 2018, p. 13. Et V. Cons. Const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 dite IVG I. Quant au cadre de questionnement sociétal, V. notamment le « Discours prononcé le 26 novembre 1974 à l'Assemblée nationale », S. VEIL, *Une vie*, Le Livre de Poche, Stock, 2007, p. 291-312.

12 Parmi les éléments d'appui, V. : le rapport de l'Agence de biomédecine (ABM, janvier 2018) ; les recommandations du 12 avril 2018 de l'Académie des Sciences ; le rapport de synthèse du CCNE, publié le 5 juin 2018 et remis à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) ; le rapport du CCNE n° 129 datant du 25 septembre 2018, « *Contribution du CCNE à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019* » ; le rapport du Conseil d'État du 28 juin 2018, « *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?* », remis au Premier ministre le 6 juillet 2018 et ouvrant sur une conférence de presse du 11 juillet 2018 « "*Dignité, liberté, solidarité" : le Conseil d'État livre sa lecture du modèle bioéthique français* » ; l'avis du 20 novembre 2018 de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) ; le rapport fait au nom de l'OPESCT, le 25 octobre 2018, « *L'évaluation de l'application de la loi*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

généraux[13] ont été organisés courant 2018, et 2019. Ces travaux vont voir la discussion parlementaire s'ouvrir à l'automne[14]. L'ensemble contribue à étoffer l'analyse des interactions entre bioéthique et dignité.

Dignité et bioéthique s'imbriquent dans des questionnements toujours délicats, comme la possibilité, ou non, d'autoriser une interruption de grossesse selon que la dignité sera retenue pour l'embryon[15] ou pour la femme ? Une difficulté d'approche se retrouve de manière similaire sur la solution à apporter en situation de fin de vie : l'appel à la dignité sera utilisé tant pour revendiquer un « *droit de mourir dans la dignité* » que pour protéger la dignité du mourant mais aussi maintenir la vie au nom de la dignité de cette dernière. Le rapprochement déductif entre dignité et bioéthique nous a paru évident, il permet de souligner la parenté des droits reconnus et la jonction de la réflexion. Les travaux entrepris grâce à cet ouvrage *La dignité de la personne humaine face aux défis du siècle : approche comparée* nous permettent d'envisager cette analyse[16], et en effet montrent la nécessité de se plonger, encore, en ce début de millénaire, sur les liens réciproques entre

---

n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique », AN n° 1351 et Sénat n° 1572 ; le rapport de la Mission d'information sur « *La révision de la loi relative à la bioéthique* », le 15 janvier 2019.

13 « *Les débats envisagés par la circulaire du 29 novembre 2017 (DGOS/SR3/DGS/DDUAJE/2017/329) du ministère de la Santé se sont déroulés comme prévu. Les États généraux de la bioéthique ont donné lieu notamment à l'organisation de 271 évènements par le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) ou les Espaces éthiques régionaux, au recueil de 65 985 contributions sur le site internet dédié. Un Comité citoyen (…) a pu énoncer un certain nombre de recommandations* (…) », J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.* 2019, p. 725. Il est utile de rappeler qu'aux termes de l'article L. 1412-1 du Code de la santé publique « *débat public sous forme d'états généraux* » s'impose pour « *tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la bioéthique, de la médecine et de la santé* ».

14 Le projet de loi a été présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019.

15 Pour Xavier Bioy, l'embryon est porteur de dignité humaine (X. BIOY, « *Préface* », p. 14). Il rappelle pourtant que, selon le Conseil constitutionnel, l'embryon (décision *Bioéthique II*), ne bénéficie pas directement de la dignité de la personne humaine (qu'il n'est pas) (*ibid.*, p. 219).

16 Nous tenons à remercier vivement les porteurs du projet de cet ouvrage collectif, le Centre de recherche juridique de la Faculté de Droit et des sciences politiques de l'USEK, sous la coordination de Céline Baaklini, Reine Daou et Bechara Karam et le Laboratoire de Recherche sur la Personne de la Faculté de Droit et de sciences économiques et sociales de l'Université Catholique de Lyon, sous la coordination de Pascale Boucaud et de Franck Violet.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

dignité et bioéthique, et au final sur l'analyse en quelque sorte progressiste ou au contraire conservatrice qui en sera faite.

Il sera constaté des points communs aux deux notions (I) qui restent fortement imbriquées (II).

I. Dignité et bioéthique : deux notions fuyantes

La seconde moitié du XXe siècle aura vu pleinement apparaître les notions de dignité et de bioéthique. Elles seront, en France, intégrées au référentiel constitutionnel par la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994[17] selon laquelle : « *Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "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 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*[18] ». La loi de bioéthique aura projeté la dignité en première ligne. Ainsi placée au sommet du corpus normatif interne, la dignité sert d'assise à la bioéthique. Mais toutes deux restent délicates à fixer.

Dignité et bioéthique présentent les caractéristiques communes tant de faire l'objet de débats terminologiques (A) que d'avoir un panel d'utilisation varié[19] (B).

A. Une similitude dans le flou

Il s'avère que la définition tant de la dignité que de la bioéthique semble délicate[20]. Le sens retenu conditionne le potentiel d'application. Il est à ce titre crucial de cerner ces deux notions, mais en la matière les analyses ne sont pas figées.

---

17 Décision n° 343/344 DC du 27 juillet 1994.

18 Considérant 2.

19 Ce peut être une conséquence du questionnement terminologique.

20 Le flou va concerner certes la définition et donc le contenu (pour la dignité comme la bioéthique) mais vaut aussi pour le qualificatif lui-même (oscillant entre principe, concept, valeur) de la dignité.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La dignité constitue un principe plutôt récent (consécration internationale au lendemain de la Seconde guerre mondiale[21]) donc ne bénéficiant pas d'autant de recul que la notion par exemple de liberté ou d'égalité, mais elle a connu une accélération due au développement des innovations de la médecine[22] et de la biologie, faisant à partir de cela le renvoi au champ de la bioéthique[23].

La dignité est communément comprise comme étant le respect que mérite quelqu'un et renvoie à ce titre « *aussi bien à la valeur intrinsèque (…) de l'individu, qu'à l'estime ou à la considération extérieure sur cet individu*[24] ». Déjà ressort ici une double facette[25], mais ce n'est pas forcément exhaustif puisqu'il a pu être dégagé trois approches distinctes : « *trois types de contenu, c'est-à-dire trois types de définitions substantielles, du principe de dignité*[26] ». Les auteurs renvoient en premier lieu à la dignité (institutionnelle), de type traditionnel, attachée à la charge ou fonction et dès lors porteuse d'obligation liées à cette dernière ; en second lieu, à la qualité reliée à la personne humaine, incarnant ici les exigences pesant sur autrui (la dignité sera opposée par l'homme aux autres) ; et en dernier lieu, à la qualité relevant cette fois-ci de l'humanité et permettant dès lors d'opposer, en sens inverse, à chacun certaines obligations puisqu'il appartient au groupe humain.

Finalement, et principalement, la doctrine continue à se diviser sur deux lectures, selon que chacun puisse être titulaire de la dignité humaine – sa dignité (caractère de droit subjectif), ou au contraire selon que ce soit l'humanité qui en soit titulaire exclusive – la dignité (caractère objectif). Les répercussions tirées de ces approches seront bien sûr distinctes. Le principe[27]

---

21 Consécration en France en 1994 pour les lois dites de bioéthique.

22 L'éthique médicale, et l'humanité qui lui est liée, a permis à la dignité d'être un cœur de préoccupation pour les professions médicales, et ainsi de continuer à être une exigence dans le cadre de la bioéthique. V. par ex. M.-L. MOQUET-ANGET, « La dignité et le droit de la santé », *RFDA* 2015, p. 1075.

23 Ce champ n'est pas exclusif pour autant.

24 C. MARLIAC, *L'essentiel des droits politiques, économiques et sociaux*, Gualino, Les Carrés, 2003, p. 20.

25 Double facette pouvant présenter des similitudes avec le masque de Janus. V. *infra*.

26 *La dignité de la personne humaine – Recherche sur un processus de juridicisation* (dir. Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), Presses Universitaires de France, 2005, p. 23.

27 Si la dignité peut renvoyer tant à une valeur, un droit, un concept, une notion, …, nous retiendrons le renvoi au « *principe* », gardant par là-même la décision fondatrice du Conseil constitutionnel en 1994 comme référence.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de dignité peut présenter un contenu subjectif ou objectif variable. Il est constaté que la dignité, malgré son utilisation, fréquente, ne reçoit pas de définition[28] arrêtée[29]. « *Elle reste une notion floue, aux contours imprécis, en tous cas évolutive*[30] », parfois un concept mystérieux. Certains s'interrogent même, finalement, sur le rôle de la dignité de la personne humaine, considérant : « *qu'elle est impossible à définir ; que son champ d'application est très incertain (elle est partout et nulle part à la fois) ; que ce champ d'application varie également selon les systèmes juridiques (…)*[31] ». Au-delà de ce scepticisme, le principe du respect de la dignité de la personne humaine sera dès lors appréhendé par son champ d'application[32].

Est-ce plus simple s'agissant de la bioéthique ? La réponse de prime abord serait positive, pourtant le tableau reste ici aussi ouvert. Les questions éthiques liées aux innovations médicales, voire plus tard à la fin de vie, vont s'inscrire dans les réflexions « *bioéthiques* ». En soi, les sources juridiques propres à la bioéthique restent nombreuses et jouent sur toute la gamme des sources elles-mêmes, avec des renvois aux niveaux international, européen et français, « *et pour ces dernières, constitutionnelles, législatives, prétoriennes, administratives.* (…) *Cette diversité, qui transcende évidemment le dualisme juridique, n'était pas une surprise, mais une utile confirmation du caractère transversal de la matière et de la part qu'y prend le droit public*[33] ». Les sources sont diverses, entraînant par conséquent une pluralité d'approches de la bioéthique, conçue de manière plus ou moins large. Son champ d'application le démontrera. De manière générale il ressort également, du fait de la révision des lois bioéthiques, que les débats restent ouverts, montrant encore par-là l'absence de consensus arrêté tant sur la définition que sur le champ de la bioéthique ; il subsiste des « *opinions dissidentes* », peut-être exacerbées par la « *pente technisiste* » relevée[34]. La bioéthique portera naturellement sur les aspects travaillés par le législateur à partir de 1994, auxquels s'ajoute

28 En ce sens, V. : N. KHOC ARNAUD, « La dignité de la personne humaine », *LPA* 16 octobre 2015, n° 207, p. 8. Il relève alors que « *la plupart des auteurs se contentent de constater qu'il s'agit d'une interdiction de toute pratique où autrui est considéré comme un outil, sans considération pour sa nature humaine* ».

29 V. : P. CASSIA, *Dignité(s) – Une notion juridique insaisissable ?*.

30 C. MARLIAC, *L'essentiel des droits politiques, économiques et sociaux*.

31 N. KHOC ARNAUD, « La dignité de la personne humaine », p. 11.

32 V. *infra* B.

33 D. TRUCHET, « Rapport conclusif », *LPA* 16 octobre 2015, n° 207, p. 30.

34 J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

certains compléments[35]. Elle sera ainsi, elle aussi, un concept protéiforme. La bioéthique « *peut être vue comme 'l'éthique générale appliquée au secteur particulier de la biologie'*[36] » ; nous préciserons principalement la biologie humaine.

Quoi qu'il en soit, la bioéthique se rattache au corps humain[37], et par là même induit une attention certaine à la dignité qui s'y rapporte.

B. Une commune utilisation multiple

Il s'avère que le champ d'application tant de la dignité que de la bioéthique reste variable et incertain.

Parfois considérée comme une notion « *fourre-tout* », la dignité fait l'objet d'appréciations diverses. À « *contenu variable*[38] », la dignité a pu être appréhendée en qualité de fondement des Droits de l'Homme[39] et tend alors à devenir un « *principe matriciel*[40] ». Conçue comme une base constitutive, elle est ici considérée comme principe majeur. Elle engendrerait par conséquent d'autres droits de portée et de valeur différentes.

Ainsi la dignité consacrée au niveau du droit de l'Union européenne[41] illustre, par le biais de la Charte des droits fondamentaux, une forme d'extension de l'approche de cette dernière et en tout cas permet de voir les différentes ramifications tirées du principe. En effet, le titre 1er est consacré à la dignité et comprend plusieurs facettes : le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne, l'interdiction de la torture et des peines

---

35 V. *infra* B.

36 D. TRUCHET, « Déontologie médicale et bioéthique : deux ensembles distincts », *in Mélanges en l'honneur de Marie-France Callu*, Lexis-Nexis, 2013, p. 647.

37 Et au « *vivant humain* », X. BIOY, « Le droit constitutionnel du "vivant", la situation en France », p. 203-225 ; voire, plus largement au biodroit.

38 Avis n° 105 du Comité consultatif national d'éthique, *Questionnement pour les états généraux de la bioéthique*, 9 octobre 2008.

39 Le principe de dignité a aussi été présenté comme principe fondateur du droit civil, voire de l'ensemble du droit. V. : D. FENOUILLET, « Art. 16 à 16-12. Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Principes », *J.-Cl. Civil*, fasc. 10, 1997.

40 B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits fondamentaux », *D.* 1995, chron., p. 211-212.

41 La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE protégeait déjà la dignité de la personne humaine par le biais des principes généraux du droit de l'Union : CJCE, 14 octobre 2004, n° C-36/02, *Omega*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ou traitements inhumains ou dégradants, et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé. La présentation en titre implique forcément d'y intégrer du contenu, pour lequel les dispositions retenues relèvent « *naturellement* » de la protection englobante offerte ici par la dignité, mais ces éléments ne se rattachant pas tous à la thématique « *classique* » de la bioéthique. Une répercussion similaire vaut du côté conventionnel, la CEDH est certes muette quant à la dignité mais permettra son développement à partir de l'article 2 protégeant le droit à la vie, de l'article 3 prohibant la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants ou encore de l'article 4 interdisant l'esclavage. Là aussi la dignité sera utilisée pour des situations non liées aux questions bioéthiques pures.

Le champ d'application de la dignité reste dès lors « *incertain et variable (…) aussi bien s'agissant du champ matériel que du champ personnel*[42] ». Au-delà des éléments déjà cités, elle continue à viser, puisque c'est son cadre de naissance, les crimes contre l'humanité, mais surtout possède une aptitude à être utilisée « *sans limites*[43] ». Elle pourra être retenue en matière de « *prostitution*, *de conditions de détention*, *d'extradition*, *de discriminations*, *(…)*, *d'audiovisuel*[44] », sans oublier la célèbre affaire de Morsang-sur-Orge[45], première décision administrative poursuivant l'ouverture constitutionnelle.

Cette difficulté liée à l'extrapolation est en fait apparue dès les années quatre-vingt-dix et avant même la reconnaissance « *officielle* » de la dignité en droit par le biais de la bioéthique ; la doctrine pouvait dénoncer « *le recours massif à ce terme*[46] ». Ce n'était qu'un début, d'autant plus facilité

---

42 N. KHOC ARNAUD, « La dignité de la personne humaine », p. 9.

43 V. par ex., D. TRUCHET, « La dignité et les autres domaines du droit », *RFDA*, 1er novembre 2015, n° 6, p. 1094-1099.

44 N. KHOC ARNAUD, « La dignité de la personne humaine », p. 9. L'auteur pointant alors « *une très grande incertitude quant à la détermination de ce champ d'application matériel* ».

45 CE ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, à propos du « *lancer de nains* ».

46 D. THOUVENIN, « Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, p. 160-216. Elle écrit : « *Ce dont nous devons nous garder, c'est une forme d'angélisme qui consisterait à croire dans les effets spontanément protecteurs des mots. Répétons-le : l'utilisation de ce terme dans le langage courant n'a pas la même signification que lorsqu'il est érigé en énoncé juridique. On constate aujourd'hui un recours massif à ce terme : tout est objet de dignité : la personne, le fœtus, le génome humain, les thérapies géniques… à tel point qu'on est en droit de s'interroger sur ce que masque une utilisation aussi incantatoire du mot, puisque chaque fois qu'il est invoqué ce sont de possibles atteintes à la personne qui sont discutées… Sa fonction*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

que le flou rattaché à la formule de reconnaissance[47] laissera une part active au juge[48]. Au-delà de ce caractère évasif, la dignité trouve à s'appliquer « *naturellement* » dans le champ médical[49] et/ou de la bioéthique.

La bioéthique telle qu'admise en 1994 était centrée sur les thématiques établies par le législateur, à savoir principalement les deux premières lois du 29 juillet auxquelles s'ajoute, paradoxalement puisque première et antérieure, la loi du 1er juillet, souvent délaissée[50]. Dans ce corpus législatif, la bioéthique va être appelée à proposer des règles applicables au corps humain mais encore au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, et enfin aux données de santé. Mais d'autres thématiques vont s'ajouter à ce cœur de bioéthique et aussi se développer en dehors des lois de 1994, tout en se rattachant à « *la* » bioéthique. En effet ce bloc initial de cinq éléments, déjà riches, s'est révélé incomplet au fil des avancées scientifiques. Au final dans la dernière approche de la bioéthique, au vu des thèmes traités dans le cadre des États généraux de la bioéthique, sont désormais incluses les questions portant sur la fin de vie[51] et sur les interactions entre santé et environnement. Cela porte alors à sept les points analysés, mais en sachant que les cinq premiers sont plus précisément déclinés avec par exemple en premier lieu, pour l'embryon, la déclinaison des questions de reproduction ou des cellules-souches. De même, en second lieu, si en 1994 il était question du seul diagnostic prénatal, il est maintenant exigé de travailler sur l'ensemble des règles génomique et génétique. Par ailleurs, les neurosciences sont aussi enjeux de réflexion,

---

véritable est la fixation des limites qui peuvent être apportées à la protection de la personne. ». V. aussi D. TRUCHET, « La dignité et les autres domaines du droit », p. 1094-1099.

47 Paul Cassia pointera un « *abus du recours au terme 'dignité' (…), on pouvait constater son emploi dans 37 articles du Code de la santé publique, 29 articles du Code de procédure pénale, 12 articles du Code de la sécurité intérieure, 8 articles du Code de l'action sociale et des familles, 7 articles du Code du travail et 5 articles du Code de la défense* », P. CASSIA, *Dignité(s) – Une notion juridique insaisissable ?*, p. 16-17.

48 D. FENOUILLET, « Art. 16 à 16-12. Respect et protection du corps humain ». L'activisme ne sera pas le fait du seul juge, le législateur joue aussi un rôle important.

49 La dignité peut être comprise comme un « *socle conceptuel* » des droits des patients : C. LANTERO, *Les droits des patients*, LGDJ, Systèmes pratique, 2018, p. 49.

50 À laquelle nous avons consacré en partie notre thèse : C. MARLIAC-NEGRIER, *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, PUAM, Collection de Droit de la Santé, Marseille, 2001, 2 tomes, 844 p.

51 « *Thématique constitu(ant) une sorte de "cavalier" dans la législation dite de bioéthique* », selon J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », p. 727.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ouvrant sur l'intelligence artificielle, la robotisation ou encore l'imagerie médicale. Le tout se place dans la discussion bioéthique.

Il est ainsi possible de constater que dignité comme bioéthique, consacrées au XXe siècle, restent en ce début de XXIe, encore ouvertes à l'analyse doctrinale. Cette souplesse n'occulte pas les liens primaires qui les relient.

II. Des liens intrinsèquement assurés

Dignité et bioéthique sont appelées à être combinées sous des approches variées. Deux exemples liminaires l'illustrent. Ainsi si l'acception de la bioéthique comprend les données personnelles, en s'appuyant sur la troisième loi de 1994, alors les empreintes génétiques, entrant dans cette catégorie de données, notamment quant à leur utilisation par la police, tombent sous le coup du respect de la dignité[52]. Dignité et bioéthique sont alors « *utilisées* » en sens complémentaire, ou de front pour parvenir à une protection donnée et la renforcer. Également, sous un autre angle, si la dignité peut être « *affectée* » à la personne « *seule* », elle vise aussi la personne « *dans le groupe* », donc à partir de là le groupe « *humanité* », mettant en avant encore une fois les liens avec la bioéthique, née de la volonté de protéger l'humanité.

Mais dignité et bioéthique ne sont pas toujours portées dans ce sens commun protecteur. Nous verrons alors que des sortes d'aller-retour sont aussi pointées, avec la première particularité selon laquelle bioéthique comme dignité peuvent être considérées comme support de référence l'une par rapport à l'autre (A), mais également le constat selon lequel le sens d'approche retenu de l'une peut jouer en faveur ou au contraire, en défaveur de l'autre (B).

A. Des notions sources de réciprocité et/ou de ressemblance

La première analyse peut montrer que la bioéthique est la source de reconnaissance de la dignité. Le considérant 2 de la décision du Conseil constitutionnel en 1994 est formulé à partir d'une saisine *a priori* réalisée quant aux lois qui venaient d'être adoptées. Ces lois dites bioéthiques vont permettre l'émergence de la dignité comme « *principe à valeur constitutionnelle* ». En ce

52 V. les décisions du Conseil constitutionnel 2003-467 DC du 13 mars 2003 *Loi pour la sécurité intérieure* à propos du FNAEG, ou 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 *Jean-Victor C.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sens, la bioéthique constitue le levier de reconnaissance de la dignité. La loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 permît à l'article 16 du Code civil de proclamer 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*[53] ».

C'est bien grâce à cette saisine, sur le sujet de la bioéthique, que la dignité est relevée.

Mais parallèlement, la dignité peut aussi être considérée comme le fondement de la bioéthique. La dignité a été reconnue au sein de la Charte des Nations-Unies, texte et support généraliste, puis fut précisée dans d'autres conventions, telles que la Déclaration sur la protection du génome humain, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les Droits de l'Homme par exemple. Cette lecture nous montre que pour poser les règles dédiées à la bioéthique, la dignité est mise en avant[54]. Il en sera de même au niveau européen puisque le principe du respect de la dignité de la personne humaine sera repris dans la Convention d'Oviedo du Conseil de l'Europe[55] notamment. Le principe est posé, les dispositions spécifiques suivent.

La réciprocité relevée, nous pouvons noter que dignité et bioéthique s'irriguent mutuellement.

Dans le cadre français, nous savons que le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine a permis d'étoffer en quelque sorte le contenu de la bioéthique elle-même puisque le Conseil constitutionnel proclame en 1994 : « *Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine*, *le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*, *l'inviolabilité*, *l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne*

---

53 « *Néanmoins*, *on oublie souvent que*, *en vérité*, *le précurseur n'est pas le Code civil mais le Code pénal qui*, *depuis la réforme du 22 juillet 1992 ayant institué le nouveau Code*, *comprend un chapitre dans son livre II intitulé : "Des atteintes à la dignité de la personne"* », N. KHOC ARNAUD, « La dignité de la personne humaine », p. 8.

54 Pourtant, certains ont pu se demander si la dignité n'était pas ici superflue : R. ANDORNO, « La notion de dignité est-elle superflue en bioéthique ? », *RGDM* 2005, n° 16, p. 95-102.

55 Convention pour 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 : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 164, 4 avril 1997.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

humaine[56] ». Si ces quatre principes législatifs tendent à assurer le principe constitutionnel visé, c'est donc non seulement que ces quatre principes sont portés par le législateur à partir de 1994 mais aussi et surtout que ce principe constitutionnel était préexistant et attendait un contenu dédié[57]. Le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine chapeaute l'ensemble, il a pu attraire dans son orbite les principes législatifs cités. Le principe de dignité de la personne humaine permettra de poser des jalons quant à la libre disposition du corps.

Parmi les principes mis en avant en 1994 figure le respect de l'intégrité physique de la personne, il sera étendu, selon des modalités propres, à l'embryon et, dès lors, est pointée une préoccupation éthique, relevée par le CCNE par exemple, avec la situation des premiers enfants génétiquement modifiés (CRISP-Cas9). Nous relevons ici que l'approche évolutive de la dignité permet de s'adapter aux besoins bioéthiques ; elle suit l'actualisation des besoins.

De manière générale, d'après la lecture du Conseil d'État[58], notre modèle français de bioéthique est fondé sur le principe de dignité, permettant une protection particulière du corps humain, grâce aux principes législatifs posés en 1994. La dignité se place au premier plan, et permet de répondre aux ajustements bioéthiques.

Les deux notions répondent quoi qu'il en soit à une caractéristique commune, fondatrice pour nous dans le champ d'analyse retenu. En effet dignité et bioéthique posent la même question : quel est le rôle reconnu à la personne ? Comment sera-t-elle impliquée, entendue et protégée ? Or le consentement de l'individu est omniprésent dans l'une comme l'autre des notions étudiées. Il s'agira, pour chaque situation rencontrée, de déterminer ce que ce dernier peut décider, et ainsi au final apprécier quelle est l'approche de la dignité qui sera mise en avant ? Les différentes lois de bioéthique, comprise dans son sens large, permettent un rôle actif de la personne, reposant sur l'expression de son consentement, et ce consentement peut être téléguidé par le respect lui-même de la dignité. Il en sera ainsi par exemple quant aux décisions prises en matière de fin de vie puisque la personne pourra décider de mettre un terme aux traitements suivis, choix pouvant

56 Considérant 18.

57 Principes législatifs compris comme « *rempart autour de la dignité* », X. BIOY, « Le droit constitutionnel du "vivant", la situation en France », p. 219.

58 V. Étude à la demande du Premier ministre, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?* , adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, Conseil d'État, section du rapport et des études.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

relever de sa propre conception de ce que doit être une fin de vie digne (en refusant par exemple l'obstination déraisonnable). La dignité sert d'appui au choix exprimé et corrobore la décision de la personne. Par le biais du consentement, la dignité de la personne pourra être entendue et préservée, répondant ici à la lecture subjective de cette dernière. C'est à la personne concernée d'apprécier les conditions qu'elle considère comme dignes ou indignes, et la dignité peut ici être abordée comme libératrice. Par ailleurs, il est également admis, quant aux circonstances de fin de vie, une approche plutôt objective, et complémentaire, puisque les professionnels de santé sont toujours obligés d'assurer la dignité de la personne en fin de vie : le médecin doit sauvegarder la dignité du mourant[59]. À ce titre, la dignité est appréhendée sous un angle extérieur et correspond au fait qu'elle relève de l'appartenance de la personne à l'humanité elle-même.

Ces différents éléments montrent les appuis respectifs liant dignité et bioéthique. Pourtant cette « *symbiose* », si elle peut être encore approfondie, est parfois repoussée.

B. Des notions complémentaires ou opposées

Les caractéristiques précédemment relevées, tant par exemple dans les définitions que dans les champs d'application de la bioéthique comme de la dignité, permettent de pointer les difficultés du mariage, passant du « *je t'aime* » au « *moi non plus* ».

Dans le premier type de relations, la dignité peut être utilisée à l'appui de la bioéthique, et protéger par exemple les embryons humains dans le cadre de la recherche scientifique. Ainsi la technique citée CRISPR-Cas9[60], pour la première fois utilisée en Chine et ayant permis la naissance en novembre 2018 de jumelles modifiées génétiquement au stade embryonnaire, est considérée en France comme « *contraire à la dignité de l'embryon en tant qu'être humain bénéficiant du droit à la vie qui en découle*[61] » ou plus simplement contraire à la dignité de l'être humain[62].

---

59 Art. L. 1110-5-1 al. 3 du Code de la santé publique.

60 C'est une technique d'ingénierie du génome « *permettant de modifier, de réduire ou d'augmenter de manière ciblée l'expression d'un ou de plusieurs gènes* » : A. CHEYNET DE BEAUPRE, *in* J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », p. 731.

61 Analyse du Pr. VIRT, *in* J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », p. 726.

62 Les Académie des sciences et Académie nationale de médecine ont condamné cette pratique.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Nous pouvons également nous appuyer sur un autre exemple, beaucoup plus banal, illustrant les relations constructives entre dignité et bioéthique. Ainsi, il est acquis, au titre des droits des malades[63], que les relations médecin-malade reposent sur un équilibre destiné à garantir le respect de la volonté et de la dignité du malade. Par conséquent, il est notamment exigé de demander le consentement, libre et éclairé selon la formule désormais traditionnelle, avant toute intervention thérapeutique. Ce principe fondamental est inscrit à l'article 16-3 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'une des trois lois bioéthiques de 1994[64]. La thématique des droits des malades et des principes afférant, se retrouve pour les questions d'arrêt de traitement en fin de vie, où volonté de la personne et respect de la dignité de cette dernière gouvernent les choix exprimés[65]. Sans aller jusqu'à la reconnaissance et la dépénalisation de l'euthanasie, les dispositions législatives[66] doivent permettre une fin de vie digne. Le lien éthique de la vie et dignité est ainsi marqué ici aussi.

Remontant le temps au début des années quatre-vingt-dix, la dignité a pu être présentée comme « *fondement de la protection des plus faibles*[67] », incorporant à ce titre les aspects bioéthiques. L'association dignité et bioéthique permet de manière générale de refuser tout asservissement de l'homme aux intérêts de la science ou de la société, nécessitant par là même une veille constante. L'exigence du respect de l'autre en tant que sujet, impliquant le respect de son autonomie, permet de souligner les liens entre dignité et bioéthique et leur renforcement en découlant. La dignité sera non seulement le fondement de la bioéthique[68] mais encore un support de protection complémentaire pour la personne. De même, la dignité suppose le respect de la liberté, à l'image des règles posées par la bioéthique. De

---

63 V. notamment la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé : L. n° 2002-303, 4 mars 2002, *JO 5 mars 2002*, p. 4118.

64 L. n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, V, § 44.

65 Choix pouvant être anticipés en prenant appui sur les directives anticipées. V. par ex., C. MARLIAC, « Prévoir la fin : les directives anticipées et les difficultés du droit – La vie, la mort et le droit », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Turpin- État du droit, état des* droits, LGDJ-UCA École de droit, 2017, p. 769-783.

66 Loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, L. n° 2005-370, 22 avril 2005, *JO 23 avril 2005*, p. 7089 ; loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits pour les personnes en fin de vie, loi n° 2016-87.

67 S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical », *in La dignité de la personne humaine – Recherche sur un processus de juridicisation* (dir. Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), PUF, 2005, p. 93.

68 V. *supra* A.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

manière générale, la dignité pourra appuyer les règles protectrices de la personne élaborées *via* la bioéthique tant pour les aspects liés au début de la vie ou à sa fin, que pour les atteintes à l'intégrité physique.

La dignité peut en sens contraire être positionnée « *face* » à la bioéthique[69], en opposition, et générer des conséquences limitant les choix qui auraient pu être avancés[70]. Les débats quant à la libre disposition de soi, de son corps illustrent cette complexité[71]. Si la dignité est opposable à la personne, alors cela suppose des devoirs reposant sur cette dernière, qui verra par conséquent son action parfois limitée, notamment en cas d'atteinte à l'humanité ici sous-jacente.

Les craintes exprimées quant à l'appui revendiqué sur la lecture duale de la dignité sont, avec le recul, effectives, et peuvent affecter le cadre de la bioéthique. Il était dès le début des années quatre-vingt-dix pointé que la dignité aurait pu être lue dans un sens subjectif[72], donc à partir de là « *personnalisable* ». Mais au-delà, l'incertitude affectée à la notion elle-même ouvre des lectures potentiellement opposées, et par voie de conséquence qui peuvent être comprises comme non protectrices des droits et libertés, y compris dans le champ bioéthique. Cet ensemble d'approches ne peut que complexifier les relations, mouvantes, entre les deux notions que sont la dignité et la bioéthique.

La lecture tournée vers une approche individualiste de la dignité, entendue en tant que droit de la personne, comporte, si ce n'est une opposition à la bioéthique, au moins un risque d'appréciation différente des principes éthiques classiquement admis. Ainsi, il est possible de considérer

---

69 La dignité peut également aller à l'encontre de la liberté individuelle conçue de manière plus large. V. par ex. O. CAYLA, « La dignité humaine contre les Droits de l'Homme », « Le droit de se plaindre. Analyse du cas (et de l'anti-cas) *Perruche* », *in* O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître*, Gallimard, coll. Débats, 2002, p. 47 et s.

70 V. par ex., notre mémoire en vue de l'habilitation à diriger des recherches : *L'autodétermination : quel rôle pour la personne ?* en date du 19 novembre 2015, École de droit, UDA.

71 V. notamment la question de la gestation pour autrui. V. aussi pour la dignité sous un angle liberticide : B. FEUILLET-LIGER, « Plaidoyer pour un usage parcimonieux de la dignité en droit », *in La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, (dir. B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI), Bruylant, 2016, p. 477-479.

72 Il est souligné que cela emporte comme conséquence le fait que ce soit la personne elle-même qui détermine sa propre dignité « *et n'en ferait que le miroir personnel des qualités humaines que se prête le sujet (…) "la dignité pour soi"* », *in* S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et le droit médical », p. 98.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

que la dignité entre en opposition avec la bioéthique lorsqu'elle est comprise comme favorable à la liberté de la recherche ; elle ne serait donc pas si protectrice de la personne. Il est également pointé que les différentes études récentes de 2018-2019[73] « *montrent une tendance générale à l'affaiblissement des principes éthiques posés par les premières lois de bioéthique de 1994 au profit d'enjeux économiques sous-jacents. (…) On constate une rupture avec la philosophie des recommandations antérieures à la loi relative à la bioéthique de 2011, avec une volonté d'accorder la prééminence à la liberté individuelle*[74] ». Si l'on s'appuie sur la dignité comme fondement de la bioéthique, alors le principe notamment du respect de l'intégrité de l'espèce humaine est appelé à être protégé. Or les nouvelles possibilités offertes par les tests génétiques, pour lesquels la multiplication de l'offre est certaine, risque de porter atteinte à l'espèce humaine elle-même, si ce n'est à l'intégrité de l'espèce humaine[75]. Les différentes techniques de diagnostic anténatal, notamment préimplantatoire ou prénatal, de plus en plus accessibles et précises, peuvent conduire à des sélections à venir, plus nombreuses. Cette démarche ne s'inscrit pas dans l'analyse bioéthique telle que posée dans les années quatre-vingt-dix[76]. « *L'éthique et les Droits de l'Homme*[77] » sont forcément remis en question.

La souplesse récurrente trouve ici une limite. Il serait probablement nécessaire d'arrêter strictement la lecture des deux notions. En effet, « *la dignité de la personne humaine peut guider et contraindre l'action du législateur en matière de bioéthique*[78] ». Mais attention au guide, il doit être précis. Cette remarque permet de souligner les liens intrinsèques entre les deux notions, liens appelés à s'étoffer avec les révisions des lois bioéthique à venir. Quoi qu'il en soit, il semble certain que dignité et bioéthique aient une racine commune dans le sens où l'humanité sous-tend leurs développements respectifs. Mais de plus, toutes deux constituent l'expression d'une humanité indispensable. Leur force commune sera alors de conforter la protection de l'homme.

---

73 Études déjà citées, V. note 12.

74 J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », p. 728.

75 Si manipulations il y a.

76 Cependant le Conseil d'État envisage l'utilisation de l'édition génique en complément du DPI, dans des cas limités.

77 V. communiqué de presse du 30 novembre 2018 du Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe.

78 N. KHOC ARNAUD, « La dignité de la personne humaine », p. 11.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ANDORNO R., « La notion de dignité est-elle superflue en bioéthique ? », *RGDM* 2005, n° 16, p. 95-102.

BIOY X., « Le droit constitutionnel du "vivant", la situation en France », *in Droits constitutionnels du vivant – Approches comparées de nouveaux objets constitutionnels : bioéthique et environnement* (dir. X. BIOY), Mare et Martin, 2018.

CASSIA P., *Dignité(s) – Une notion juridique insaisissable ?*, Dalloz, 2016.

CAYLA O. et THOMAS Y., *Du droit de ne pas naître*, Gallimard, coll. Débats, 2002.

DENIZEAU Ch., *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 7e éd., 2018.

FENOUILLET D., « Art. 16 à 16-12. Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Principes », *J.-Cl. Civil*, fasc. 10, 1997.

FEUILLET-LIGER B., « Plaidoyer pour un usage parcimonieux de la dignité en droit », *in La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (dir. B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI), Bruylant, 2016, p. 477-479.

GALLOUX J.-Ch. et GAUMONT-PRAT H., « Droits et libertés corporels », *D.* 2019, p. 725.

HENNETTE-VAUCHEZ S., « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical », *in La dignité de la personne humaine – Recherche sur un processus de juridicisation* (dir. Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), PUF, 2005, p. 93.

KHOC ARNAUD N., « La dignité de la personne humaine », *LPA* 16 octobre 2015, n° 207, p. 8.

La dignité de la personne humaine – Recherche sur un processus de juridicisation (dir. Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ), Presses Universitaires de France, 2005.

LANTERO C., *Les droits des patients*, LGDJ, Systèmes pratique, 2018.

MARLIAC C., « Prévoir la fin : les directives anticipées et les difficultés du droit – La vie, la mort et le droit », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Turpin- État du droit, état des* droits, LGDJ-UCA École de droit, 2017, p. 769-783.

MARLIAC C., *L'autodétermination : quel rôle pour la personne ?*, mémoire en vue de l'habilitation à diriger des recherches, École de droit, UDA, 2015.

MARLIAC C., *L'essentiel des droits politiques, économiques et sociaux*, Gualino éditeur, Les Carrés, 2003.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

MARLIAC-NEGRIER C., *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, PUAM, Collection de Droit de la Santé, Marseille, 2001, 2 tomes.

MARTENS P., « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », *in Les Droits de l'Homme à l'aube du troisième millénaire*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p.564.

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits fondamentaux », *D.* 1995, chron., p. 211-212.

MOQUET-ANGET M.-L., « La dignité et le droit de la santé », *RFDA* 2015, p. 1075.

TERRACOL L., KOTSIFA I. et TANNE A., « Prolégomènes pour une appréhension de la bioéthique par le droit public : la bioéthique, éthique du droit ou droit de l'éthique ? », *LPA* 16 octobre 2005, n° 207, p. 4-7.

THOUVENIN D., « Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, p. 160-216.

TRUCHET D., « Déontologie médicale et bioéthique : deux ensembles distincts », *in Mélanges en l'honneur de Marie-France Callu*, Lexis-Nexis, 2013, p. 647.

TRUCHET D., « La dignité et les autres domaines du droit », *RFDA*, 1er novembre 2015, n° 6, p. 1094-1099.

TRUCHET D., « Rapport conclusif », *LPA* 16 octobre 2015, n° 207, p. 30.

VAN RENSSELAER P., *Bioethics – Bridge to the future*, Prentice Hall, 1971.

VEIL S., *Une vie*, Le Livre de Poche, Stock, 2007.

Comité européen des droits sociaux, 8 septembre 2004, *Fédération internationale Ligues des Droits de l'Homme c. France*.

Jurisprudence

CEDH, 28 septembre 201, *Bouyid c. Belgique*.

CJCE, 14 octobre 2004, n° C-36/02, *Omega*.

Cons. Const., n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 dite IVG I.

Cons. const., n° 343/344 DC du 27 juillet 1994.

Cons. const., n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure à propos du FNAEG*.

Cons. const., n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*

CE ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Cne de Morsang-sur-Orge*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Éclairages sur l'emploi du principe de dignité de la personne humaine dans la régulation de la gestation pour autrui : un principe occulte / Enlightenment on the Use of the Dignity of the Human Person Principle in the Regulation of Surrogacy: an Occult Principle

Anne-Laure Youhnovski Sagon, *A.T.E.R. en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

Abstract

The purpose of this study is to reveal the place occupied by the dignity of the human person principle in the limitation of surrogacy. *Prima facie*, it seems that it is on behalf of the principle of dignity of the surrogate mother that this mode of procreation is prohibited. However, the principle of dignity is hardly present in legislative debates to prohibit surrogacy, while the judge uses it more as a cornerstone of reasoning to reject this practice. When circumventing the prohibition of surrogacy through the jurisprudential validation of its effects, the best interest of the child takes the place of the dignity principle. However, this does not mean that the paradigm shift has taken place, as the principle of human dignity retains its status as a matrix of fundamental rights and still justifies its prohibition on the legislative level.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Enfanter pour le compte d'autrui n'est pas un phénomène dont notre société contemporaine peut s'arroger la paternité. Déjà, dans l'Ancien Testament, la maternité de substitution est évoquée lorsque la servante d'Abraham et de Sarah se trouve contrainte, pour pallier l'infertilité de sa maîtresse, de lui rendre l'enfant qu'elle avait conçu avec son maître[1]. Partant, faire le procès de la maternité de substitution ne suppose pas nécessairement d'intenter celui des progrès technologiques. Le recours à ce service pouvait avoir lieu sans aucune intercession scientifique, dans le seul ombre de la consommation d'un adultère dont la commission répondait de la satisfaction d'un désir d'enfant[2]. Néanmoins, l'essor des biotechnologies combiné à la légalisation de la gestation pour autrui (GPA) réclamée pour des motifs aussi bien pathologiques que sociétaux fit passer la procréation pour autrui sous la coupe de la scientificité. La naissance n'est plus naturelle mais programmée et l'on distingue alors la procréation pour autrui de la gestation pour autrui. La première situation est la plus simple : l'enfant conçu est issu des gamètes du père d'intention et de ceux de la mère biologique, mère porteuse. La seconde implique davantage la mère d'intention au sein du processus procréatif en ce que la gestatrice porte l'embryon conçu *in vitro* avec les gamètes des parents d'intention[3]. Bien qu'actuellement la gestation pour autrui entendue *stricto sensu* soit la technique la plus sollicitée par les couples d'intention, l'on assimilera sous le vocable de GPA ces deux pratiques, la distinction entre procréation ou gestation pour autrui n'étant pas tranchée par le législateur[4] ni par le juge[5]. À noter que pour assurer l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant porté et les parents d'intention, qui constitue en réalité la finalité du recours à la GPA, il est nécessaire de contracter une convention orchestrant ses effets prospectifs[6]. Cette convention peut être réalisée à titre onéreux ou à titre gratuit. Par exemple, aux États-Unis, la Californie autorise la GPA contre rémunération de la mère porteuse. Il en est de même en Russie, en Inde ou en Ukraine. Il en va différemment au

1 Genèse, XVI, 1-15.

2 M.-X. CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *RDLH* 2013, n° 3, §1.

3 Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthiques : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, p. 76.

4 Code civil, article 16-7 : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

5 M.-X. CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », §1.

6 M.-A. FRISON-ROCHE, *GPA : Dire oui ou dire non*, Dalloz, 2018, p. 9.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Royaume-Uni ainsi qu'en Grèce ou prochainement au Canada ; la GPA dite « *éthique*[7] » interdisant la rémunération de mères porteuses — tout en tolérant le versement d'un dédommagement — ne devant pas dépasser un certain plafond[8].

Bien au-delà de la réification du corps humain de la mère porteuse, l'émoi suscité par la gestation pour autrui est accentué par le risque de marchandisation du corps humain, la GPA étant en général réalisée à titre onéreux[9]. Précisément, le terme de marchandisation est à distinguer de celui de commercialisation qui correspond à la circulation juridique d'un bien, la plupart du temps à titre onéreux, mais qui est également possible à titre gratuit[10]. La marchandisation, quant à elle, s'apparente au « *processus consistant à rendre marchande une relation qui ne l'était pas auparavant*[11] ». Ce phénomène implique donc la monétisation d'un objet, en l'espèce du corps humain qui se transforme en « *objet marchand*[12] ». En tout état de cause,

---

7 J. MERCHANT, « Une gestation pour autrui "éthique" est possible », *Travail, genre et sociétés* 2012, n° 2, p. 183.

8 Pour un exemple d'évolution jurisprudentielle en matière de dédommagement de la mère-porteuse au Royaume-Uni, V. : K. PARIZER-KRIEF, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC* 2011, n° 3, p. 645.

9 M.-A. FRISON-ROCHE, *GPA : Dire oui ou dire non*, p. 47 : « *Le problème de ce marché réside dans le fait que traditionnellement « un marché fonctionne sur les mécanismes des prix, des contrats et des consentements. Mais en droit économique classique, les personnes ne peuvent pas en être l'objet. Pourquoi ? Parce que le Droit avait posé sur chaque être humain le masque de la Personnalité, afin que nul ne puisse, même s'il en a la puissance de fait, arracher à un autre être humain une telle protection et afin que nul ne puisse, même s'il veut y consentir, se l'arracher lui-même* ».

10 G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47 : « *De ce qu'une chose ne peut faire l'objet d'actes juridiques à titre onéreux, et en particulier d'une vente, il est parfois déduit qu'elle est hors du commerce. Pourtant, si tout ce qui est hors du commerce juridique est nécessairement en dehors du marché, la réciproque n'est pas vraie : une chose peut être soustraite aux rapports marchands sans échapper, de façon générale, au commerce juridique dès lors qu'il est possible d'en disposer à titre gratuit* ». V. également : M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *APD* 1988, t. 33, *La philosophie du droit aujourd'hui*, p. 323 ; J. HAUSER, « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », *LPA*, 5 décembre 2002, n° 243, p. 19.

11 En ce sens, V. : B. GUERRIEN, « Marchandisation et théorie économique », *Actuel Marx* 2003, n° 34, p. 122.

12 Sénat, rapport d'information n° 421 *portant sur la maternité pour autrui*, session 2007/2008, p. 55.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

le risque de marchandisation du corps humain n'a pas toujours été perçu comme tel. En atteste un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 1909 qui admettait que « *la maternité substituée ne heurte pas l'ordre public en tant que convention portant sur des choses qui ne sont pas dans le commerce, dès lors que, librement consentie et appliquée avec la prudence et les garanties qui s'imposent, il n'est pas démontré que, plus que d'autres modes de procréation artificielle ou de filiations de substitution, elle serait de nature à créer un danger social pour la femme et l'enfant*[13] ». La crainte provoquée par la marchandisation du corps humain semble aller de pair avec la foi témoignée envers le principe de dignité de la personne humaine qui « *exige qu'il ne soit pas traité comme un objet, un moyen, mais qu'il soit reconnu comme sujet*[14] ». Le principe de dignité de la personne humaine, principe à valeur constitutionnelle[15] et véritable « *principe matriciel*[16] » des droits et libertés fondamentaux, s'inscrit dans une dialectique simple opposant deux conceptions. La première plus traditionnelle « *se rattache à l'individu dans son rapport avec le corps social, l'autre plus moderne s'attache à la protection de la personne humaine contre les atteintes susceptibles d'y être portées*[17] ». La seconde conception — plus objective —

13 Paris, 15 juin 1909. V. en ce sens : B. BEIGNIER, « L'ordre public et les personnes », *in Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 1994, p. 37.

14 B. MATHIEU, « Force et faiblesse des droits fondamentaux du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RDP* 1999, n° 1, p. 98, citant N. LENOIR, « Constitutions et Droits de l'Homme », *Diogène*, octobre-décembre 1995, n° 172.

15 Cons. const., 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec. p. 100.

16 B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'Homme », *D.* 1995, p. 211 ; B. MATHIEU, « La dignité, principe fondateur du droit », *JIB* 2010, p. 77.

17 B. MATHIEU, « Force et faiblesse des droits fondamentaux du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », p. 98. V. également : B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif d'un principe universel » *in* A. SÉRIAUX, *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, p. 220. Dans le même sens, Gilles Lebreton retient deux conceptions de la dignité, une conception individualiste, qui « *consiste à définir la dignité comme la valeur éminente qui s'attache à chaque individu* », et pour laquelle la dignité devient un « *bouclier destiné à protéger l'individu, à le libérer des tentatives de l'asservir* ». Pour l'autre conception, la dignité peut renvoyer à la « *valeur éminente qui s'attache à l'être humain en sa qualité de membre de l'espèce humaine* ». Au travers de cette seconde conception, la dignité n'est plus « *un bouclier mais une prison ou, si l'on préfère,*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

s'est renouvelée à travers le développement des sciences biomédicales et sert la légitimation de l'interdiction de la GPA. L'État brandit le versant objectif du principe de dignité attachée à la protection de la personne humaine contre sa volonté afin de limiter certains comportements qui tendraient vers l'instrumentalisation du corps humain. Aussi, le principe de dignité de la personne humaine est naturellement mobilisé par les détracteurs de la réification de la personne. L'intuition selon laquelle ce principe constitue l'argument de prédilection pour s'ériger contre la légalisation de la GPA doit être vérifiée en pratique, à travers sa mobilisation par le législateur comme par le juge. En effet, il est parfois reproché au principe de dignité de la personne humaine de ne représenter qu'un « *terme sésame*[18] », dénué d'effets performatifs. Certains auteurs regrettent l'ambivalence de ce terme, le qualifiant de concept « *mou*[19] » ; certaines recherches collectives menées sur ce principe plaidant alors « *pour un usage parcimonieux de la dignité en droit*[20] », tout en prévenant des risques encourus par l'instrumentalisation de ce principe. Il est vrai qu'au sein des récents rapports rendus en amont du projet de loi relatif à la révision des lois bioéthiques, qui demeure exempt

---

une métaphore antique, des rets dans lesquels on enferme l'individu au nom de l'intérêt supérieur de l'espèce humaine » : G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », *in* M.-J. REDOR, *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 355-356. D'autres conceptions peuvent venir s'additionner à ces deux premières acceptions, telle que par exemple la dignité conçue comme « *le droit d'être traitée avec respect* » : *Ibid.* p. 357.

18 *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation* (dir. C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ), PUF, 2005, p. 242 : « *Bien souvent, dans le discours doctrinal, le principe de dignité est accueilli comme un mot nouveau, bien commode en ce qu'il présenterait la vertu cardinale de permettre soit de nommer globalement tout un ensemble de principes, soit d'exprimer une philosophie générale renvoyant à toute une série de valeurs qui, tous, auraient toujours été « déjà-là », sous-jacents à l'ordre juridique, sans pour autant avoir jamais pu être nommés au moyen d'un seul mot, qui prend alors des allures de sésame* ».

19 F.-X. ROUX-DEMARE, « Réflexions pour une légalisation de la gestation pour autrui », *RRJ* 2016, n° 3, p. 1023 : « *La contestation du recours à la GPA s'appuie fortement sur cette disposition et le principe qu'elle contient. Pourtant, ce principe peut susciter l'interrogation quant à l'interprétation qu'il autorise* ». Plus généralement, sur les difficultés rencontrées quant à l'utilisation du principe de dignité de la personne humaine en droit positif, V. : B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif d'un principe universel », p. 230-232.

20 B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI, *La réalité de deux principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine : La dignité et la non-patrimonialité. Étude internationale et pluridisciplinaire*, [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 43.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de tout revirement législatif en matière de GPA, le principe de dignité de la personne humaine semble absent des termes du débat. Par exemple, le rapport du Conseil d'État relatif à la révision des lois de bioéthiques[21] mobilise davantage l'argument de l'indisponibilité du corps humain pour justifier du maintien de l'interdiction[22] ; le principe de dignité de la personne humaine n'étant mentionné que de manière subsidiaire[23]. Quant au Comité consultatif national d'éthique, se prononçant sur la légalisation de la GPA pour motifs pathologiques comme sociétaux, il estime que la légalisation de la GPA porterait «*atteinte à l'intégrité des femmes porteuses de grossesse pour autrui*[24]». Le rapport souligne également que le comité «*reste attaché aux principes qui justifient la prohibition de la GPA*» à savoir le respect de la personne humaine, le refus de l'exploitation de la femme comme de réification de l'enfant, ainsi que de l'indisponibilité du corps humain et de la personne humaine[25]. Les arguments mobilisés varient donc en fonction des instances consultées. Par ailleurs, les récents revirements jurisprudentiels déclenchés par la Cour européenne des Droits de l'Homme remettent en cause le recours préférentiel au principe de dignité de la personne humaine, mis à l'écart afin de reconnaître certains effets juridiques de la GPA au profit des enfants en étant issu. Aux vues de ces mutations, il est permis de vouloir redéfinir le rôle occupé par le principe de dignité de la personne humaine dans le processus de légitimation de l'interdiction de la marchandisation de la naissance par le législateur et par le juge.

L'analyse conduira à constater l'usage parcimonieux par le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire du principe de dignité de la personne humaine. En réalité, ce principe se camoufle derrière la mobilisation de notions qui entretiennent avec elle des liens relativement contigus (I). Ultérieurement, l'état des lieux de la légalisation des effets de GPA révèlera l'obsolescence programmée du principe de dignité de la personne humaine, déclassé et

---

21 Sur ce rapport rendu par le Conseil d'État, V. notamment : L. MARION, C. MALVERTI, V. VILETTE, C. ROUX, « Bioéthique, le Conseil d'État livre son diagnostic avant révision », *AJDA* 2019, p. 30.

22 Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthiques : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, p. 78.

23 *Ibid.*, p. 80 : « *Il faudrait par conséquent considérer que la GPA constitue par elle-même une pratique contraire à la dignité de la personne humaine* ».

24 Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, 25 septembre 2018, avis n° 129, p. 123

25 *Ibid.*, p. 124.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

contourné par le juge au profit de nouveaux intérêts juridiques ou droits et libertés fondamentaux concurrents (II).

I. La mobilisation du principe de dignité lors de la légitimation de l'interdiction de la GPA : un principe camouflé

Le législateur et le juge témoignent d'une certaine circonspection à l'encontre du principe de dignité de la personne humaine, principe qu'ils peinent à mobiliser afin de légitimer l'interdiction de la GPA. Toutefois, cette retenue ne s'exprime pas de manière équivalente en fonction des acteurs concernés. Dans un premier temps, il est nécessaire de mettre à jour l'indifférence de façade du législateur envers le principe de dignité de la personne humaine (A). Dans un second temps, il faudra révéler la déférence dont fait montre le juge judiciaire à son égard. Ce dernier justifie le refus de la GPA sur le fondement de notions connexes au principe de dignité de la personne humaine ; lui permettant de retrouver une fonction au sein de ce processus de légitimation de l'interdiction (B).

A. Décrypter l'indifférence du législateur envers le principe de dignité de la personne humaine

Le législateur, par la loi du 29 juillet 1994 relative au corps humain[26], cristallise à l'article 16-7 du Code civil l'interdiction d'établir une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. Cette loi modifie également l'article 227-12 du Code pénal qui sanctionne d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* ». Le caractère laconique de cet article ne permet pas de déceler les motivations auxquelles répond l'interdiction de la GPA. Il s'agit donc de déterminer la place sous-jacente du principe de dignité de la personne humaine dans l'énoncé de cette interdiction. Il est vrai que la protection de ce droit objectif[27] fait irruption au sein du Code civil par le même chemin de traverse que l'interdiction des conventions de mères porteuses. Toutefois, le véritable dessein de la prohibition de ces conventions répond davantage

26 Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*.

27 Le droit objectif correspond aux « *règles de droit par voies générales et impersonnelles, les unes formulées dans la législation positive, les autres restées à l'état de principes généraux non écrits comme bases premières de l'ordonnancement juridique* » : R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP* 1932, p. 722.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

à l'interdiction de marchandisation du corps humain, finalité d'ailleurs partagée avec l'article 16-1 de ce texte qui dispose que «*le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*». Plus encore, l'article 16-5 de ce même Code précise que «*les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles*». Ce n'est donc pas directement au nom de la dignité de la personne humaine que le législateur choisit de frapper de nullité les conventions de mère porteuse, mais en celui de l'interdiction de la patrimonialisation du corps humain. En effet, le principe de dignité de la personne humaine a été délibérément effacé lors de la rédaction initiale du projet de loi relative au corps humain. Ce dernier proposait que l'article 16-1 du Code civil soit énoncé en ces termes : «*la loi garantit l'inviolabilité et l'indisponibilité du corps humain aux fins d'assurer la dignité de la personne humaine*». La formulation adoptée prête davantage attention au caractère non patrimonial du corps humain, l'article disposant que «*le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*» sans se prononcer sur l'interdiction de disposer librement de son corps[28]. La disparition de cette mention expresse, condamnée par certains auteurs[29], illustre la réserve du législateur quant à l'utilisation du principe de dignité lors de l'adoption de la loi prohibant la GPA.

Néanmoins, si l'interdiction des conventions de mères porteuses participe davantage de la limitation de la marchandisation du corps humain, son exclusion de tout flux marchand a pour vocation de protéger la dignité de la personne humaine. Les rapports nébuleux entretenus entre l'interdiction d'établir une convention portant sur la gestation ou procréation pour autrui et le principe de dignité doivent être dévoilés. Ce lien, invisible à l'œil nu, s'observe bien plus nettement par la lorgnette du juge constitutionnel amené à se prononcer, lors d'une saisine *a priori*, sur la constitutionnalité de cette même loi relative au corps humain. La Haute instance, tout en révélant la constitutionnalité du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, lui offre pour garanties légales le principe de primauté de la personne, le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité, et l'absence de caractère patrimonial du

28 V. en ce sens : A. SÉRIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », *in* A. SÉRIAUX, *Le droit, la médecine et l'être humain*, p. 148, note 8.

29 B. BEIGNIER, « L'ordre public et les personnes », p. 38.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

corps humain, ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine[30]. Or, puisque la non-patrimonialité du corps humain, finalité recherchée par l'interdiction de la GPA, participe du principe de sauvegarde de la dignité humaine, la connexion fut — indirectement — rétablie grâce à cette décision.

Depuis lors, le législateur se risque davantage à profiter de l'argument d'autorité que représente le principe de dignité de la personne humaine pour justifier le maintien de l'interdiction de la GPA[31]. En atteste par exemple une proposition de loi constitutionnelle — finalement non examinée — en date du 6 octobre 2014[32] qui souhaitait inscrire dans le Préambule de la Constitution les principes de dignité de la personne humaine et de respect du corps humain. L'exposé des motifs, entièrement consacré à la gestation pour autrui, est limpide. C'est en réaction aux arrêts rendus par la Cour européenne du 26 juin 2014 relatifs à la transcription d'actes d'état civil d'enfants nés par GPA[33] que le législateur constituant exigeait l'inscription du principe de dignité de la personne humaine dans la norme fondamentale ; cette constitutionnalisation ayant pour fin d'éviter la neutralisation de l'interdiction de la GPA par la Cour européenne des Droits de l'Homme[34]. Ici, le législateur brandit le principe de dignité tel le dernier bouclier susceptible de réfréner l'élan révolutionnaire qu'il croyait voir se profiler à l'horizon strasbourgeois.

---

30 Cons. const., 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec. p. 100, cons. 18.

31 Lors des précédentes révisions de lois bioéthiques plaidant pour le maintien de l'interdiction de la GPA, le principe de dignité de la personne humaine n'était pas davantage mobilisé dans les travaux préparatoires.

32 Proposition de loi constitutionnelle n° 2242 *visant à inscrire dans le préambule de la Constitution les principes de dignité de la personne humaine et de respect du corps humain*, 6 octobre 2014.

33 CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, n° 65941/11.

34 Proposition de loi constitutionnelle n° 2242 *visant à inscrire dans le préambule de la Constitution les principes de dignité de la personne humaine et de respect du corps humain*, 6 octobre 2014, exposé des motifs : « *au nom du droit du respect à la vie privée et familiale [...] et de l'intérêt de l'enfant, l'État français se verra donc obligé de transcrire sur le registre français d'état civil un tel acte de naissance, jusqu'ici interdit et même considéré comme une fraude à la loi française [ce qui est] inacceptable, non seulement parce [que cela] vient contredire le droit et la jurisprudence française, mais parce [que cela] risque d'ouvrir un véritable commerce de la GPA au moyen d'entremetteurs et autres officines étrangères qui recherchent en France des parents en mal de ce mode de procréation* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

En dépit des liens latents existants entre le principe de dignité de la personne humaine et celui de non-patrimonialité du corps humain, principes directeurs auxquels répond l'interdiction d'établir une convention de mères porteuses, le principe de dignité humaine n'est mobilisé que de manière subsidiaire par le législateur en la matière. Le juge judiciaire, quant à lui, et lorsqu'il constatait encore la nullité des effets des conventions de mères porteuses, fait montre de plus de déférence envers le principe de dignité de la personne humaine ; les motifs allégués lui étant intrinsèquement liés.

B. Dévoiler la déférence du juge judiciaire envers le principe de dignité de la personne humaine

Précurseur dans la prohibition des conventions autorisant la gestation pour autrui, la décision rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 31 mai 1991[35] entraîna l'interdiction de cette pratique à titre onéreux comme à titre gratuit en ce qu'elle contrevenait « *aux principes d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* ». De prime abord, le principe de dignité de la personne humaine paraît totalement absent du prononcé de cette interdiction. Escamoté par le principe d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes qui « *traduit ses qualités permanentes, celles qui ne changent pas selon les lieux où elle se trouve : la nationalité, la filiation, le mariage et le sexe*[36] », il l'est bien davantage par le principe d'indisponibilité du corps humain, principe dont la connexité au principe de dignité semble suffire pour s'y substituer. Afin de déceler la présence du principe de dignité de la personne humaine comme colonne vertébrale de cette notion, c'est désormais sur la mobilisation de la notion d'ordre public par le juge que la focale doit être déplacée.

Ab initio, il n'est pas inutile de rappeler que « *l'ordre public se définit comme l'ensemble des règles que les autorités publiques estiment indispensables pour sauvegarder la stabilité et les valeurs de la société*[37] ». Aussi, cette notion, dont chaque mention ne recouvre pas nécessairement les mêmes réalités,

35 Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

36 Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil. Tome II. Les personnes, les incapacités*, Cujas, 3e éd., 1994-1995, n° 101. À noter que dans la décision du 6 avril 2011 rendue par la Cour de cassation, c'est au motif de l'indisponibilité de l'état des personnes que la transcription de l'acte d'état civil est refusée : Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, n° 09-66.486.

37 P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014, p. 5-6.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

peut être utilisée à différents égards[38]. En attestent par exemple les « *moyens d'ordre public* » en procédure contentieuse qui peuvent renvoyer à la dignité du justiciable[39], ou l'ordre public comme finalité de la police administrative[40]. Nous concernant, l'analyse contentieuse de l'interdiction de la gestation pour autrui révèle une mobilisation jurisprudentielle duale de l'ordre public qui provoque l'illicéité des conventions de mères porteuses comme de leurs effets en droit interne. Ces motifs oscillent entre la sollicitation des « *dispositions d'ordre public* » des articles 6 et 16-9 du Code civil[41], ou se réfèrent à la contrariété de la GPA à l'« *ordre public international français*[42] ».

D'abord, l'article 16-9 du Code civil précise que les dispositions relatives au chapitre concernant le respect du corps humain sont d'ordre public. L'on comprend alors que la protection de la dignité de la personne, prévue dans ce même chapitre à l'article 16 du Code civil, tout comme la nullité d'une convention portant sur la gestation ou la procréation pour autrui inscrite à l'article 16-7, sont des composantes de l'ordre public au sens du droit civil[43]. De ce fait, lorsque le juge répète « *que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité d'ordre public*[44] », l'on peut supposer que le principe de dignité humaine influe médiatement sur l'illicéité de ces conventions, bien qu'il ne soit pas cité expressément. Parallèlement, la contrariété d'un principe à l'ordre public international français peut être un motif invoqué afin d'exclure l'application de certaines règles juridiques étrangères contraires aux principes

38 À cet égard, V. notamment la thèse suivante : T. DUMORTIER, *L'ordre public : essai sur quelques usages contemporains d'un standard classique*, thèse dactylographiée en droit public, Université Paris Nanterre, 2010.

39 G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », p. 353.

40 Code général des collectivités territoriales, article L 2212-2 : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ».

41 Sur la conception civiliste de l'ordre public, V. notamment : É. ALGLAVE, « Définition de l'ordre public en matière civile », *RPDF* 1868, p. 524.

42 Sur la conception internationaliste de l'ordre public, V. notamment : P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.

43 G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », p. 354.

44 V. par exemple : Rennes, 4 juillet 2002, n° 01/02471 ; Douai, 14 septembre 2009, n° 07/02201.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

fondamentaux du droit français[45]. Avant le revirement jurisprudentiel opéré le 3 juillet 2015 par la Cour de cassation en matière de transcription de l'acte d'état civil d'un enfant né par GPA à l'étranger, il était fréquent que les juges judiciaires invoquent la contrariété de la validation de cet acte avec la conception française de l'ordre public international[46]. Or, les relations entre cet ordre public international français et le principe de dignité de la personne humaine étant contiguës, l'on peut raisonnablement attester de l'utilité de ce droit objectif dans la légitimation de l'interdiction. En effet, et comme le précise le célèbre arrêt *Lautour* rendu par la Cour de cassation en 1948, l'ordre public international se comprend comme l'ensemble des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue*[47] ». Elliptique, cette définition s'éclaircit grâce au rapport consacré à l'ordre public rendu par la Cour de cassation en 2013 qui détaille le contenu de l'ordre public international français. Ce dernier correspond à « *l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité*, *les principes essentiels du droit français*, *qui ont émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *ainsi que les droits fondamentaux*[48] ». Manifestement, la contrariété des conventions de mère porteuse à l'ordre public international français implique, par ricochet, son opposition au principe de dignité de la personne humaine. On peut donc conclure avec Gilles Lebreton que « *partout où l'ordre public est expressément invoqué*, *la dignité de la personne humaine n'est pas loin*[49] ».

Qu'il s'agisse de l'ordre public au sens du droit civil, ou de l'ordre public international français, cette notion polymorphe est intrinsèquement liée au principe de dignité de la personne humaine. Aussi, en amont du revirement jurisprudentiel opéré par la Cour de cassation en 2013, l'invocation de cet argument permettait de proclamer la nullité des conventions de GPA ou de refuser d'en reconnaître les effets. Dans cette croisade contre la marchandisation de la naissance, l'étendard du principe de dignité de la

---

45 G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », p. 354.

46 Paris, 18 mars 2010, n° 09/11017 ; Rennes, 8 janvier 2013, n° 2013-000168 ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, n° 10-19.053.

47 Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*.

48 Cour de cassation, *L'ordre public*, Étude, Rapport annuel, La Documentation française, 2013, p. 128. Sur ce rapport, V. notamment : J. GUILLAUMÉ, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121.

49 G. LEBRETON, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », p. 353.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

personne humaine n'est pas ouvertement agité en frontispice. À dire vrai, il s'agit du soubassement idéologique qui irrigue l'œuvre du législateur comme celle du juge et participe, quoique camouflé, de l'interdiction de la marchandisation de la naissance. Néanmoins, l'impulsion donnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans la reconnaissance des effets des conventions de mère porteuse, tenant à satisfaire les droits subjectifs des personnes concernées, n'épargnera pas de déstabiliser le versant objectif du principe de dignité de la personne humaine. Cette fois-ci, ce dernier ne sera pas camouflé, mais purement et simplement détourné par d'autres droits ou intérêts concurrents.

II. L'exclusion du principe de dignité lors de la neutralisation de l'interdiction de la GPA : un principe contourné

Lorsqu'il s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe gouvernant désormais l'exercice du droit au respect de la vie privée des enfants, l'on ne peut que certifier du caractère prioritaire de cette notion face aux principes d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Ce constat prouve que l'obstacle que représentait autrefois le principe de dignité de la personne humaine a été sciemment évité par le juge lors de la légalisation des effets de la GPA (A). Ce détour ne permet cependant pas d'affirmer que cette pratique est en voie de légitimation. Le changement de paradigme opéré par le juge est donc partiel et n'accélère pas le phénomène de marchandisation de la naissance (B).

A. Constater la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur le principe de dignité de la personne humaine pour valider les effets de la GPA

La position de la Cour de cassation, qui refusait jusqu'alors de retranscrire l'acte d'état civil des enfants nés par GPA ainsi que de reconnaître l'existence de leur lien de filiation avec le père biologique — en raison de fraude à la loi[50] — ainsi qu'avec la mère d'intention[51], a vacillé suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme[52]. Traditionnellement étendue en matière de bioéthique, la marge nationale d'appréciation dévolue

50 Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315. V. également : Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

51 Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, n° 09-66.486.

52 CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, n° 65941/11. Pour des condamnations intervenues ultérieurement pour le même

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

aux États parties a été explicitement restreinte par le juge européen dans l'affaire *Menesson*[53]. Dans cette décision, la Cour européenne estime que si le lien de filiation a été validé dans leur pays de naissance entre les enfants issus de GPA et les parents d'intention, le fait que la France nie cette qualité porte atteinte à leur identité. Parallèlement, la Cour constate que la nationalité est un élément de l'identité des personnes dont l'absence peut troubler la personne en étant dépourvue[54]. Or, le fait de pouvoir « *établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation*[55] » étant une composante du droit au respect de la vie privée[56], la privation du lien juridique de filiation entre l'enfant et le parent provoque la violation du droit au respect de la vie privée des enfants.

Postérieurement à cette affaire, le juge administratif se prononce en avant-garde sur la légalisation des effets de la GPA lors du recours en excès de pouvoir excipant de l'illégalité d'une circulaire prise par la garde des Sceaux de l'époque. Cette dernière enjoint aux greffiers en chef des tribunaux d'instance de délivrer la nationalité française aux enfants nés par GPA de parents français à l'étranger, même lorsqu'il existe un soupçon de recours à cette pratique[57]. Le Conseil d'État rejette le pourvoi et reconnaît au contraire que le refus d'établissement de cette filiation porterait une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée qui serait dépourvu de nationalité française[58]. Projetée dans la même dynamique, la Cour de cassation considère dans un arrêt du 3 juillet 2015 que le constat de la réalisation d'un processus frauduleux ne peut suffire à rejeter la

motif : CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon c. France*, n° 9063/14 ; CEDH, 21 juillet 2016, *Bouvet c. France*, n° 10410/14 ; CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, n° 44024/13.

53 CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 79 et 80.

54 *Ibid*., § 97.

55 CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 96.

56 CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00.

57 Circulaire du 25 janvier 2013 *relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - État civil étranger*, NOR : JUSC1301528C : « *J'appelle votre attention sur le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47* » du Code civil.

58 CE, 12 décembre 2014, *Association des juristes pour l'enfance*, n° 367324, *Rec.* p. 382. À cet égard, V. : J.-R. BINET, « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP* G 2013, n° 161.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

transcription de l'acte d'état civil[59]. Toutefois, puisque l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits correspondaient à la réalité, rien ne prohibe désormais la transcription du lien de filiation sur l'acte d'état civil avec le père biologique. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans ses arrêts rendus le 5 juillet 2017[60] ; ces derniers précisant que le lien de filiation avec le père biologique est exempté de toute expertise biologique préalable. Le juge judiciaire constate également que le refus de transcription du lien de filiation avec la mère d'intention ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme ; d'autant que le parent d'intention pourra adopter l'enfant si le consentement de la mère biologique a bien été recueilli en amont et que les conditions légales sont réunies[61]. Ces décisions rendues par la Cour de cassation représentent donc le levier provoquant le basculement du balancier par lequel se font face les principes d'ordre public et les droits subjectifs de l'individu. Comme le mentionne Hugues Fulchiron, « *le raisonnement ne place plus les principes essentiels du droit interne au centre du raisonnement, telle la terre autour de laquelle étaient censés tourner le soleil et les étoiles ; désormais, ce sont les droits et libertés de la personne (…) qui gouvernent la marche des systèmes juridiques nationaux*[62] ».

Manifestement, la légalisation des effets provoqués par une naissance d'un enfant par GPA n'est devenue possible qu'en contournant les principes d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Malgré son contenu abscons, l'intérêt supérieur de l'enfant est consacré à l'article 3 § 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant[63] et sa juridicité est avérée en vertu de son effet direct en droit interne[64]. Il est vrai que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas une notion inconnue du

---

59 Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323.

60 Cass. civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 15-28.597 ; Cass. civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 16-16.901.

61 Cass. civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 16-16.455. Sur l'adoption de l'enfant né par GPA par la mère d'intention, V. notamment : C. NEINRICK, « Épouses, fraudes et adoption plénière », *Dr. fam.* 2014, repère 7 ; H. FULCHIRON, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

62 H. FULCHIRON, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », p. 1737.

63 Convention internationale sur les droits de l'enfant, 20 novembre 1989, article 3§1 : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

64 Cass. civ. 1re, 18 mai 2005.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

juge judiciaire. Tel est le cas lorsqu'il admet que l'établissement d'un lien de filiation adoptif entre l'enfant et la mère d'intention peut répondre de l'intérêt de l'enfant; tout en récusant l'existence de ce lien[65] ou bien qu'il estime que le refus de transcription ne porte pas atteinte à son intérêt supérieur[66]. Désormais, et puisque la Cour européenne professe que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toute situation au sein de laquelle son intérêt se trouve impliqué[67], cette notion devient l'un des principes directeurs du droit au respect de la vie privée. Ce faisant, ce détour met à l'écart le principe de dignité de la personne humaine qui semble extérieur aux termes du débat. S'inscrit dorénavant au cœur du raisonnement du juge la seule satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant; intérêt justifié par la connaissance par l'enfant de son identité, composante du droit au respect de la vie privée dont il est titulaire. En ce sens, il pourrait être admis que la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant et plus particulièrement l'établissement de son identité contribue au respect de la dignité de la personne humaine. Par exemple, l'une des opinions dissidentes exprimées lors de la décision *Odièvre contre France*[68] relative à la révélation de l'identité de la mère ayant accouché sous X énonce que « *la possibilité d'avoir accès à ses origines et de pouvoir ainsi retracer les éléments de son histoire personnelle relève de la liberté, et donc de la dignité humaine*[69] ». Dans ce cas, il s'agirait davantage du versant subjectif de la dignité, telle que ressentie par le sujet de droit, et non de son versant objectif, universel et impersonnel. Par ailleurs, il pourrait être considéré que

65 TGI Paris, 10 janvier 1996.

66 Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 : « *qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués* ». V. également : Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 ; Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-50.005. Sur l'intérêt supérieur de l'enfant devant la Cour de cassation, V. : F. DREIFUSS-NETTER, « Prohibition de la GPA et intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 2017, n° 7, p. 77.

67 CEDH, 28 juin 2008, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 133. V. également : CEDH, Gr. Ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, § 208 ; CEDH, Gr. Ch., 11 juin 2015, *X c. Lettonie*, n° 27853/09, § 95 ; CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 81 et 99 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, n°65941/11, § 60 et 78.

68 CEDH, 12 février 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98.

69 *Ibid.*, opinion dissidente commune aux juges Wildhaber, Sir Nicolas Ratza, Bonello, Loucaides, Cabral Carreto, Tulkens et Pellonpää.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

la mobilisation de l'intérêt de l'enfant remplit la même fonction que celle du principe de dignité de la personne humaine en tant qu'argument d'autorité mais également comme moyen de restreindre l'exercice de certains droits et libertés[70]. D'une certaine manière, l'intérêt supérieur de l'enfant aurait remplacé le principe de dignité de la personne humaine dans son versant objectif. Ce faisant, il est temps de se conformer à la réalité de l'état du droit positif afin de modérer les craintes exprimées à la suite de cette volte-face jurisprudentielle. Loin d'être irréversible, la marchandisation de la naissance n'a pas encore eu lieu sur le territoire national.

B. Estomper l'inquiétude suscitée par le changement de paradigme jurisprudentiel

Le contournement du principe de dignité de la personne humaine — auquel sont rattachés les principes d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes — au profit de l'intérêt supérieur de l'enfant — principe directeur du droit au respect de la vie privée — ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Une approche prospective doit donc être proposée afin de désamorcer les réticences formulées : ce changement de paradigme n'est pas annonciateur d'une légalisation implicite de la GPA ni d'une marchandisation imminente de la naissance.

Certains auteurs demeurent dubitatifs quant à la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant du fait de la transcription du lien de filiation. Il est davantage estimé que la primauté de l'enfant est justement « *absente du vaste marché global de la GPA où l'enfant est au centre (…). En effet, avant d'avoir pour intérêt particulier d'être bien traité et de vivre avec ceux qu'il considère comme ses parents, intérêts concrets, l'enfant a comme tout être humain un intérêt supérieur : être considéré comme une personne et non pas comme une chose*[71] ».

---

70 T. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion "protectrice" », *RDLH* 2013, n° 3, § 31 : « *À l'époque contemporaine, il est utilisé de manière croissante pour fonder une restriction des libertés, ou du moins pour fonder l'exercice d'un contrôle sur les libertés, d'autant plus légitime qu'il peut se prévaloir de la double référence à une figure individuelle, ou du moins objectivable à travers des individus déterminés, ainsi qu'à une figure vulnérable* ». En ce sens V. également : G. ARMAND, « L'ordre public de protection individuelle », *RRJ* 2004, n° 3, p. 1583.

71 M.-A. FRISON-ROCHE, *GPA : Dire oui ou dire non*, p. 47. Dans le même sens, V. l'avis du CCNE *sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation* (AMP), Avis n° 126, 15 juin 2017, p. 40 : « *La personne humaine, ici celle de l'enfant, ne peut pas être l'objet "d'actes de disposition", que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit. C'est l'une des raisons de l'interdiction de contrats d'adoption entre personnes privées* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Parallèlement, une partie de la doctrine s'est émue d'une prétendue abrogation prétorienne de l'article 16-7 du Code civil[72]. Le récent avis rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme relatif à la reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger et la mère d'intention minimise toutefois cette position[73]. Sollicité par la Cour de cassation[74] à l'aune de la procédure prévue par le protocole 16 à la Convention européenne des Droits de l'Homme[75], cet avis répond aux questions posées par la juridiction suprême. La première interrogation portait sur le fait de savoir si le refus de transcription de l'état civil à l'égard de la mère d'intention outrepasse la marge d'appréciation laissée aux États parties au titre du droit au respect de la vie privée, particulièrement lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention. La seconde interrogation portait sur la conformité de l'établissement de ce lien de filiation par la seule voie d'adoption. La Cour européenne répond que l'impossibilité absolue d'établir un lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention contrevient à son intérêt supérieur et n'offre à l'État partie qu'une marge d'appréciation restreinte[76]. Aussi, le droit interne doit prévoir un mécanisme afin que le lien de filiation soit reconnu notamment par la voie de l'adoption, que la mère d'intention détienne un lien génétique avec l'enfant ou non. Selon la Cour, il n'est donc pas exigé de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en inscrivant la mère d'intention comme mère légale[77]. L'abrogation prétorienne de l'article 16-7 du Code civil n'est donc pas souhaitée par la juridiction strasbourgeoise. En aval, la réception de cet avis consultatif par la Cour de cassation laisse pantois. Allant bien au-delà des recommandations émises par la Cour européenne des Droits de l'Homme, la Cour de cassation opte pour la transcription intégrale des actes de naissance en faisant apparaître la mère d'intention comme la mère biologique sans passer par le biais de l'adoption ou de la possession d'état[78]. Ici, le motif inspirant la décision rendue par le juge judiciaire n'est autre que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, et bien que cet arrêt prenne des

72 V. notamment : F. CHÉNÉDÉ, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam*. 2017, p. 375.

73 CEDH, Gr. ch., 10 avril 2019, n° P16-2018-001.

74 Ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053.

75 Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 2 octobre 2013.

76 CEDH, Gr. ch., 10 avril 2019, n° P16-2018-001, § 45.

77 *Ibid*., § 53.

78 Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19.053.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

allures d'une filiation établie par « *prescription acquisitive*[79] », l'œuvre du jugement en équité se fait jour ; cette décision étant rendue à l'issue d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation refuse en effet de procéder à la matérialisation du lien de filiation entre la mère d'intention et les jumelles *Menesson* par la voie de la procédure d'adoption. Cette voie aurait eu des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée « *au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention*[80] ». L'autre voie envisagée qu'était l'établissement du lien de filiation par la possession d'état — plébiscitée par le procureur général — « *ne présente pas les garanties de sécurité juridique suffisantes dès lors qu'un tel lien de filiation peut être contesté en application de l'art. 335 C. civ.* ». Toute conclusion hâtive doit donc être désamorcée ; cette transcription n'équivalant pas à une légitimation de la maternité de substitution. Cet arrêt qui met un terme à quinze années de lutte judiciaire ne présage en rien d'une quelconque légalisation de la GPA ni même d'une marchandisation de la naissance. Par la suite, une deuxième transcription complète d'un acte de même nature a été prononcée par la Cour de cassation[81]. Là encore, il s'agissait d'un cas spécifique puisque le parent d'intention était un homme. La Cour souhaitait alors préciser « *qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'art. 47 C. civ.* ». Sans conteste, cette décision est animée par la volonté d'unification du traitement des situations de transcription d'acte de naissance d'enfants nés par GPA, quel que soit le sexe du parent d'intention. Sans doute faut-il déchiffrer ici l'intention du juge de faire vivre le principe de non-discrimination ; principe dont les liens avec le respect de la dignité humaine sont patents. Partant, nul besoin de déduire de ces décisions une légalisation camouflée de la GPA. En tout état de cause, et même si plusieurs jurisprudences rendues par la cour d'appel de Rennes s'engouffrent dans la brèche de la transcription intégrale[82],

---

79 G. KESSLER, « Un nouveau mode d'établissement de la filiation : la consolidation de la parenté de fait », *AJ fam.*, 2019, p. 59.

80 Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19.053.

81 Cass. civ. 1re, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 et n° 18-12.327.

82 Rennes, 27 janvier 2020, n° 18/02580, n° 18/04247, n° 18/01737, n° 18/04245 et n° 18/03564.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

l'alternative de l'établissement du lien de filiation par voie d'adoption n'est pas obsolète. En effet, la Cour européenne des Droits de l'Homme déclare irrecevable comme manifestement mal fondées deux requêtes mettant en cause des transcriptions d'actes de naissance étrangers d'enfants issus de GPA au seul bénéfice du parent biologique. Les juges rappellent que «*ce n'est pas imposer aux enfants concernés un fardeau excessif que d'attendre des requérants qu'ils engagent maintenant une procédure d'adoption à cette fin*[83]». L'automatisation de la transcription n'est donc pas préconisée par la Cour européenne ; limitant ainsi la validation des effets du recours à la maternité de substitution. Sa légalisation — même tacite — n'a donc pas encore eu lieu, preuve que le maintien de l'interdiction prévue à l'article 16-7 n'est pas vain. Cette position est confirmée en droit interne par l'adoption par le Sénat, lors de la première lecture du projet de loi bioéthique, d'un article interdisant la transcription totale et automatique de l'acte de naissance ou du jugement étranger établissant la filiation d'un enfant né d'une GPA lorsqu'il mentionne comme mère une femme qui n'est pas celle qui a accouché ou deux pères.

Il semble donc que pour l'heure, et en dépit de la catégorialisation des intérêts protégés[84], l'interdiction de la maternité de substitution se maintienne au *statu quo*. Si l'autorité judiciaire se prononce désormais davantage en faveur du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto*, le pouvoir législatif reste encore attaché à l'interdiction de la GPA *in abstracto*. En s'opposant à sa légalisation, le respect de l'autonomie personnelle ainsi que du droit à la libre disposition de son corps choit sous le poids du principe de dignité humaine. Il est en effet fréquemment allégué que le consentement du couple qui commande l'enfant tout comme celui de la mère porteuse n'est pas pris en considération ; violant ainsi les droits subjectifs précédemment cités. Cet argument doit être réfuté car si l'expression du consentement peut être libre et éclairée de la part des parents d'intention, l'on peut douter de la réunion de ces conditions en ce qui concerne la mère porteuse et plus particulièrement des gestatrices qui se trouvent dans une situation d'extrême pauvreté. Les concernant, il s'agit davantage d'une «*fable du consentement*[85]». Une position inverse placerait définitivement en situation de hors-jeu le principe de dignité de la personne humaine dans l'interdiction

83 CEDH, 12 décembre 2019, *C. et E. c. France*, n° 1462/18 et n° 17348/18, § 43.

84 M.-X. CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », § 2 et 39.

85 M.-A. FRISON-ROCHE, *GPA : Dire oui ou dire non*, p. 44.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de la marchandisation de la naissance. Aussi, il n'est guère vraisemblable que le respect de l'expression du consentement, émanation du droit à la libre disposition de son corps, prenne le pas sur l'interdiction de la GPA en France. Transformer cet interdit reviendrait à reconfigurer le rôle de l'État. Comme le souligne justement Marie-Anne Frison-Roche, l'État résiste et «*se mêle des affaires privées des personnes car il est gardien de certains principes, comme le fait que les êtres humains ne sont pas des choses et ne peuvent pas être cédés, ni la mère ni l'enfant, même sans contrepartie financière*[86]». De plus, il doit conserver son monopole en matière de filiation dans la mesure où «*l'État n'est pas le scribe qui sous la dictée prend acte de la volonté des adultes d'avoir par un rattachement pour enfant tel ou tel individu*[87]». Aussi, si les effets du marché de la gestation peuvent être rétroactivement validés, tel ne peut être le cas du marché de filiation que l'État refuse encore d'entériner. Somme toute, cet acte de résistance atteste de l'attachement de la puissance publique à la sauvegarde de certaines valeurs juridicisées sous la forme de droits objectifs. Partant, nul doute qu'en matière de marchandisation de l'acte procréatif, l'adage selon lequel «*rien ne bouge et tout change*[88]» est des plus adéquats. Il aura force d'axiome aussi longtemps que le législateur et le juge veillent communément à ce que le principe de dignité de la personne humaine conserve son statut de matrice des droits et libertés fondamentaux.

86 M.-A. FRISON-ROCHE, *GPA : Dire oui ou dire non*, p. 11.

87 *Ibid.*

88 B. MATHIEU, *Constitution, rien ne bouge et tout change*, LGDJ, 2013.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ALGLAVE É., « Définition de l'ordre public en matière civile », *RPDF* 1868, p. 524.

ARMAND A., « L'ordre public de protection individuelle », *RRJ* 2004, n° 3, p. 1583.

BEIGNIER B., « L'ordre public et les personnes », *in Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 1994, p. 37.

BINET J.-R., « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP* G 2013, n° 161.

BONNARD R., « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP* 1932, p. 722.

CATTO M.-X., « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *RDLH* 2013, n° 3, § 1.

CHÉNÉDÉ F., « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam*. 2017, p. 375.

Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthiques : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018.

Cour de cassation, *L'ordre public*, Étude, Rapport annuel, La Documentation française, 2013, p. 128.

DREIFUSS-NETTER F., « Prohibition de la GPA et intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Cahiers Droit*, *Sciences* & *Technologies* 2017, n° 7, p. 77.

DUMORTIER T., « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion "protectrice" », *RDLH* 2013, n° 3, § 31.

DUMORTIER T., *L'ordre public : essai sur quelques usages contemporains d'un standard classique*, thèse dactylographiée en droit public, Université Paris Nanterre, 2010.

FEUILLET-LIGER B. et ORFALI K., *La réalité de deux principes de protection du corps dans le cadre de la biomédecine : La dignité et la non-patrimonialité. Étude internationale et pluridisciplinaire*, [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 43.

FRISON-ROCHE M.-A., *GPA : Dire oui ou dire non*, Dalloz, 2018.

FULCHIRON H., « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

GERVIER P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014.

GUERRIEN B., « Marchandisation et théorie économique », *Actuel Marx* 2003, n° 34, p. 122.

GUILLAUMÉ J., « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121.

HAUSER J., « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », *LPA* 5 décembre 2002, n° 243, p. 19.

HERMITTE M.-A., « Le corps hors du commerce, hors du marché », *APD* 1988, t. 33, La philosophie du droit aujourd'hui, p. 323.

KESSLER G., « Un nouveau mode d'établissement de la filiation : la consolidation de la parenté de fait », *AJ fam.* 2019, p. 59.

La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation (dir. GIRARD C., HENNETTE-VAUCHEZ S.), PUF, 2005.

LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.

LEBRETON G., « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », *in* REDOR M.-J., *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 355-356.

LOISEAU G., « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.

MALAURIE Ph. et AYNES L., *Cours de droit civil. Tome II. Les personnes, les incapacités*, Cujas, 3e éd., 1995-1994.

MARION L., MALVERTI C., VILETTE V. et ROUX C., « Bioéthique, le Conseil d'État livre son diagnostic avant révision », *AJDA* 2019, p. 30.

MATHIEU B., « La dignité, principe fondateur du droit », *JIB* 2010, p. 77.

MATHIEU B., « Force et faiblesse des droits fondamentaux du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RDP* 1999, n° 1, p. 98.

MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif d'un principe universel », *in* SÉRIAUX A., *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, p. 220.

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'Homme », *D.* 1995, p. 211.

MATHIEU B., *Constitution, rien ne bouge et tout change*, LGDJ, 2013.

MERCHANT J., « Une gestation pour autrui "éthique" est possible », *Travail, genre et sociétés* 2012, n° 2, p. 183.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

NEINRICK C., « Épouses, fraudes et adoption plénière », *Dr. fam*. 2014, repère 7.

PARIZER-KRIEF K., « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC* 2011, n° 3, p. 645.

ROUX-DEMARE F.-X., « Réflexions pour une légalisation de la gestation pour autrui », *RRJ* 2016, n° 3, p. 1023.

Sénat, rapport d'information n° 421 *portant sur la maternité pour autrui*, session 2007/2008.

SÉRIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », *in* A. SÉRIAUX, *Le droit*, *la médecine et l'être humain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, p. 148.

Jurisprudence

Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323.

Ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053.

Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19.053.

Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*.

Cass. civ. 1re, 18 mai 2005.

Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, n° 10-19.053.

Cass., civ. 1re, 6 avril 2011, n° 09-66.486.

Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 12-30.138.

Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 12-18.315.

Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

Cass. civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 15-28.597.

Cass. civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 16-16.455.

Cass. civ. 1re, 5 juillet 2017, n° 16-16.901.

Cass. civ. 1re, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 et n° 18-12.327.

Rennes, 4 juillet 2002, n° 01/02471.

Douai, 14 septembre 2009, n° 07/02201.

Paris, 18 mars 2010, n° 09/11017.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Rennes, 8 janvier 2013, n° 2013-000168.

Rennes, 27 janvier 2020, n° 18/02580, n° 18/04247, n° 18/01737, n° 18/04245 et n° 18/03564.

TGI Paris, 10 janvier 1996.

CE, 12 décembre 2014, *Association des juristes pour l'enfance*, n° 367324, *Rec*. p. 382.

Cons. const., 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain*, *à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec. p. 100.

CEDH, 12 février 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98.

CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00.

CEDH, 28 juin 2008, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01.

CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, n° 65941/11.

CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11.

CEDH, Gr. Ch., 11 juin 2015, *X c. Lettonie*, n° 27853/09.

CEDH, 21 juillet 2016, *Bouvet c. France*, n° 10410/14.

CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon c. France*, n° 9063/14.

CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, n° 44024/13.

CEDH, Gr. Ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12.

CEDH, Gr. ch., 10 avril 2019, n° P16-2018-001.

CEDH, 12 décembre 2019, *C. et E. c. France*, n° 18/1462 et n° 43 § ,18/17348.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

PARTIE II

LA DIGNITÉ AU COURS DE LA VIE

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

La dignité en protection : où tout commence, où tout finit / Dignity in Guardianship : Where it all Begins, Where it all Ends

Laurence Gatti, *Maître de conférences à l'Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Sciences sociales, Équipe de recherche en droit privé (ERDP, EA 1230)*

Abstract

Human dignity is at the top of all texts that organize the accompaniment or protection of vulnerable people. We do not always agree on its definition and we do not always know how to make it real. In matters of guardianship, however, every accommodation or effort must be done to make the person's voice heard, both in their life choices and in their participation in society.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La dignité est universelle. Traiter de la dignité en contexte tutélaire, c'est poser la question de savoir si la dignité des personnes protégées est respectée. Cette question ne devrait pas se poser mais la réponse nécessiterait de faire d'abord le point sur ce concept pressuré malgré son manque de netteté. La dignité est-elle ontologique, protégeant inconditionnellement l'humain dans l'homme ou est-elle posturale, contingente selon la tenue, le maintien, la décence. Cette distinction est présentée avec maestria par le philosophe Éric Fiat, qui établit que la conception moderne fait primer le postural sur l'ontologique au prix d'une distorsion de la pensée de Descartes, par une corrélation dangereuse entre la dignité et l'autonomie[1].

Le droit protège les adultes qui souffrent d'une altération de leurs facultés et ne peuvent pourvoir seuls à leurs intérêts. Depuis le Code civil de 1804, la protection a été réformée plusieurs fois. Par deux lois d'envergure d'abord, en 1968 pour reprendre, sous l'influence du Doyen Carbonnier, des textes tombés en désuétude et en 2007, pour répondre à l'inflation des mesures[2], sur la recommandation des inspections générales des services judiciaires, des finances et des affaires sociales[3] ; par diverses retouches ensuite, qui ont fini par modifier et le corps et l'esprit du dispositif. Tel un organisme vivant, le dispositif s'est multiplié, divisé. Il a donné naissance à des mesures qui ont entrepris leur propre croissance avant que de poser la question de la mort, inéluctable ou non, de leur mère[4]. Et la mère de toutes les protections en France, c'est l'incapacité. Ainsi prononçait-on, en 1804, l'interdiction des imbéciles, des déments et des furieux. Ils ne pouvaient plus passer aucun acte et un tuteur était nommé pour permettre l'exercice de leurs droits[5]. Celui qui dilapidait ses biens pouvait se trouver pourvu d'un conseil judiciaire sans l'assistance duquel il ne pouvait valablement transiger,

1 E. FIAT, *Grandeurs et misères des hommes, Petit traité de dignité*, Larousse, 2010.

2 Et par suite à leur coût croissant pour les finances publiques.

3 Rapport de l'Inspection générale des finances, de l'Inspection générale des services judiciaires et de l'Inspection générale des affaires sociales sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs, juillet 1998.

4 Depuis 2015, le dispositif français de protection juridique des majeurs comprend au total sept types de mesures : deux mesures d'accompagnement (accompagnement social personnalisé et accompagnement judiciaire) et cinq mesures de protection (au sens strict) : le mandat de protection future, la sauvegarde de justice, la curatelle, la tutelle et l'habilitation familiale. Diverses modulations offrent des possibilités sous-exploitées et le dispositif est souvent réduit à sa vision simpliste sous l'appellation générique de « *tutelle* ».

5 Balzac en donne une illustration dans *L'interdiction*, roman paru en 1836.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

emprunter ni, par exemple, aliéner ses biens[6]. Ceux qui ne savaient pas, ne savaient plus agir ou le faisaient de manière jugée irrationnelle se voyaient prescrire un traitement efficace invariablement composé d'incapacité, remède principal à l'hémorragie des capitaux subie par les familles. Car on se souciait peu de la personne de l'incapable, ce que la loi de 1968 a entendu corriger. Depuis, on pourvoit expressément aux intérêts de la personne dont l'incapacité n'est pas totale : elle peut toujours agir elle-même dans les cas où la loi ou l'usage l'autorise. Si le tuteur représente le majeur dans les actes de la vie civile, on considère du reste que cette représentation ne vaut que pour ses biens, non pour sa personne[7].

En 2007, l'incapacité est jugée incompatible avec la dignité de l'homme, qui postule son autonomie[8]. La protection ne doit plus être subie, elle doit être voulue, *a minima* acceptée. L'esprit a changé. Sous l'influence de textes européens et internationaux, le législateur a délaissé ce qui pouvait ressortir de la charité pour entrer dans une logique de droits. Ce n'est plus la limitation ou la restriction qui est considérée, compensée par l'incapacité mais ce qui reste, ce qui persiste et signe la personne, avec ses droits, sa volonté et ses préférences. Il ne s'agit plus d'agir pour le bien des personnes vulnérables, à leur place, mais de les soutenir dans les tâches du quotidien et dans leur participation à la vie en société. La tutelle a vécu. Sa condamnation aurait même été annoncée par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées[9].

En matière de protection comme dans l'accompagnement social ou les soins, le principe du consentement est fondamental : on veut recueillir l'adhésion, la participation, l'accord ou l'assentiment de celui qui, partout, est devenu un usager, sinon un client. Pour autant, sa parole est souvent discréditée, pour son bien, dans son intérêt ou dans celui des tiers, voire celui de la société. La pratique d'exclusion la plus répandue se résume en ce lieu commun : « *il est sous tutelle donc ce n'est pas lui qui décide*[10] ».

---

6 G. MACE, *Baudelaire*, Buchet - Chastel, 2017.

7 E. PAILLET, « La dignité de la personne majeure protégée », *in Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges Ch. Bolze*, Economica, 1999, p. 283.

8 *Ibid.*

9 Adoptée le 13 décembre 2006 au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York, ratifiée par la France en 2010.

10 Parole de la responsable du service de gestion locative d'un office public d'habitat à propos d'une personne sous tutelle qui ne voulait pas quitter son logement pour entrer en maison de retraite.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

L'exclusion est un phénomène qui ne concerne pas que les personnes placées sous un régime de protection. La nécessité d'être logé, nourri, soigné ou blanchi afin d'assurer des conditions de vie digne n'est pas caractéristique de cette population. Du reste, si la majorité des personnes protégées a des ressources modiques et peu ou pas de capital[11], certaines d'entre elles sont aisées, sinon fortunées[12]. Ce qui est spécifique aux majeurs protégés, c'est que l'on ne se limite pas à la disqualification de leur parole et que l'on peut décider avec eux ou pour eux, ce qui se traduit juridiquement par les mécanismes de l'assistance ou de la représentation. Des restrictions de capacité juridique que la pratique amplifie parfois et qui tranchent avec les efforts réalisés et médiatisés pour enrayer la disqualification sociale.

Traiter de la dignité en contexte tutélaire c'est, d'une part, constater que le dispositif de protection juridique est expressément fondé sur la dignité (I) et, d'autre part, se demander si « *le droit d'avoir des droits*[13] », expression de la dignité, ne finit pas par conduire au renversement de la protection (II).

I. Une protection fondée sur la dignité

Le dispositif français de protection juridique des majeurs a été réformé par une loi du 5 mars 2007[14] qui promeut résolument une nouvelle approche de la personne et la prise en compte de ses droits et de sa volonté. Dans le Code civil, au frontispice des dispositions communes aux majeurs protégés figure l'article 415 selon lequel la « *protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne* ». C'est l'unique occurrence du substantif « *dignité* » dans la loi de 2007, dans ce bref alinéa. Le Littré précise que l'on disait autrefois alinéa afin d'indiquer qu'il fallait quitter la ligne pour en commencer une autre.

---

11 Près de la moitié ont des ressources se situant au-dessous du seuil de pauvreté (soit 10 080 €/an). Source : ANCREAI, « Étude relative à la population des majeurs protégés », < http://ancreai.org/etudes/etude-relative-a-la-population-des-majeurs-proteges-profils-parcours-et-evolutions/> ; 12% des personnes suivies par les services des associations familiales sont propriétaires de leur logement, 5% n'ont aucun patrimoine financier et 50% ont un patrimoine financier inférieur à 10 770 €, selon le rapport 2016 de l'Observatoire national des populations majeures protégées dans les UDAF < https://www.unaf.fr/IMG/pdf/onpmp_no2-rapport_2016.pdf>.

12 « La justice confirme la mise sous tutelle de Liliane Bettencourt », *Le Monde*, 18 janvier 2012 ; « La patronne du Negresco sous tutelle », *Le Figaro*, 21 mars 2013.

13 H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, Fayard, 1982, vol. 2.

14 L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF* n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Ici, le législateur veut montrer qu'il a bien changé de ligne… directrice. Les travaux parlementaires ne sont pas diserts sur le sujet sauf à dire, par exemple, que cette dimension « *n'avait pas été prise en compte, en tant que telle, par la loi du 3 janvier 1968 qui ne l'envisageait qu'à travers des questions spécifiques, comme le mariage ou le divorce du majeur. Désormais, le respect des droits de la personne protégée sera assuré par une délimitation précise de sa sphère d'autonomie. À cette fin, le projet de loi prévoit plusieurs dispositions renforçant la place du majeur dans le processus judiciaire, comme l'obligation de l'auditionner (article 432), et définit les actes qui, parce qu'ils sont par nature personnels, ne peuvent être décidés par aucun représentant (article 458)*[15] ».

Bien que le majeur à protéger ou protégé semble passif (ce n'est pas lui qui instaure ni lui qui assure la protection), la permanence de sa personne est affirmée aux deux temps de la protection que sont la mise en place (A) et la mise en œuvre (B) de la mesure.

A. Des mesures instaurées dans le respect de la dignité

L'évolution de la société et sa conception de la dignité a rendu inacceptable d'imposer une mesure de protection, *a fortiori* incapacitante[16]. Ainsi peut-on anticiper par contrat ou par acte unilatéral ou être entendu pour que la mesure soit adaptée et, dans la mesure du possible, acceptée.

Le contrat. Toute personne est désormais invitée à anticiper sa vulnérabilité en concluant un mandat de protection future[17]. Ce contrat permet de charger un tiers de sa représentation en cas de survenance d'une altération des facultés qui provoquerait un besoin de protection[18] sans provoquer d'incapacité. Il est considéré comme la véritable innovation de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Son intérêt est de permettre à la fois le choix de la personne ou des personnes qui assureront la protection et de préciser le contenu de cette protection, dans son étendue (protection des biens et/ou de la personne)

---

15 H. DE RICHEMONT, *Rapport n° 212 (2006-2007), fait au nom de la commission des lois*, Sénat, 7 février 2007.

16 N. MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », *in* M.-L. PAVIA et T. REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 116, cité par M. MERCAT-BRUNS, « Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social », *RDSS* 2018, p. 31.

17 C. civ., art. 477 et s.

18 Les parents d'un enfant majeur qui en assument la charge matérielle et affective peuvent également organiser sa représentation grâce à cet instrument.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

et conformément à des choix ou des préférences (préférer rester chez soi, ne pas être séparé d'un compagnon ou garder son chien par exemple).

Sous des influences étrangères[19], européennes[20] ou internationales[21], le législateur français a ainsi admis que la contrainte et l'incapacité ne devaient plus être le seul moyen de protection. Le pouvoir de la volonté, l'autonomie que postule la dignité imposait de pouvoir organiser sa protection par contrat. Protection et incapacité se trouvent dorénavant dissociées : le mandat est conclu alors que la personne est encore saine d'esprit, capable et consentante. Il ne sera pas caduc mais produira son plein effet si le risque envisagé se réalise.

Le but poursuivi par le législateur en 2007 n'a pas été atteint. Le mandat est encore imparfait. Sa publicité n'est pas organisée : on peut le conclure mais sans être sûr qu'il sera effectivement mis en œuvre. La pratique ne s'est pas encore répandue. Au 31 décembre 2016, le nombre de mandats ayant pris effet n'est que de 4 600 pour 730 000 mesures de protection au total[22], ce qui conduit les instances de l'ONU à regretter une trop faible sensibilisation de l'opinion publique et à recommander expressément le développement de ce mandat. En 2019, le législateur a renforcé le mandat en prévoyant sa primauté sur toute autre mesure, y compris les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et celles relatives aux régimes matrimoniaux[23]. Il n'est pas encore dans les mœurs d'anticiper sa protection par contrat et ce récent toilettage ne suffira pas à faire évoluer la situation. Il est possible de faire échec à l'incapacité et d'imposer certains de ses choix mais les mesures traditionnelles se maintiennent.

La désignation. Faute de mandat de protection future ou de droit commun, faute de secours matrimonial, une mesure peut être ordonnée par

---

19 Angleterre, Pays de Galles depuis la loi de 1985 sur les mandats permanents et surtout le mandat québécois en prévision de l'inaptitude (C. civ. Q., art. 2131).

20 Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation n° R (99) 4[1] du comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.*

21 Conférence de La Haye de droit international privé, Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

22 Selon les chiffres communiqués par la Direction des affaires civiles et du sceau au 31 déc. 2016.

23 L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JORF* n° 0071 du 24 mars 2019, texte 2.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

le juge des tutelles[24]. Pour la curatelle et la tutelle, organisant respectivement une assistance et une représentation en matière patrimoniale, toute personne peut désigner par avance la personne chargée de sa protection[25]. Cette désignation est faite simplement, soit devant notaire soit par acte sous seing privé[26]. Son intérêt est de faire échec à l'application des règles légales de désignation imposant d'abord la famille, puis des proches et, enfin, un protecteur professionnel (mandataire judiciaire à la protection des majeurs). On choisit, donc, mais on élimine, aussi. Cette faculté permet de choisir son protecteur mais, pour le contenu, on s'en remet à la loi et on n'écarte pas l'incapacité qui résulte de la curatelle ou de la tutelle.

Le juge peut écarter la désignation, comme il pourrait écarter un mandat de protection future, écarter la volonté, donc, si les intérêts n'étaient pas suffisamment assurés. Cet outil souffre lui aussi de sa méconnaissance et de son absence de publicité.

L'audition. La dignité impose l'audition de la personne à protéger. Le Défenseur des droits a pris soin de le rappeler : « *l'audition apparaît comme un acte procédural déterminant, qui respecte l'autonomie et la dignité de la personne. Cela constitue un droit fondamental*[27] ». La loi[28] pose le principe de l'audition en prévoyant des exceptions mais la pratique inverse ce rapport. Il est prévu que le juge statue, la personne entendue ou appelée. Mais il est prévu également que l'audition peut être écartée si elle est de nature à porter atteinte à la santé de l'intéressé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté. Un avis médical doit être rendu et le juge doit motiver spécialement sa décision pour écarter l'audition. Ce qui semble exigeant ne suffit pas à endiguer le flot des ordonnances de non-audition. Faute de temps, lorsque la situation ne paraît pas, *a priori*, faire difficulté, on se dispense de rencontrer la personne

24 En application de la loi du 23 mars 2019, ce juge changera d'appellation et deviendra le juge des contentieux de la protection. Ce qui montre la volonté de le mettre en retrait et de ne lui laisser qu'un rôle résiduel, bien éloigné des vues de la loi de 1964 qui voyait en lui le pivot d'un service public de la protection, un acteur de proximité assurant le suivi des mesures et ne refermant pas le dossier après avoir tranché un litige. Le juge est celui qui ordonne et contraint, mais il est aussi celui qui veille au respect des droits et des libertés.

25 C. civ., art. 448.

26 CPC, art. 1255.

27 Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, rapp. sept. 2016, < https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2016/09/protection-juridique-des-majeurs-vulnerables>.

28 C. civ., art. 432.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

protégée. Cette pratique est surtout constatée pour le renouvellement des mesures. Le Défenseur des droits l'a dénoncée et plaide pour une limitation au seul cas de risque pour la santé, soulignant la nécessité de former les médecins et les juges afin qu'ils intègrent le caractère exceptionnel de la dispense d'audition.

Lorsqu'il n'y a pas eu de désignation anticipée, le juge suit un ordre de priorité pour la désignation du curateur ou du tuteur[29]. Le principe est celui de la priorité familiale, appelant d'abord le conjoint, le partenaire de PACS ou le concubin. À défaut, un parent, un allié, une personne résidant avec le majeur ou entretenant avec lui des liens étroits et stables. Si l'environnement ne permet pas cette désignation, un professionnel est désigné. Les préférences de la personne protégée ne sont pas ignorées pour autant. Le texte prévoit que le juge « *prend en considération* » les sentiments qu'elle exprime et ses relations habituelles ; ce qu'elle veut et ce qu'elle fait : ses préférences et ses habitudes. La désignation n'est pas, ne doit donc pas être un acte purement technique et ignorant de la personne concernée.

On relèvera au passage que dans le cadre de l'habilitation familiale, mesure ayant récemment rejoint l'arsenal de la protection juridique, le juge se prononce sur le choix du protecteur au regard de sa conformité « *aux intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, personnels de l'intéressé*[30] ». Cela peut s'expliquer par le fait que l'habilitation était initialement prévue pour les seules personnes hors d'état d'exprimer leur volonté. Malgré cela, la texte reste discutable. La personne a pu exprimer antérieurement une volonté, dont un écrit ou un proche peut encore rendre compte. En droit médical, lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin doit consulter la personne de confiance ou la famille ou, à défaut, un proche. La personne de confiance témoigne de ce que la personne aurait souhaité, de ce qu'elle a pu exprimer par le passé. Ce régime serait aisément transposable au cas du majeur protégé hors d'état d'exprimer ses sentiments.

Cet exemple est intéressant en ce qu'il permet de déployer l'utilité du recours aux grands principes, aux droits et libertés et à la dignité. En effet, s'il n'existe pas de règle spéciale prévoyant la recherche de la volonté de la personne protégée pour le choix de la personne habilitée, on peut se tourner vers les règles générales. L'article 415 du Code civil figure parmi les

29 C. civ., art. 449.

30 C. civ., art. 495-5.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

dispositions communes. La dignité est-elle respectée si la désignation se fait sans considération des sentiments de la personne protégée ?

Parce que la personne n'est pas une chose, elle doit être respectée dans ses émotions, ses craintes, ses valeurs : sa volonté, ses préférences ou ses choix selon les termes de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

B. Des mesures assurées dans le respect de la dignité

Un examen rapide de la loi montre la dignité comme une incantation. Elle peut néanmoins apparaître comme un concept fonctionnel, affirmant à la fois la primauté de la personne et sa singularité.

De l'idéal. Dans le domaine de la protection, la dignité est un principe sans contenu précisément défini. Parmi les arrêts rendus par la Cour de cassation comprenant à la fois l'expression « *majeur protégé* » et le mot « *dignité* », la plupart se contentent de rappeler le principe. La dignité apparaît dans les motifs de la décision : « *toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier, dans le respect de ses droits fondamentaux et de la dignité de sa personne, d'une mesure de protection tant de sa personne que de ses intérêts patrimoniaux, ou de l'un des deux*[31] ». Ou bien ce sont les juges du fond qui visent la dignité, de façon tout aussi générale, pour se prononcer sur le principe de la mesure de protection[32] ou pour justifier le dessaisissement[33]. Parfois, c'est le demandeur qui invoque la dignité, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, pour contester – vainement - le dessaisissement du tuteur familial au profit d'un professionnel[34]. Il peut même invoquer la dignité des parents pour faire échec à la règle procédurale fermant la voie de la tierce opposition à ceux qui peuvent interjeter appel[35]. Une décision montre le constat par les juges du fond que les soins ont été donnés à la personne protégée dans le

31 Cass. civ. 1re, 3 avr. 2019, n° 18-14880, inédit ; Cass. civ. 1re, 6 mars 2019, n° 18-13854, inédit ; Cass. civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 18-10582 ; Cass. civ. 1re, 8 mars 2017, inédit.

32 Cass. civ. 1re, 12 févr. 2014, n° 12-35036, inédit ; Cass. civ. 1re, 23 oct. 2013, n° 11-28113, inédit ; Cass. civ. 1re, 11 sept. 2013, n° 12-23742, inédit.

33 Cass. civ. 1re, 20 nov. 2013, n° 12-29474, *Bull. civ.*, I, n° 226.

34 Cass. civ. 1re, 28 mai 2014, n° 12-28971, inédit.

35 Cass. civ. 1re, 14 mai 2014, n° 12-35035, *Bull. civ.*, I, n° 92 ; *D.* 2014, p. 1152 ; *AJ fam.* 2014, p. 436, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2014, p. 622, obs. J. Hauser.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

respect et la dignité[36]. Dans une autre, il est jugé que la protection est une question de dignité et de respect de la personne autant que de la propriété. Cette décision est intéressante en ce que la juridiction et le demandeur ont chacun appréhendé la notion de dignité, les juges faisant primer la protection sur les souhaits invoqués par le demandeur[37]. Quatre sources sont invoquées ici au soutien de la dignité : le Code civil, le Code de la santé publique, le préambule de la Constitution de 1946 et la Convention européenne des Droits de l'Homme. Pour la Cour de cassation, la volonté peut céder devant l'intérêt, dès lors que le juge satisfait à son obligation de motivation. La dignité sert tantôt à justifier la mesure, sur le fondement de l'article 415 du Code civil notamment, tantôt à peser l'intérêt de la personne protégée, sur le fondement du même article[38].

Vers le concret. Le dernier arrêt recensé lors de la consultation a été rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation[39]. Cette décision prononce une condamnation pour soumission d'une personne vulnérable à des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine : travail non rémunéré, insultes, coups, moqueries, brimades... L'infraction ne vise pas à protéger spécifiquement les personnes protégées. Il est cependant intéressant de noter que, depuis 1992, le Code pénal a enrichi le contenu de la dignité en lui consacrant un chapitre. Sont des atteintes à la dignité : la discrimination, la traite des êtres humains, la dissimulation forcée du visage, le proxénétisme, le recours à la prostitution, l'exploitation de la mendicité ou de la vente à la sauvette, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, du travail forcé et de la réduction en servitude et le bizutage. La jurisprudence pénale n'utilise pas la dignité comme source normative mais cherche à qualifier l'atteinte à la dignité. Parfois, la dignité est un élément de l'infraction[40] et parfois, elle est liée à la vulnérabilité de la victime. Lorsque la vulnérabilité est un élément constitutif de l'infraction, elle marque fortement la volonté de protection de la dignité[41]. Dans les articles 225-13 ou 225-14, il faut mais il suffit que la vulnérabilité soit apparente ou connue de l'auteur, point n'est besoin d'en abuser.

---

36 Cass. civ. 2e, 3 sept. 2015, n° 14-18457, inédit.

37 Cass. civ. 1re, 7 nov. 2012, n° 11-17311, inédit ; *RTD civ*. 2013, p. 89, obs. Hauser ; *D*. 2013, p. 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguero et J.-M. Plazy.

38 Ce qui est le cas avec Cass. civ. 1re, 27 févr. 2013, n° 11-28.307, *Bull. civ*., I, n° 25.

39 Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-83185, inédit.

40 C. pén., art. 222-33-2.

41 D. VIRIOT-BARRIAL, *Rép. pén. Dalloz*, V° « Dignité de la personne humaine », juin 2014.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

En 1994, le Conseil constitutionnel a jugé que la dignité s'opposait à toute forme d'asservissement et de dégradation. Parce que le majeur protégé est une personne, il ne peut être traité ni comme une chose, ni comme un animal. La dignité s'oppose à ce que l'on exerce sur lui les attributs de la propriété. Le majeur protégé a conscience de lui-même, est doué de raison et dispose de la liberté[42]. Il ne faut toutefois pas se contenter d'une liberté illusoire. La personne est aussi soumise à des lois nécessaires. Elle doit pouvoir se loger, se nourrir, être soignée. Autant de droits qui sont les droits de tous mais dont l'effectivité peut se trouver menacée en contexte de protection. C'est pourquoi il faut veiller particulièrement à leur respect. C'est ce que souligne le Défenseur des droits, prenant appui sur la Convention internationale des droits des personnes handicapées, exigeant que les majeurs protégés aient la maîtrise de leur vie quotidienne, comme tout le monde : qu'ils puissent disposer d'un téléphone mobile, recevoir des soins ou avoir sur eux de l'argent liquide[43].

La remise d'argent est révélatrice. La terminologie (« *argent de poche* », « *supplément* ») est jugée infantilisante par les professionnels. Un rapport du Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge sur les maltraitances financières signale que des personnes n'ont pas accès à leur argent, spécialement en établissement d'hébergement pour les personnes âgées dépendantes (EHPAD). Ceci peut se vérifier aussi dans les établissements accueillant des personnes handicapées. Parmi les propositions du Haut conseil, l'une (« Argent de poche et dignité ») est « *d'engager de façon urgente une réflexion décisionnelle sur la place de l'argent de poche en tant qu'outil transitionnel nécessaire pour la citoyenneté et la dignité en institution* », « *d'examiner la question de la dignité de l'aîné confronté à la gestion par autrui de son argent de poche*, *maltraitance banale*, *ordinaire*, *mais ô combien insidieuse*[44] ».

Au plan patrimonial, la dignité est aussi en jeu pour la remise des comptes. Ne pas remettre le compte au motif que la personne ne peut les comprendre ou les remettre sans explication adaptée porte atteinte à la dignité en ce sens que l'on ne tient pas compte de la capacité naturelle de la personne. Elle peut aussi s'intéresser à ses comptes, malgré les difficultés de

---

42 La liberté est ce qui distingue l'homme de l'animal selon J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754.

43 Le Défenseur des droits combine trois articles de la Convention relative aux droits des personnes handicapées : les articles 3, 12 et 19.

44 A. KOSKAS, *Les maltraitances financières à l'égard des personnes âgées : un fléau silencieux*, Rapport pour le Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, sept. 2017.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

compréhension. La remise des comptes est un droit du majeur protégé qui contribue à le reconnaître en tant que personne, partie prenante : elle est « *un marqueur de dignité*[45] ».

Parce que le majeur protégé est une personne, sa dignité et, à travers lui, la dignité de tout homme, doit être respectée. Parce qu'il est cette personne, les mesures prises à son égard doivent être proportionnées et individualisées[46], l'information doit lui être délivrée selon des modalités adaptées à son état[47] et, plus largement, ce sont les prestations, la prise en charge et l'accompagnement qui doivent être adaptés[48].

Parce qu'il est cette personne, certaines décisions ne peuvent être prises pour lui : elles exigent un consentement strictement personnel[49]. Pour ces décisions, le majeur ne peut être ni assisté ni représenté. Il peut seulement bénéficier d'une aide technique[50].

Pour les autres décisions[51], le principe est celui de l'autonomie décisionnelle. La personne protégée prend seule ses décisions tant que son état le permet[52]. Lorsque son état ne le permet pas, il ne s'agit pas de nier sa vulnérabilité mais d'apporter le soutien nécessaire. Le juge doit constater ce qui justifie ce soutien et rendre une décision motivée pour prévoir que le majeur bénéficiera d'une assistance, pour certains actes ou pour tous ou autoriser le protecteur à représenter la personne. La représentation en matière personnelle est difficile à concevoir et à accepter. Elle peut se justifier dans des cas extrêmes, lorsque la personne est plongée dans le coma par exemple. Le Défenseur des droits, dans son rapport de 2016, admet le recours à la représentation dans ce cas mais dans ce cas seulement. Il se trouve que les mesures prononcées restent (trop) massivement des tutelles,

---

45 D. POLLET, « L'obligation de remise annuelle du compte de gestion au majeur protégé », *AJ fam.* 2014, p. 362.

46 C. civ., art. 428.

47 En matière personnelle, l'article 457-1 du Code civil le précise.

48 CASF, art. L. 311-3.

49 C. civ., art. 458.

50 Le tuteur peut par exemple l'aider à rédiger une requête, non la rédiger pour lui et encore moins la signer pour son compte. La Cour de cassation a jugé en ce sens à propos du mariage lorsqu'il était encore soumis à autorisation (Cass. civ. 1re, 2 déc. 2015, n° 14-25.777).

51 Dites « *simplement personnelles* ».

52 C. civ., art. 459.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

mesures les plus incapacitantes et permettant la représentation en matière personnelle, c'est-à-dire la possibilité d'une prise de décisions « *substitutive* ». La loi n'est pas *a priori* attentatoire à la dignité, mais la pratique peut l'être.

La dignité est l'expression de l'humain dans l'homme : à la fois unité et diversité. Diversité du parcours de vie, complexité de la personne, corps et âme à la fois, avec des besoins matériels et spirituels, aussi importants les uns que les autres. La finalité d'une mesure de protection est l'intérêt et l'autonomie de la personne protégée. Dans la limite de ses pouvoirs, le protecteur s'assurera de la préservation des intérêts. Il respectera les droits et libertés, il respectera la dignité du protégé et devra veiller à son respect par les tiers. C'est là une vision assez réductrice, statique, de la protection. Parce que le majeur protégé est une personne, il a des besoins dont la satisfaction doit être assurée, ce à quoi le protecteur veille. Son rôle peut d'ailleurs ne se limiter qu'à une vigilance ou du conseil. Les besoins physiologiques doivent être satisfaits mais pas seulement. Qu'est-ce qui fait sens pour cette personne ?

La singularité de la personne vulnérable impose des devoirs à ceux qui la protègent. Et en même temps, ce qui unit cette personne aux autres compte autant que ce qui l'en distingue, si bien que c'est parfois le collectif qui rend sa dignité à l'individu.

II. Une protection renversée par la dignité

L'évolution du droit de la protection des majeurs se poursuit sous l'influence de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Cette convention porte un regard nouveau sur les personnes en situation de handicap. Loin d'être objets d'une assistance accordée par une société charitable, elles sont sujets de droits accordés également à tous. Les États doivent prendre toutes mesures concrètes pour lever les freins à l'autonomie (A) et permettre la conquête de la citoyenneté (B).

A. Lever les freins à l'autonomie

La condamnation de la tutelle. L'article 12 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées dispose que « *les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres* ». Interprétant ce texte à la lumière des principes généraux de la Convention,

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

notamment le respect de la dignité intrinsèque[53], la Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées en a tiré les conséquences : « *la France doit revoir d'urgence sa législation en vue de supprimer les régimes de prise de décisions substitutives et de garantir l'accès de toutes les personnes handicapées à des systèmes de prise de décision accompagnée, quel que soit le niveau d'aide dont ces personnes pourraient avoir besoin pour prendre des décisions éclairées* ». La protection juridique « *à la française*[54] » n'est pourtant pas si brutale qu'il n'y paraît et les projets de réforme, sans résoudre toutes les difficultés, s'inscrivent dans son prolongement plus qu'ils ne créent une rupture.

La loi française énonce clairement les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité qui conduisent ensemble à toujours faire le choix du moindre mal, si l'on veut considérer que l'incapacité en est un. Selon les textes, une tutelle n'est prononcée « *que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante*[55] ». Dans cette hypothèse, la personne n'a pas anticipé, n'a pas donné procuration, n'est pas mariée, n'a pas de famille assez unie pour ouvrir une mesure familiale qui n'emporterait d'incapacité que dans le champ des pouvoirs confiés à la personne habilitée. En pratique, trop de tutelles sont prononcées : ce n'est pas la loi qui est en cause, c'est son application.

En matière patrimoniale, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur. La loi le dit, l'éthique incite à l'associer aux décisions, ce que rappellent les recommandations de bonnes pratiques, ce qui rappelle l'association du mineur aux décisions qui le concernent. Sauf que, pour le mineur, la loi l'impose[56]. Le majeur n'est pas un mineur, la loi de 2007 a fait disparaître les renvois malheureux de la loi de 1968. Une disposition expresse prévoyant l'association du majeur aux décisions patrimoniales ne serait peut-être pas superflue : cela irait mieux en le disant.

En matière personnelle, la décision substitutive est une solution de dernier recours. La représentation n'est possible qu'en tutelle ou en habilitation familiale et seulement « *si l'état de la personne protégée ne lui permet*

---

53 Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale sur l'article 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/11/4.

54 L'expression est de D. NOGUERO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *RDSS* 2016, p. 964.

55 C. civ., art. 440.

56 C. civ., art. 371-1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

pas de prendre seule une décision personnelle éclairée » et que l'assistance ne suffit pas[57]. Le Défenseur des droits admet d'ailleurs le maintien de la décision substitutive comme « *mesure d'exception destinée à répondre aux seules situations dans lesquelles la personne concernée est totalement dans l'incapacité d'exprimer sa volonté et ses préférences* », reconnaissant que « *la question reste entière pour ce qui concerne les situations dans lesquelles une personne, même accompagnée, serait dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté ou ses préférences (ex : coma, démence sénile) et ne pourrait donc exercer ses droits*[58] ».

Il n'y a pas d'incompatibilité entre l'esprit de la convention et celui de la loi française. Les abus sont à rechercher du côté de la pratique. C'est une réponse contestable, sinon cautère sur jambe de bois, que de vouloir changer la loi parce qu'elle n'est pas connue, non assimilée ou mal comprise. Une appropriation du texte en vigueur, respectueuse des grands principes, et par conséquent de la dignité des personnes protégées, serait suffisante.

Mais il semble que l'on s'oriente vers une mesure unique[59], comme dans la loi belge de 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, qui oblige le juge à personnaliser la mesure.

La loi ne peut résoudre ce qui est affaire d'hommes et appelle la réflexion éthique, à même de donner corps à la dignité, d'en faire un concept opérationnel susceptible de réguler les pratiques.

La suppression du régime d'autorisation. En 2019, la loi éloigne le juge de la tutelle et le rebaptise « *juge des contentieux de la protection* ». Il est mis en retrait et n'autorise plus certaines décisions, tant en matière patrimoniale (acceptation pure et simple de succession ou conclusion d'un contrat obsèques par exemple) qu'en matière personnelle ; dans ce champ, c'est surtout l'ouverture du mariage qui a occupé la scène médiatique, au nom des droits fondamentaux, de l'égalité et de la non-discrimination. Un régime d'opposition remplace le régime d'autorisation. Il n'est pas certain qu'il soit satisfaisant (dans sa mise en œuvre ou au regard de son coût) et il n'est pas certain qu'il soit plus digne pour la personne d'occulter ses difficultés. La dignité commanderait peut-être davantage d'accepter la personne « *telle qu'elle est sans en dissimuler les faiblesses, en la défendant contre elle-même*

57 C. civ., art. 459.

58 Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, sept. 2016.

59 A. CARON-DEGLISE, *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes*, sept. 2018.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

et les tiers[60] ». On peut regretter une confusion entre personnes handicapées et personnes protégées. Si les personnes protégées répondent à la définition des personnes handicapées, toutes les personnes handicapées ne sont pas des personnes protégées. Au nom de toutes celles qui peuvent agir, si besoin avec un appui, on prive les autres d'une protection nécessaire. Le patrimoine est sauf, disent les parlementaires. Hélas, la personne pourrait ne pas sortir indemne d'un abus dont la société a longtemps pensé devoir la protéger, avec l'approbation du Conseil constitutionnel[61] et de la Cour européenne[62].

B. Conquérir la citoyenneté

La vie humaine ne peut exister « *sans un monde qui*, *directement ou indirectement*, *témoigne de la présence d'autres êtres humains* ». Celui que le groupe éduque et soutient a une plus grande conscience de sa dignité et peut mieux la préserver.

Le majeur protégé-usager. En réformant l'activité de protecteur professionnel, la loi de 2007 l'a rattachée au Code de l'action sociale et des familles. Les services qui exercent à titre habituel des mesures de protection sont ainsi devenus des services sociaux[63] et, comme tels, doivent élaborer un certain nombre de documents, se soumettre à des démarches d'évaluation et organiser la participation des personnes protégées.

La participation des usagers vise à donner aux personnes accueillies une place et un rôle de sujet, adulte et actif dans le fonctionnement de la structure. C'est là une dimension collective de l'accompagnement auquel la prise en charge, passive, a cédé le pas. La loi du 2 janvier 2002[64] applicable ici prévoit l'association des bénéficiaires au fonctionnement de l'établissement ou du service. L'accent a été mis sur les usagers plus que sur les familles et les personnels qui composaient auparavant avec eux ce que l'on nommait les conseils d'établissement. Il s'agit de l'une des modalités d'exercice des droits fondamentaux. Parce qu'il n'est pas toujours pertinent de créer une instance telle qu'un conseil de la vie sociale, d'autres modalités de participation sont permises.

---

60 Ph. MALAURIE, « Réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 30 avr. 2007, p. 557.

61 Cons. const., 29 juin 2012, 2012-260 QPC.

62 CEDH, Delecolle c. France, 25 oct. 2018, req. n° 37646/13.

63 CASF, art. L. 312-1.

64 L. n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JORF* 3 janv. 2002, p. 124.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

C'est le cas dans les services de protection des majeurs. Le Code de l'action sociale et des familles prévoit, pour garantir l'exercice effectif des droits des usagers[65], que la participation peut s'exercer par l'institution de groupes d'expression, l'organisation de consultations ou la mise en œuvre d'enquêtes de satisfaction[66]. Le niveau de participation peut être modulé selon les objectifs et aller de l'information à la codécision[67].

Cette participation permet l'expression des personnes protégées sur ce qu'elles apprécient ou déplorent dans le fonctionnement du service, en vue d'améliorer la qualité du suivi.

Le lien social valorise surtout l'autonomie, opérant comme un facteur de protection et de reconnaissance, ce qui constitue l'identité et aide à l'existence[68] en qualité de personne et de citoyen, œuvrant à un intérêt dépassant la somme des intérêts individuels.

Le majeur protégé-citoyen. D'abord, le Code électoral a empêché que les majeurs en tutelle soient inscrits sur les listes électorales, de façon générale et absolue[69]. On peut s'en étonner, ce droit n'étant pas lié au patrimoine mais à la personne – qui ne sera prise en compte expressément qu'à partir de la loi de 2007[70]. Le lien entre droits civils et politiques est fait de manière critiquable. En 2005, la règle est assouplie, le juge peut autoriser le majeur en tutelle à voter. Cela laisse entière la question de la justification du lien entre droits civils et droits politiques, et criant le manque de critère scientifique (pour le médecin) ou de décision (pour le juge). Les médecins se prononcent mécaniquement dans le sens de la suppression du droit de vote et les juges l'ordonnent dans 83 % des cas[71], sans motivation ou après avoir

65 CASF, art. L. 471-8.

66 CASF, art. D.471-12.

67 ANESM, *Participation des personnes protégées dans la mise en œuvre des mesures de protection juridique*, Recommandation de bonnes pratiques professionnelles, 2012 ; R. JANVIER et Y. MATHO, *Comprendre la participation des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales*, DUNOD, 2011.

68 S. PAUGAM, *Le lien social*, PUF, Que sais-je ?, n° 3780, p. 63.

69 L. n° 69-419 du 10 mai 1969 modifiant certaines dispositions du Code électoral, JORF du 11 mai 1969, p. 4723.

70 J. BERNARD, *Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation*, thèse en droit, Université de Lorraine, 2013.

71 A. CARON-DEGLISE, *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes*, sept. 2018.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

improvisé des interrogations[72]. Depuis 2007, la privation du droit de vote ne pouvait intervenir qu'en cas d'ouverture d'une tutelle [73] et dans le cadre d'une décision individualisée, conformément à la jurisprudence européenne [74].

En 2019, la loi a mis fin à cette discrimination en abrogeant l'article L. 5 du Code électoral, après une annonce du Président de la République, elle-même inspirée par une revendication des représentants des personnes en situation de handicap, une injonction de la Rapporteuse de l'ONU[75] et une suggestion du rapport de 2018[76]. Cette avancée à peu de frais ne fait pas courir de risque aux personnes protégées qui voteront si elles le veulent et si elles le peuvent matériellement, ce qui suppose accessibilité et accompagnement[77] pour une dignité concrète et non plus fantasmée. Elle laisse en revanche perplexe quant à la cohérence juridique de l'ensemble, qui néglige encore la question de l'éligibilité[78].

C'est peut-être par le collectif que l'individu a une meilleure chance de (re-) trouver sa place dans la société, s'autorisant à prendre la parole et étant entendu des autres. On a placé la personne au centre et c'est le collectif qui lui rend sa dignité.

---

72 J. HAUSER, « Personnalité du majeur protégé : relations sexuelles et droit de vote », *RTD civ.* 2013, p. 91 : « *M. Verheyde explique que le juge fait souvent passer un petit test sur ce point avant d'ouvrir la tutelle et note, non sans humour, que bien des citoyens non protégés ne seraient pas toujours en état d'y répondre !* ».

73 Art. L. 5 C. élect., dans sa rédaction issue de la loi n° 2007308 du 5 mars 2007 : « *Lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée* ».

74 CEDH, Alajos Kiss c. Hongrie (33), 20 mai 2010, req. n° 38832/06. [En ligne] Disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-99159#{%22itemid%22:[%22001-99159%22]}>.

75 Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées.

76 A. CARON-DEGLISE, *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes*, sept. 2018.

77 « *À quoi sert une chanson si elle est désarmée ?* », à quoi sert un droit, si on ne peut l'exercer ?

78 Pour une lecture éclairante et critique, V. : D. NOGUERO, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Hommage à un juge des tutelles humaniste », *in La vie privée de la personne protégée*, *In memoriam Thierry Verheyde*, Mare & Martin, 2019 ; « Addendum Vote et majeurs protégés, mars 2019 » <http://www.davidnoguero.com/wp-content/uploads/2016/01/Addendum-Vote-et-majeurs-prot%C3%A9g%C3%A9s-fin-mars-2019.pdf>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ANCREAI, « Étude relative à la population des majeurs protégés », < http://ancreai.org/etudes/etude-relative-a-la-population-des-majeurs-proteges-profils-parcours-et-evolutions/>.

ANESM, *Participation des personnes protégées dans la mise en œuvre des mesures de protection juridique*, Recommandation de bonnes pratiques professionnelles, 2012.

ARENDT H., *Les origines du totalitarisme*, Fayard, 1982, vol. 2.

BALZAC H. *L'interdiction*, 1836.

BERNARD J., *Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation*, thèse en droit, Université de Lorraine, 2013.

CARON-DEGLISE A., *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes*, sept. 2018.

Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale sur l'article 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, CRPD/C/11/4.

Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation n° R (99) 4[1] du comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*.

DE RICHEMONT H., *Rapport n° 212 (2006-2007), fait au nom de la commission des lois*, Sénat, 7 février 2007.

Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, rapp. sept. 2016, < https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2016/09/protection-juridique-des-majeurs-vulnerables>.

FIAT E., *Grandeurs et misères des hommes, Petit traité de dignité*, Larousse, 2010.

HAUSER J., « Personnalité du majeur protégé : relations sexuelles et droit de vote », *RTD civ.* 2013, p. 91.

Inspection générale des finances, Inspection générale des services judiciaires et Inspection générale des affaires sociales, *Rapport sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs*, juillet 1998.

JANVIER R. et MATHO Y., *Comprendre la participation des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales*, DUNOD, 2011.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

KOSKAS A., *Les maltraitances financières à l'égard des personnes âgées : un fléau silencieux*, Rapport pour le Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, sept. 2017.

MACE G., *Baudelaire*, Buchet - Chastel, 2017.

MALAURIE Ph., « Réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois* 30 avr. 2007, p. 557.

MERCAT-BRUNS M., « Comment repenser la capacité de la personne majeure vulnérable ? Perspectives transatlantiques au croisement du droit civil et du droit social », *RDSS* 2018, p. 31.

NOGUERO D., « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Hommage à un juge des tutelles humaniste », *in La vie privée de la personne protégée*, *In memoriam Thierry Verheyde*, Mare & Martin, 2019.

NOGUERO D., « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *RDSS* 2016, p. 964.

Observatoire national des populations « majeurs protégés » dans les UDAF, *Rapport 2016*, < https://www.unaf.fr/IMG/pdf/onpmp_no2-rapport_2016.pdf>.

PAILLET E., « La dignité de la personne majeure protégée », *in Éthique*, *droit et dignité de la personne*, *Mélanges Ch. Bolze*, Economica, 1999.

PAUGAM S., *Le lien social*, PUF, Que sais-je ?, n° 3780.

POLLET D., « L'obligation de remise annuelle du compte de gestion au majeur protégé », *AJ fam.* 2014, p. 362.

ROUSSEAU J.-J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754.

VIRIOT-BARRIAL D., *Rép. pén. Dalloz*, V° « Dignité de la personne humaine », juin 2014.

Jurisprudence

CEDH, Delecolle c. France, 25 oct. 2018, req. n° 37646/13.

CEDH, Alajos Kiss c. Hongrie (33), 20 mai 2010, req. n° 06/38832, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=22%}#99159-001itemid22%99159-22001%]:22%]}>.

Cons. const., 29 juin 2012, 2012-260 QPC.

Cass. crim., 15 juin 2010, n° 09-83185, inédit.

Cass. civ. 1re, 7 nov. 2012, n° 11-17311, inédit ; *RTD civ*. 2013, p. 89, obs. Hauser ; *D.* 2013, p. 2196, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguero et J.-M. Plazy.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Cass. civ. 1re, 27 févr. 2013, n° 11-28.307, *Bull. civ*., I, n° 25.

Cass. civ. 1re, 11 sept. 2013, n° 12-23742, inédit.

Cass. civ. 1re, 23 oct. 2013, n° 11-28113, inédit.

Cass. civ. 1re, 20 nov. 2013, n° 12-29474, *Bull. civ*., I, n° 226.

Cass. civ. 1re, 12 févr. 2014, n° 12-35036, inédit.

Cass. civ. 1re, 14 mai 2014, n° 12-35035, *Bull. civ.*, I, n° 92 ; *D.* 2014, p. 1152 ; *AJ fam*. 2014, p. 436, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2014, p. 622, obs. J. Hauser.

Cass. civ. 1re, 28 mai 2014, n° 12-28971, inédit.

Cass. civ. 2e, 3 sept. 2015, n° 14-18457, inédit.

Cass. civ. 1re, 2 déc. 2015, n° 14-25.777.

Cass. civ. 1re, 8 mars 2017, inédit.

Cass. civ. 1re, 19 déc. 2018, n° 18-10582.

Cass. civ. 1re, 6 mars 2019, n° 18-13854, inédit.

Cass. civ. 1re, 3 avr. 2019, n° 18-14880, inédit.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

La traite d'êtres humains en Europe / Human Trafficking in Europe

***Pascale Boucaud**, Professeur HDR – Université Catholique de Lyon*

Abstract

Finding solutions to the issue of human trafficking in Europe is one of the European Council's main concerns today.

Counted among its 47 member states are, indeed, countries from which victims come, through which they pass and in which they end up.

The adoption of the Convention on Action against Trafficking in Human Beings on May 16, 2005 allowed for the implementation of a complete legal framework for the protection of victims and witnesses as well as of an independent and efficient monitoring scheme.

The monitoring body set up by this Convention, the Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA), plays a very essential role through its work based on the careful watch and assessment of the legislative and practical progress of the States parties.

The European Court of Human Rights supplements GRETA's role by indirectly providing the Convention on Action against Trafficking in Human Beings with the jurisdictional reviews it lacks.

Resting on article 4 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Court guarantees an actual sanction of trafficking and imposes that condemned States take all the necessary measures to fight against this violation of article 4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La traite des êtres humains est aujourd'hui un problème majeur en Europe. Chaque année, des milliers de personnes, en majorité des femmes et des enfants, sont victimes de traite à des fins d'exploitation sexuelle, de servitude, de prélèvement d'organes ou autres, dans leur propre pays comme à l'étranger. Tous les indicateurs vont dans le sens d'un accroissement du nombre des victimes. La lutte contre cette agression persistante à l'encontre des personnes s'insère dans le combat plus vaste du Conseil de l'Europe en faveur des droits de la personne et de la dignité humaine[1].

La traite des êtres humains, parce qu'elle prend au piège ses victimes, est la forme moderne du commerce mondial des esclaves. Les êtres humains sont considérés comme des marchandises à acheter et à vendre, que l'on force à travailler, la plupart du temps dans l'industrie du sexe, mais aussi, par exemple, dans le secteur agricole ou dans des ateliers, clandestins ou non, pour des salaires de misère voire pour rien du tout. De nombreuses victimes sont des jeunes, parfois des enfants. Toutes recherchent désespérément de quoi subsister, pour voir ensuite leur vie ruinée par l'exploitation et l'appât du gain.

Si l'on veut qu'elle soit efficace, la stratégie de lutte contre la traite des êtres humains doit être fondée sur une approche multidisciplinaire qui passe à la fois par la prévention, la protection des droits des victimes et la poursuite des trafiquants, tout en veillant à ce que les législations pertinentes des États soient harmonisées et appliquées uniformément et efficacement.

Phénomène mondial, la traite des êtres humains est pratiquée à l'intérieur d'un même pays ou par-delà les frontières. La traite – souvent liée à la criminalité organisée pour qui elle est devenue l'une des activités les plus lucratives – doit être combattue en Europe de façon aussi vigoureuse que le trafic de drogue ou le blanchiment de capitaux[2]. Elle représente la troisième source de revenus illicites dans le monde après le trafic d'armes et le trafic de stupéfiants.

---

1 B. FERNANDEZ BURGUENO, « The uselfulness of the legal concept of dignity in the human rights discourse: literature review », *OXIMORA : revista internacional de ética y politica* 2016, n° 8.

2 Commission to the European Parliament and the Council, *Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016)*, Brussels, 19/5/2016 COM52016° 267 final, p. 11.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Dans ce contexte, le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[3], visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, « *Protocole de Palerme*[4] », a posé les bases de la lutte internationale contre la traite. La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains[5], tout en ayant pour point de départ le Protocole de Palerme, et en tenant compte des autres instruments juridiques internationaux – universels ou régionaux – pertinents dans la lutte contre la traite des êtres humains, vise à renforcer la protection assurée par ces instruments et à développer les normes qu'ils énoncent.

Le Protocole de Palerme contient la première définition commune (reprise par la Convention du Conseil de l'Europe) juridiquement contraignante au niveau international de l'expression « *traite des personnes*[6] ». Il est important à ce stade de souligner que la traite des êtres humains se distingue du « *trafic illicite de migrants* ». Le trafic illicite de migrants fait du reste l'objet d'un protocole distinct à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer[7]). Alors que l'objet du trafic illicite de migrants est le transport par-delà les frontières afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, le but de la traite des êtres humains est l'exploitation. En outre, la traite des

---

3 Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale le 15 novembre 2000, entrée en vigueur le 29 septembre 2003.

4 Protocole adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale, entré en vigueur le 25 décembre 2003.

5 Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, adoptée le 16 mai 2005, entrée en vigueur le 1er février 2008, ratifiée par 47 États, dont le Bélarus non membre du Conseil de l'Europe.

6 Article 3 : « *Aux fins du présent Protocole :*
a) L'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes ».

7 Protocole adopté par l'Assemblée générale à New York, le 15 novembre 2000 ; entré en vigueur le 28 janvier 2004.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

êtres humains n'implique pas nécessairement un élément transnational, celle-ci peut exister à un niveau purement national.

D'autres instruments internationaux existants sont susceptibles de contribuer à la lutte contre la traite des êtres humains et à la protection de ses victimes[8].

L'un des objectifs principaux du Conseil de l'Europe étant la sauvegarde et la protection des droits et de la dignité de la personne humaine et la traite des êtres humains étant une atteinte directe aux valeurs sur lesquelles le Conseil de l'Europe est fondé, trouver des solutions à ce problème est une priorité de l'Organisation. Ceci est d'autant plus pertinent que le Conseil de l'Europe compte, parmi ses 47 États membres, des pays d'origine, de transit et de destination des victimes de la traite.

La principale valeur ajoutée de la présente Convention par rapport aux autres instruments internationaux est le fait qu'elle est centrée sur les droits de la personne humaine et la protection des victimes.

Bien sûr, la recherche d'efficacité de cette convention est soutenue par l'application de l'Article 4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Rappelons que cet article 4 interdit l'esclavage, la servitude, le travail forcé ou obligatoire et que cette interdiction constitue une norme absolue de droit international[9]. La jurisprudence de cette Cour permet de sanctionner réellement les États.

Nous verrons dans un premier temps les moyens mis en place par la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, puis l'apport complémentaire de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

---

8 Au niveau des Nations Unies, les conventions suivantes peuvent être mentionnées :
- la Convention de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) concernant le travail forcé ou obligatoire du 28 juin 1930 (n° 29) ;
- la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 ;
- la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;
- la Convention de l'OIT concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination du 17 juin 1999 ;
- le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000.

9 M. N. SHAWN, *International Law*, CUP Cambridge, 6e éd., 2008, p. 275 ; J. ALLAIN, *Slavery in International Law: of Human Exploitation and trafficking*, Brill, 2012, p. 254.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

I. Moyens mis en œuvre par la Convention pour lutter contre la traite des êtres humains

Cette Convention met en place un cadre juridique complet pour la protection des victimes et des témoins, ainsi qu'un suivi indépendant et efficace. L'organe de contrôle créé par la Convention, le Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) est composé de manière pluridisciplinaire, de quinze experts indépendants et impartiaux. Ce groupe organise des visites dans les différents États parties, puis remet un rapport contenant des recommandations que doivent suivre les États afin de se conformer pleinement aux exigences de la Convention. À ces visites périodiques s'ajoute une procédure d'urgence : si le GRETA reçoit des informations fiables révélant une situation problématique qui appelle une réaction immédiate pour limiter l'étendue des violations de la Convention, il peut adresser une demande urgente d'information à l'État concerné et désigner deux membres pour effectuer une visite sur place afin d'évaluer la situation. Nous le verrons dans les développements qui suivent, le rôle de cet organe est primordial.

A. Quelles sont les victimes visées ?

La Convention s'applique aussi bien aux victimes dont l'entrée et le séjour sur le territoire de l'État d'accueil sont légaux qu'à celles dont l'entrée et le séjour sont illégaux. Dans certains cas, les victimes de la traite sont emmenées dans un pays illégalement, mais dans d'autres cas, elles entrent de façon légale, en tant que touristes, futures épouses, artistes, domestiques, filles au pair ou demandeurs d'asile.

La Convention s'applique également à des victimes qui vivent depuis toujours sur le territoire. C'est ainsi qu'en France, en avril 2013, le Comité contre l'esclavage moderne (CCEM), a attiré l'attention de l'Office central de lutte contre le travail illégal, sur la situation de deux personnes françaises âgées respectivement de 61 et 71 ans, employées et logées dans des conditions indignes.

Profitant de leur état de faiblesse, l'employeur les maintenait à son service sans limite de temps, les réduisant ainsi à un état de servitude. L'enquête ouverte par le Procureur de la République d'Evry a permis d'établir des faits de traite, une dissimulation d'activités et un abus de vulnérabilité à l'égard de ces deux victimes soumises à un rythme de travail inhumain requérant une disponibilité totale, le jour comme la nuit. Le 9 avril 2014, les auteurs ont été condamnés du chef de traite des êtres humains, à une peine de 5 ans de prison et 60 000 euros d'amende.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

B. Quels sont précisément les éléments constitutifs de l'infraction de traite ?

Selon l'article 4 de la Convention, la traite d'une personne consiste en la combinaison de trois éléments :

1er élément. Une action : recrutement, transport, hébergement ou accueil de personnes

Le recrutement est visé quel que soit la manière dont il est effectué : oralement, par voie de presse, *via* Internet. Les trafiquants trouvent dans les réseaux internet à haut débit ou sans fil, extrêmement rapides et bon marché, une aide précieuse. Ils peuvent rester anonymes puisqu'il n'est pas nécessaire qu'ils se présentent sous leur véritable identité. Ils n'ont pas non plus besoin de quitter leur domicile pour effectuer leur crime : le recrutement peut avoir des effets simultanément dans plusieurs pays et toucher d'innombrables victimes.

2e élément. Le recours aux moyens suivants :

- Recours à la force ou d'autres formes de contrainte, enlèvement ;
- Fraude, tromperie, par exemple en faisant miroiter aux victimes un contrat de travail très attractif ;
- Abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité ;
- Offre ou acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre.

3e élément. Un but déterminé, l'exploitation des victimes

L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes.

L'hébergement d'une personne (action), sous la menace (moyen), dans le but de la mettre au travail forcé (but), est un comportement qui doit être qualifié de traite d'être humain.

Il faut donc en principe la réunion de ces trois éléments. Une exception est cependant prévue pour les enfants : le recrutement, le transport, l'hébergement ou l'accueil dans le but d'exploitation de l'enfant sont considérés comme une traite même s'il n'est pas fait appel aux moyens énoncés précédemment.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

C. Quelles sont les mesures visant à protéger les droits des victimes ?

1) La première mesure consiste d'abord à identifier les victimes : fréquemment, elles voient leurs passeports ou leurs documents d'identité pris ou détruits par les trafiquants. En ce cas, elles risquent d'être traitées avant tout comme des immigrants illégaux et d'être sanctionnées ou renvoyées dans leur pays sans qu'aucune aide ne leur soit apportée. Même lorsqu'elles ont conservé leurs documents d'identité, elles ne se déclarent pas victimes de traite. Il s'agit donc pour les autorités d'apprendre à détecter les cas de traite. Par exemple, de nombreuses nigérianes, débarquées en Italie, demandent une protection internationale, mais ne dénoncent pas leurs exploiteurs en raison de barrières linguistiques et culturelles et du rituel de prestation de serment (*Juju*) auquel elles sont soumises, serment de loyauté envers les réseaux criminels de trafiquants. Les trafiquants appliquent une stratégie consistant à leur faire demander l'asile, ce qui donne droit à un permis de séjour. Aujourd'hui, l'Organisation internationale des Migrations part de l'hypothèse que la plupart des demandeuses d'asile nigérianes sont *de facto* des victimes de traite.

En France, depuis 2013, l'OFPRA a désigné en son sein un groupe d'une vingtaine de référents « *traite* » pour faciliter la détection de victimes engagées dans un parcours de demande d'asile.

Les référents « *traite* » ont notamment pour fonction d'apporter aux officiers de protection qui instruisent les demandes d'asile un appui ponctuel sur les dossiers individuels. En outre, la durée de la procédure d'instruction d'une demande d'asile peut être adaptée afin de favoriser le recueil du récit d'un demandeur identifié comme particulièrement vulnérable, y compris les victimes de traite. Il est également possible de déclasser vers une procédure normale une seconde demande d'asile, qui normalement devrait faire l'objet d'un examen accéléré, lorsqu'il y a soupçon de traite et que la première demande était formulée sous l'influence des trafiquants. L'OFPRA a indiqué qu'il était désormais plus fréquent de détecter les victimes dès la première demande. Dans l'optique d'améliorer la détection, mais aussi la mise à l'abri, l'OFPRA a également tissé des liens avec des ONG spécialisées et le dispositif national Ac. Sé[10], ainsi que des acteurs institutionnels. Le GRETA

10 Le Dispositif National Ac. Sé fait partie intégrante des mesures de protection des victimes de la traite en France, telles que citées dans le décret n° 2007-1352 du 13 septembre 2007, relatif à « *l'admission au séjour, à la protection, à l'accueil et à l'hébergement des étrangers victimes de la traite des êtres humains* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

se réjouit du fait que dans le cadre de la procédure d'asile, une personne peut se voir reconnaître victime de traite, obtenir une protection subsidiaire ou le statut de réfugié, indépendamment de l'éventuelle décision des forces de l'ordre. Le GRETA[11] salue également la création de référents spécialisés sur la traite au sein de l'OFPRA pour améliorer la détection des victimes de traite engagées dans la procédure de demande d'asile.

Par ailleurs, à de nombreuses reprises, la Cour Nationale du Droit d'asile (CNDA) a accordé la protection subsidiaire à des femmes nigérianes invoquant leur enrôlement dans un réseau et leur soumission par le rituel du « *juju* ». La question de la traite des femmes et encore plus spécifiquement des réseaux de prostitution entre la France et le Nigeria est un phénomène que la juridiction française statuant sur les demandes d'asile prend particulièrement au sérieux[12]. Selon des représentants de la CNDA, une quarantaine de personnes en provenance du Nigéria et une dizaine d'Albanie et d'Ukraine ont obtenu depuis 2015 le statut de réfugié en raison de leur appartenance à un groupe social exposé à des persécutions liées au fait qu'elles étaient victimes de traite.

2) La seconde mesure consiste à leur apporter assistance : l'État partie où se trouve la victime doit assurer que lui soient fournies les prestations suivantes :

- Des conditions de vie susceptibles d'assurer leur subsistance par des mesures telles qu'un hébergement convenable et sûr, une assistance psychologique et matérielle. L'assistance matérielle peut prendre la forme d'une aide en nature, nourriture, vêtements. Elle comprend également l'accès aux soins médicaux d'urgence et l'aide linguistique indispensable.
- Des mesures de sécurité : garder leur adresse secrète et règlementer les visites de personnes extérieures.
- Des informations sur les droits que la loi leur reconnaît, notamment sur les conditions relatives à la régularisation du séjour sur le territoire, mais aussi sur les recours juridiques possibles.

---

11 Rapport du GRETA concernant la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par la France, publié en juillet 2017.

12 CNDA du 28 janvier 2008, n° 582698 ; CNDA du 27 novembre 2008, n° 627584 ; CNDA du 23 octobre 2009, n° 09000931-642112 ; CNDA du 23 octobre 2009, n° 09006467 ; CNDA du 16 juillet 2009, 636560/08017016, *Mlle K.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

3) La troisième mesure est particulièrement importante : il s'agit de l'octroi d'un délai de rétablissement et de réflexion ; la Convention exige des États parties qu'ils prévoient dans leur droit interne un délai d'une durée minimale de 30 jours, délai permettant à la victime de se rétablir ainsi que d'échapper à l'influence des trafiquants. Ce délai doit également permettre aux victimes de prendre une décision quant à leur coopération avec les autorités répressives en vue de poursuivre en justice les auteurs de la traite. Mais l'octroi de ce délai n'est pas en soi conditionné à la coopération de la victime avec les autorités chargées de l'enquête.

Chaque État Partie doit remettre immédiatement les documents autorisant les victimes à séjourner sur son territoire pendant le délai de rétablissement et de réflexion.

Sur ce point, le droit français prévoit un délai de 30 jours. Cependant le droit actuel n'est pas conforme à la Convention. Il ne respecte pas la distinction qui doit être faite entre rétablissement et réflexion.

L'article R 316-1 du Code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) précise que ce délai de 30 jours est exclusivement conçu pour susciter la réflexion de la victime en vue d'une éventuelle coopération avec les forces de police ou de gendarmerie. En revanche le rétablissement est totalement passé sous silence. Ce délai apparaît en lien direct avec la possibilité de bénéficier d'une admission au séjour lorsque la victime accepte de coopérer avec l'enquête.

S'ajoute à cela le fait que l'octroi de ce délai de réflexion n'est pas une pratique bien établie et requiert souvent que les victimes demandent pro activement à en bénéficier, ce qui suppose qu'elles soient soutenues dans cette démarche par des ONG spécialisées. Le Conseil d'État s'était d'ailleurs prononcé sur ce point dans un arrêt du 15 juin 2012. Il constatait que les services de police avaient manqué d'informer une victime potentielle de la possibilité qui lui était ouverte de bénéficier du délai de réflexion ; la requérante a par la suite fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière qu'elle a contesté[13]. Suite à cet arrêt, un rappel des instructions a été opéré au sein de la gendarmerie nationale au travers de la circulaire du directeur général de la gendarmerie nationale du 5 octobre 2012.

Comme le GRETA l'avait déjà constaté dans son premier rapport publié en 2012, tant les services d'enquêtes que les services préfectoraux

13 CE, requête n° 339209, arrêt du 15 juin 2012.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ne semblent avoir qu'une connaissance partielle du double rôle qui est celui du « *délai de rétablissement et de réflexion* » au sens de l'article 13 de la Convention. En effet, le délai prévu dans le CESEDA ne reprend dans son intitulé que l'aspect de réflexion sur la possibilité de collaborer à l'enquête (« *délai de réflexion* ») et, en pratique, l'autre fonction de ce délai qui est de permettre aux victimes de se remettre de leur expérience de traite et de s'extraire de l'emprise des trafiquants semble méconnue et ce bien que l'instruction ministérielle du 19 mai 2015[14] le rappelle. En outre, des ONG ont souligné les difficultés pour obtenir un hébergement pendant le délai de rétablissement et réflexion. Le GRETA note avec inquiétude l'exemple de trois victimes de traite qui étaient en centre de rétention et ont bénéficié d'un délai de réflexion mais qui, faute d'hébergement à leur sortie, se sont retrouvées livrées à elles-mêmes et ont disparu.

4) La quatrième mesure concerne l'octroi d'un permis de séjour renouvelable : le renvoi immédiat des victimes est insatisfaisant aussi bien pour elles que pour les autorités répressives. Pour les victimes, cela signifie souvent des mesures de rétorsion à l'égard de leurs familles ou de leurs proches, un retour au système de traite. Pour les autorités répressives, cela signifie la perte d'informations très utiles.

La victime obtiendra donc un permis de séjour dans deux hypothèses :

- soit qu'elle se trouve dans une situation personnelle telle que l'on ne peut exiger d'elle qu'elle quitte le territoire ; c'est le cas en particulier des mineurs isolés non accompagnés ;
- soit qu'elle décide de collaborer avec les autorités judiciaires lorsqu'une procédure pénale est ouverte.

Quelle est l'avancée du droit français sur ce point suite au contrôle de mise en œuvre de ce texte par le GRETA ?

Deux situations sont à distinguer :

Lorsque la victime a déposé plainte ou a témoigné dans le cadre d'une procédure pénale pour traite, l'article L 316-1 du CESEDA prévoit la délivrance désormais de plein droit d'un titre de séjour, renouvelable pendant toute la durée de la procédure et autorisant l'exercice d'une activité professionnelle. Selon l'article R 316-3 du CESEDA, la durée de validité est

14 Instruction du ministre de l'Intérieur du 19 mai 2015 relative aux conditions d'admission au séjour de ressortissantes étrangères victimes de la traite des êtres humains ou de proxénétisme.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de 6 mois minimum, mais l'instruction du ministère de l'Intérieur du 19 Mai 2015 spécifie que la durée de validité doit être d'un an. Par ailleurs, une carte de résident valable dix ans est désormais délivrée de plein droit aux victimes en cas de condamnation définitive du trafiquant.

Lorsque la victime ne coopère pas pour quelque raison que ce soit (crainte de représailles), elle peut bénéficier d'un titre de séjour en raison de considérations humanitaires ou de motifs exceptionnels (Art L 313-14 du CESEDA) ; mais la décision d'octroyer ce titre reste à la discrétion du préfet et l'on souligne la rareté des titres octroyés aux victimes qui ne collaborent pas. La victime peut aussi tenter de bénéficier d'un titre de séjour si elle peut se prévaloir de liens privés et familiaux anciens et intenses établis en France (Art. L 313-11-7 du CESEDA). Enfin, la loi du 13 avril 2016 a inséré un nouvel article L 316-1-1 au CESEDA, prévoyant qu'une autorisation provisoire de séjour d'une durée minimale de six mois peut être délivrée aux victimes de traite et de proxénétisme, engagées dans le parcours de sortie de la prostitution indépendamment de leur coopération avec les services judiciaires. Il s'agit là d'une avancée importante. Nous avons cependant un regret : l'article 14 de la Convention du Conseil de l'Europe n'établit pas de distinction suivant les types d'exploitation pour l'octroi d'un permis de séjour. Il faudrait donc que le droit français ouvre cette possibilité à toute victime qui s'engage dans un parcours de sortie de son exploitation.

5) La cinquième mesure vise l'indemnisation des victimes : l'article 13 § 3 insiste sur l'indemnisation des préjudices matériel et moral subis par la victime. Ce droit à indemnisation s'exerce à l'égard des auteurs de l'infraction. Cependant, en pratique, un dédommagement intégral a rarement lieu du fait notamment que l'auteur n'a pas été découvert, a disparu ou a organisé son insolvabilité. Dès lors, le § 4 prévoit que les États parties doivent faire en sorte que l'indemnisation soit garantie. La Convention suggère l'établissement d'un fonds d'indemnisation financé par les avoirs d'origine criminelle.

En France, le nouvel article L 131-21 alinéa 6 du Code pénal prévoit désormais que pour les infractions les plus graves, dont la traite des êtres humains, il est possible de confisquer l'intégralité du patrimoine du condamné sans considération de l'origine, licite ou illicite, des biens et sans que ces biens soient liés à l'infraction. Toute personne constituée partie civile, qui bénéficie d'une décision définitive lui accordant des dommages-intérêts peut obtenir de l'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (AGRASC) que ces sommes lui soient payées prioritairement sur les biens de son débiteur.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Encore faut-il que les États intègrent dans leur Code pénal l'infraction de traite.

D. L'imposition aux États parties d'incriminer la traite des êtres humains

1) Les États parties à la Convention ont l'obligation de conférer le caractère d'infraction pénale à la traite, soit par le biais d'une seule infraction pénale, soit par la combinaison de plusieurs infractions.

La législation française en matière de traite des êtres humains a été modifiée par la loi du 5 août 2013. L'infraction figure à l'article 225-4-1 du Code pénal et son libellé reprend les trois éléments de base prévus par la Convention.

Le GRETA note que conformément à la recommandation émise dans son premier rapport, les motifs d'exploitation prévus à l'article 225-4-1 du Code pénal incluent désormais l'esclavage, la soumission à du travail ou à des services forcés, la réduction en servitude ainsi que le prélèvement d'organes.

L'exploitation de la mendicité et la contrainte à commettre tout crime ou délit avait déjà été introduite dans l'article 225-4-1 du Code pénal depuis la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure. Le fait de contraindre une personne à commettre une infraction est réprimé de manière autonome par l'article 121-7 du Code pénal selon lequel « *est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

La traite des êtres humains est punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ; lorsque la victime est un mineur, elle est punie de dix ans d'emprisonnement et de 1 500 000 euros d'amende.

Le GRETA considère que les autorités françaises devraient indiquer expressément dans le Code pénal que le consentement de la victime de traite est indifférent, ce qui pourrait améliorer la mise en œuvre des dispositions anti-traite, ou à tout le moins permettre de prendre des mesures supplémentaires pour sensibiliser les enquêteurs, procureurs et juges à l'importance de ce principe dans le cadre des affaires de traite.

2) Les États doivent également incriminer le client qui utilise les services d'une victime de traite, dans le but de décourager la demande qui favorise la traite.

En France, la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel, introduit dans le Code pénal une

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

infraction punissant l'achat de services sexuels. Cette infraction sera punie d'une amende d'un montant allant jusqu'à 1 500 euros et, en cas de récidive, 3 000 euros (Art 611-1 du Code pénal). Selon ce même article, l'achat de services sexuels à une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse, sera puni d'une peine pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et/ou d'une amende d'un montant pouvant atteindre 45 000 euros.

3) Les États doivent aussi incriminer les actes relatifs aux documents de voyage ou d'identité : fabrication de documents de voyage ou d'identité frauduleux ; fourniture de tels documents mais également soustraction de ces documents aux victimes afin d'exercer des pressions sur elles.

E. Afin de faciliter les poursuites et le déroulement de la procédure, la Convention prévoit enfin des règles particulières en faveur des victimes

1) En premier lieu, s'agissant des règles de compétence, chaque État partie est tenu de punir les infractions commises sur son territoire. Si un ressortissant d'un État partie commet une infraction à l'étranger, l'État partie est tenu d'engager les poursuites si l'infraction ne relève de la compétence d'aucun autre État. De plus, si un ressortissant d'un État partie est victime d'une infraction à l'étranger, l'État partie a la possibilité d'engager les poursuites correspondantes. L'objectif est bien que les auteurs de telles infractions ne restent pas impunis.

2) En second lieu, les autorités publiques peuvent poursuivre sans qu'une plainte de la victime ne soit nécessaire : il s'agit d'éviter que les auteurs n'exercent des pressions sur les victimes pour qu'elles ne portent pas plainte. De plus, les États doivent assurer aux ONG et autres associations qui luttent contre la traite, la possibilité de soutenir la victime qui y consent au cours des procédures pénales.

3) En troisième lieu, la protection des victimes et des témoins doit être assurée pendant toute la durée de la procédure. Pour protéger les enfants, certaines législations prévoient l'enregistrement audiovisuel de leurs auditions avec limitation des personnes autorisées à assister à l'audition ou à visionner l'enregistrement, comparution des enfants par vidéo-conférence devant les juridictions.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Quant à la question de la protection des témoins, elle a été traitée en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme : le témoignage anonyme est admis lorsque des menaces ont été proférées à l'encontre de la vie, de la liberté et de la sûreté des personnes appelées à témoigner[15].

Enfin, les États doivent prendre des sanctions « *effectives*, *proportionnées et dissuasives* ».

Cette convention joue donc un rôle fondamental grâce au dynamisme du GRETA[16]. Ce mécanisme de supervision, par son travail de vigilance et d'évaluation, constitue l'un des piliers de lutte contre la traite en Europe[17]. Allant un peu plus loin, la Cour européenne des Droits de l'Homme va doter la Convention anti-traite, de manière indirecte, du contrôle juridictionnel qui lui manquait.

II. La Cour européenne des Droits de l'Homme et la condamnation de la traite des êtres humains

L'article 4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme interdit l'esclavage, la servitude et le travail forcé. Mais elle ne contient aucune référence expresse à la traite des êtres humains. Cependant, la Cour européenne des Droits de l'Homme observe que la traite, à l'échelle mondiale, s'est développée de manière significative ces dernières années. La conclusion du Protocole de Palerme en 2000 et de la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe en 2005 montrent la reconnaissance croissante au niveau international de l'ampleur du problème et de la nécessité de lutter contre.

En conséquence la Cour va examiner la mesure dans laquelle ce phénomène peut en lui-même être considéré comme contraire à l'esprit et au but de l'article 4 et ainsi relever des garanties apportées par cet article, sans

15 CEDH, 14 février 2002, *Visser c. Pays-Bas*.

16 8e Rapport général sur les activités du GRETA couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2018, Impact pratique des travaux de suivi, p. 14-18 du Rapport.

17 Le GRETA organisait le 17 décembre 2019 au Conseil de l'Europe une Table ronde sur la traite des êtres humains à l'ère du numérique. L'objectif de la table ronde était de mettre en commun des informations et des propositions sur les moyens de mieux utiliser les outils existants et de développer les partenariats public-privé pour prévenir et combattre la traite des êtres humains à l'ère du numérique.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

qu'il soit nécessaire d'apprécier de laquelle des trois conduites (esclavage, servitude, travail forcé) relèvent les traitements.

Dans l'affaire Rantsev contre Chypre du 10 Mai 2010[18], les faits étaient les suivants : Mlle Rantseva arriva à Chypre le 5 mars 2001 avec un visa d'« *artiste* ». Elle commença à y travailler le 16 mars 2001 comme artiste dans un cabaret, avant de quitter son travail et son logement trois jours plus tard, laissant une note indiquant qu'elle repartait en Russie. Après l'avoir retrouvée dans une discothèque à Limassol une dizaine de jours plus tard, le 28 mars 2001 vers 4 heures, le directeur du cabaret où elle s'était produite l'emmena au poste de police, demandant qu'elle fût déclarée immigrée illégale et incarcérée, apparemment en vue de son expulsion, ce afin qu'il pût la remplacer dans son établissement. Après avoir consulté sa base de données, la police conclut que Mlle Rantseva semblait être en règle et refusa de la placer en détention. Elle demanda au directeur du cabaret d'accompagner Mlle Rantseva hors du poste de police et de revenir avec elle plus tard dans la matinée pour faire d'autres recherches sur son statut d'immigrée. Le directeur du cabaret repartit avec Mlle Rantseva vers 5 h 20.

Il l'emmena dans l'appartement d'un autre de ses employés, dans une chambre au sixième étage d'un immeuble résidentiel. Il resta dans cet appartement. Le même jour, vers 6 h 30, Mlle Rantseva fut retrouvée morte dans la rue en bas de l'appartement. Un couvre-lit avait été attaché à la balustrade du balcon.

Après le constat du décès de Mlle Rantseva, les personnes présentes dans l'appartement furent interrogées. Un voisin qui l'avait vue chuter sur le sol fut lui aussi questionné, ainsi que les policiers qui étaient de service ce même matin au commissariat de Limassol où le directeur du cabaret avait emmené Mlle Rantseva depuis la discothèque. L'autopsie conclut que les blessures de Mlle Rantseva étaient dues à sa chute, qui avait entraîné sa mort. Le père de Mlle Rantseva se rendit ultérieurement à ce commissariat à Limassol et demanda à participer à la procédure d'information judiciaire. Le 27 décembre 2001, une audience fut finalement tenue dans le cadre de cette information, en son absence. Le tribunal jugea que Mlle Rantseva était décédée dans des circonstances étranges ressemblant à un accident, alors qu'elle s'échappait de l'appartement où elle se trouvait, mais que rien ne prouvait que sa mort fût d'origine criminelle.

18 CEDH, 10 mai 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

À la demande du père de Mlle Rantseva, une fois le corps rapatrié de Chypre en Russie, des experts russes en médecine légale effectuèrent une autre autopsie et les conclusions des autorités russes, à savoir que Mlle Rantseva était morte dans des circonstances étranges et non élucidées appelant un complément d'enquête, furent communiquées aux autorités chypriotes sous la forme d'une demande d'entraide judiciaire en vertu de traités auxquels Chypre et la Russie étaient parties. Il était notamment demandé que l'enquête se poursuive, que l'ouverture d'une procédure pénale concernant le décès de Mlle Rantseva soit envisagée et que le père de la victime soit autorisé à participer effectivement à l'instance. En octobre 2006, Chypre confirma au parquet russe que l'information judiciaire sur ce décès avait pris fin le 27 décembre 2001 et que le verdict rendu par le tribunal était définitif. Le père de Mlle Rantseva continua à demander instamment qu'une enquête effective fût conduite sur la mort de sa fille.

Le médiateur chypriote, le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe et le département d'État des États-Unis d'Amérique publièrent des rapports faisant état de l'essor de la traite d'êtres humains à Chypre à des fins d'exploitation sexuelle commerciale et du rôle facilitateur joué par les cabarets et les visas d'« *artiste* » dans ces trafics.

Invoquant les articles 2, 3, 4, 5 et 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, le requérant, père de la victime, se plaignait devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, de l'enquête conduite sur les circonstances du décès de sa fille et soutenait que la police chypriote n'avait pris aucune mesure pour la protéger alors qu'elle était encore en vie et que les autorités chypriotes n'avaient rien fait pour punir les personnes responsables de son décès et des mauvais traitements subis par elle. Sur le terrain des articles 2 et 4, il estimait en outre que les autorités russes n'avaient conduit aucune enquête sur le trafic dont, selon lui, sa fille avait fait l'objet, et sur son décès subséquent et qu'elles n'avaient pris aucune mesure pour la protéger du danger constitué par ce trafic.

L'article 4 était-il applicable en l'espèce ?

La Cour européenne conclut purement et simplement qu'en elles-mêmes, la traite d'êtres humains ainsi que l'exploitation de la prostitution, au sens de l'article 3 a) du Protocole de Palerme et de l'article 4 a) de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, relèvent du champ d'application de cet article 4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

> *« Du fait même de sa nature et de son but consistant à exploiter autrui, la traite des êtres humains repose sur l'exercice de pouvoirs qui se rattachent au droit de propriété. Dans ce système, des êtres humains sont traités comme des biens que l'on peut vendre et acheter et ils sont soumis à un travail forcé, qu'ils exercent souvent pour peu ou pas d'argent, généralement dans l'industrie du sexe mais aussi ailleurs. Cela implique une surveillance étroite des activités des victimes, et bien souvent, celles-ci voient leur liberté de circulation restreinte, subissent des actes de violence et des menaces, et sont soumises à des conditions de vie et de travail épouvantables.*
>
> *La traite et l'exploitation de la prostitution portent atteinte à la dignité humaine et aux libertés fondamentales de leurs victimes et elles ne peuvent être considérées comme compatibles ni avec une société démocratique ni avec les valeurs consacrées dans la Convention*[19] *».*

Dans une autre affaire, S.M. contre la Croatie[20], du 4 décembre 2018, une ressortissante croate se plaignait également d'avoir été contrainte à se prostituer. Là encore, la Cour estima qu'il n'était pas nécessaire de rechercher si les traitements dont la requérante se plaignait constituaient de l'« *esclavage* », de la « *servitude* » ou un « *travail forcé ou obligatoire* ». De surcroît, peu importait que la requérante soit en l'occurrence une ressortissante de l'État défendeur et que l'affaire ne présente pas de dimension internationale : la Cour se référant à l'article 2 de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains considéra qu'il englobait « *toutes les formes de traite des êtres humains, qu'elles soient nationales ou transnationales* ».

Dans l'affaire Chowdury et autres contre la Grèce, du 30 mars 2017, la Cour amorça un nouveau cycle de protection des personnes victimes de traite par le travail forcé. Les requérants, 42 migrants bangladais, furent recrutés entre octobre 2012 et février 2013, à Athènes, pour travailler dans la plus grande exploitation de fraises de la région. À la tête des unités de production, se trouvaient T.A. et N.V., les employeurs des requérants.

Un salaire de 22 euros pour 7 h de travail leur avait été promis. Ils travaillaient de 7H à 19H, tous les jours, sous le contrôle de gardes armés. Ils vivaient dans des huttes de fortune, faites de carton, de bambou, dépourvues de toilettes et d'eau courante. Leurs employeurs les avaient avertis qu'ils ne leur verseraient leurs salaires que s'ils continuaient à travailler pour eux. Fin février 2013, mi-mars 2013, 15 avril 2013, les ouvriers se mirent en grève afin de revendiquer le versement de leurs salaires, en vain. Le 17 avril 2013, les

---

19 *Rantsev c. Chypre et Russie*, § 281-282.

20 CEDH, 4 décembre 2018, *S. M. c. Croatie*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

employeurs firent venir d'autres migrants bangladais, pour les faire travailler dans les champs. Craignant de ne pas être payés, 150 ouvriers recrutés pour la saison 2012/2013 se dirigèrent vers les deux employeurs et demandèrent leurs salaires. Un des gardes armés ouvrit le feu contre les ouvriers. Trente d'entre eux furent blessés dont 21 des requérants. Ils furent hospitalisés.

La police arrêta N.V. et T.A., ainsi que le garde à l'origine des tirs. Le procureur les poursuivit pour homicide involontaire et pour traite des êtres humains. Par un arrêt du 30 juillet 2014, la cour d'assises acquitta N.V. et T.A. du chef d'inculpation de traite des êtres humains. Elle condamna le garde armé ainsi que l'un des employeurs pour dommages corporels graves et usage illégal d'armes à feu. Leurs peines de réclusion furent converties en une sanction pécuniaire. Ils furent également condamnés à verser 43 euros aux 35 ouvriers reconnus victimes.

Le 21 octobre 2014, les ouvriers demandèrent au procureur près la Cour de cassation de se pourvoir contre l'arrêt de la cour d'assises, soutenant que l'accusation de traite des êtres humains n'avait pas été examinée de manière adéquate. Cette demande fut rejetée et la partie de l'arrêt de la cour d'assises portant sur la traite des êtres humains devint irrévocable. Les requérants déposèrent leur requête devant la Cour européenne des Droits de l'Homme le 27 avril 2015.

La Cour considéra que l'exploitation par le travail constituait aussi un aspect de la traite des êtres humains. Elle se référa directement à l'article 4 de la Convention anti-traite. Les requérants ont travaillé sans avoir reçu le salaire convenu et dû jusqu'alors. Par ailleurs, leurs conditions d'hébergement et de travail étaient particulièrement dures. Leurs employeurs les avaient avertis qu'ils ne percevraient leurs salaires que s'ils continuaient à travailler. Les requérants ne disposaient ni de permis de séjour ni de permis de travail. Ils savaient que leur situation irrégulière les exposait au risque d'être arrêtés et détenus en vue de leur expulsion du territoire grec. Une tentative de quitter leur travail aurait signifié la perte de tout espoir de toucher leur dû.

La Cour considéra en outre que, lorsqu'un employeur abuse de son pouvoir ou tire profit de la situation de vulnérabilité de ses ouvriers afin de les exploiter, ceux-ci n'offrent pas leur travail de leur plein gré. Le consentement préalable de la victime n'est pas suffisant pour exclure de qualifier un travail de travail forcé. Les ouvriers travaillaient dans des conditions physiques extrêmes, avaient des horaires exténuants et étaient sujets à une humiliation constante. En leur promettant des abris rudimentaires et un salaire journalier de 22 euros, l'employeur avait réussi à obtenir leur consentement au moment

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de l'embauche afin de les exploiter ultérieurement. Ces faits démontraient clairement qu'ils étaient constitutifs de traite d'êtres humains et de travail forcé.

La Cour européenne des Droits de l'Homme ayant retenu l'application de l'article 4 aux cas de traite, toutes les obligations issues de cet article s'imposaient à l'État mis en cause.

La Cour estima dans toutes ces affaires que limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l'État irait à l'encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider cette disposition de sa substance[21]. Dès lors, il découlait nécessairement de l'article 4 de la Convention des obligations positives pour les États.

Quelles sont ces obligations ?

A. Tout d'abord, des obligations substantielles

1. L'obligation positive de mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié

L'article 4 exige que les États membres sanctionnent effectivement tout acte visant à réduire un individu en esclavage ou en servitude ou à le soumettre à un travail forcé ou obligatoire[22]. Pour s'acquitter de cette obligation, les États membres doivent mettre en place un cadre juridique et réglementaire interdisant et réprimant de tels actes[23].

Outre les mesures d'ordre pénal destinées à punir les trafiquants, l'article 4 exige des États membres qu'ils mettent en place des mesures appropriées afin de réglementer les activités souvent utilisées comme couverture pour la traite. La législation des États sur l'immigration doit répondre aux préoccupations en matière d'incitation et d'aide à la traite ou de tolérance envers celle-ci. Les États doivent également former comme il se doit les agents de leurs services de répression et d'immigration[24]. Dans l'affaire Rantsev, Chypre a violé ses obligations car, en dépit de preuves de traite à Chypre et des préoccupations exprimées dans divers rapports selon lesquelles la police de l'immigration chypriote et les lacunes juridiques

21 CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, § 89.

22 CEDH, 13 novembre 2012, *C. N. c. Royaume-Uni*, § 66 ; *Siliadin c. France*, § 112 ; CEDH, 11 octobre 2012, *C. N. et V. c. France*, § 105.

23 *Rantsev c. Chypre et Russie*, § 285.

24 *Ibid.*, § 287.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

encourageaient la traite de femmes vers ce pays, le régime de visa d'artiste n'a pas conféré à Mlle Rantseva une protection concrète et effective contre la traite et l'exploitation[25].

2. L'obligation positive de prendre des mesures de protection

L'article 4 peut, dans certaines circonstances, imposer à l'État de prendre des mesures concrètes pour protéger les victimes avérées ou potentielles de traitements contraires à cet article[26].

Pour qu'il y ait obligation positive de prendre des mesures concrètes dans une affaire donnée, il doit être démontré que les autorités de l'État avaient ou devaient avoir connaissance de circonstances permettant de soupçonner raisonnablement qu'un individu était soumis, ou se trouvait en danger réel et immédiat d'être soumis, à un traitement contraire à l'article 4 de la Convention[27].

Dans l'affaire Rantsev, les fautes de la police étaient multiples : elle n'a pas immédiatement fait de plus amples recherches pour savoir si Mlle Rantseva avait fait l'objet d'une traite ; elle a laissé celle-ci entre les mains du gérant du cabaret au lieu de la remettre en liberté, décision qui n'avait aucune base légale en droit interne. Dès lors, la Cour a conclu que les autorités chypriotes n'avaient pas pris de mesures suffisantes pour protéger la fille du requérant.

Dans l'affaire Chowdury et autres contre la Grèce, la Cour note que des débats avaient eu lieu au Parlement sur le travail des migrants dans les champs de fraises de Manolada, mais cette mobilisation n'a abouti à aucun résultat concret. Le médiateur de la République avait alerté plusieurs ministères et organismes d'État en relevant que les rapports de travail entre les migrants et leurs employeurs étaient caractérisés par la domination physique et économique des employeurs et que l'État était totalement absent. La Cour relève que la réaction des autorités a été ponctuelle et n'a pas apporté de solution générale aux problèmes des migrants travailleurs. Là encore, les mesures n'étaient pas suffisantes pour prévenir la traite des êtres humains.

Dans l'affaire L. E. contre la Grèce[28], la Cour insiste sur le retard pris par l'État pour reconnaître à Mlle L. E. le statut de victime de traite. Ce

---

25 *Rantsev c. Chypre et Russie*, § 290-293.

26 *Ibid.*, § 286, et *C. N. c. Royaume-Uni*, § 67.

27 CEDH, 29 novembre 2011, *V. F. c. France*.

28 CEDH, 21 janvier 2016, *L. E. c. Grèce*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

retard constitue selon la Cour, un défaut substantiel quant aux mesures opérationnelles que les autorités pouvaient prendre pour la protéger. Mlle L. E., ressortissante nigériane, fut conduite en Grèce par K. A., lui-même nigérian, pour travailler dans des bars et des boîtes de nuit. En contrepartie, L. E. s'engagea à verser à K. A. 40000 euros et à ne pas avertir la police grecque de ses activités.

À son arrivée en Grèce, K. A. lui confisque son passeport et l'oblige à se prostituer. Deux ans plus tard, elle fut arrêtée pour violation des lois sur la prostitution et sur l'entrée et le séjour des étrangers en Grèce. Un jugement l'acquitta. De nouveau arrêtée, elle fut condamnée en 1re instance et acquittée en appel puis placée en détention en vue d'une expulsion.

Elle déposa plainte contre K. A. pour traite d'être humain ; le procureur rejeta sa plainte. Deux mois plus tard, elle demandait à nouveau que sa plainte soit réexaminée, la directrice de l'ONG « *Nea Zoi* » ayant confirmé ses dires. Neuf mois plus tard, le procureur lui reconnut le statut de victime de traite. Pour la Cour européenne des Droits de l'Homme, ce délai ne pouvait être qualifié de raisonnable et avait eu des conséquences particulièrement négatives puisque la mise en liberté de L. E. avait été retardée.

B. En plus des obligations substantielles, la Cour déduit de l'article 4 une obligation procédurale d'enquêter, à la charge des États

La Cour a souligné que l'obligation d'enquête ne dépendait pas d'une plainte de la victime ou d'un proche : une fois que la question a été portée à leur attention, les autorités doivent agir. Pour être effective, l'enquête doit être indépendante des personnes impliquées dans les faits. Elle doit également permettre d'identifier et de sanctionner les responsables.

Il s'agit là d'une obligation non de résultat, mais de moyens. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans tous les cas mais lorsqu'il est possible de soustraire l'individu concerné à une situation dommageable, l'enquête doit être menée d'urgence. La victime ou le proche doivent être associés à la procédure dans toute la mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts légitimes[29].

Dans les affaires de traite internationale, les États membres ont non seulement l'obligation de mener une enquête interne sur des faits survenant sur leur propre territoire mais aussi celle de coopérer efficacement avec les autorités compétentes des autres États concernés dans le cadre des enquêtes

29 *Rantsev c. Chypre et Russie*, § 288.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sur les faits survenus hors de leur territoire. Cette obligation est conforme tant aux objectifs des États membres exprimés dans le préambule du Protocole de Palerme, qui consistent notamment à adopter une approche globale et internationale de la traite dans les pays d'origine, de transit et de destination, qu'aux accords internationaux d'entraide judiciaire. Dans l'affaire Rantsev c. Chypre et Russie, le manquement des autorités de l'État de départ à enquêter sur le volet recrutement d'un trafic allégué permit aux auteurs d'agir en toute impunité sur une partie importante du circuit. À cet égard, la Cour souligne que le recrutement des victimes est expressément visé dans la définition de la traite adoptée tant dans le Protocole de Palerme que dans la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe. Il est indiscutable qu'il faut mener une enquête complète et effective couvrant tous les aspects de la traite soupçonnée, depuis le recrutement jusqu'à l'exploitation des victimes. La Cour en conclut que les autorités russes n'ont pas mené d'enquête sur la possibilité que des individus ou des réseaux opérant en Russie aient été impliqués dans la traite de Mlle Rantseva vers Chypre.

Dans l'affaire L. E. c. Grèce, le témoignage de la directrice de l'ONG « *Nea Zoi* » n'a pas été versé au dossier en raison de l'inadvertance des autorités policières. Ces dernières n'ont pas repris l'examen de la plainte suite à l'inclusion de ce témoignage. Le procureur ne prendra en compte ce témoignage pour engager les poursuites pénales que 5 mois plus tard. S'en suivit un retard considérable dans l'instruction de l'affaire et le renvoi en jugement de l'auteur principal : plus de 4 ans et 8 mois se sont écoulés entre l'engagement des poursuites et l'audience devant la cour d'assises, qui retint la qualification de traite, K. A. ayant frauduleusement obtenu le consentement de L. E. en exploitant sa vulnérabilité.

Les autorités internes n'ont pris aucune initiative concrète pour repérer l'auteur principal et aucun contact avec les autorités nigérianes pour l'amener devant la justice. La Cour relève des déficiences notables à l'égard des obligations procédurales découlant de l'article 4.

Dans l'affaire Chowdury et autres c. Grèce du 30 mars 2017, la Cour estime que l'obligation d'enquêter effectivement lie, en cette matière, les autorités de poursuite et les autorités judiciaires. Lorsque ces autorités établissent qu'un employeur a eu recours à la traite des êtres humains et au travail forcé, elles doivent en tirer, dans la mesure de leurs compétences respectives, toutes les conséquences découlant de l'application des textes répressifs pertinents. Or, la cour d'assises de Patras a non seulement acquitté les défendeurs de l'accusation de traite d'êtres humains, mais elle a aussi transformé la peine de réclusion prononcée à l'égard de deux d'entre

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

eux pour dommage corporel grave, en une sanction pécuniaire de 5 EUR par jour de détention.

Par ailleurs, la Cour note que le procureur près la Cour de cassation a refusé de se pourvoir en cassation contre l'arrêt d'acquittement. À l'allégation des avocats des ouvriers qui soutenaient que la cour d'assises n'avait pas examiné de manière adéquate l'accusation de traite des êtres humains, le procureur a répondu sans autre motivation que « *les conditions prévues par la loi pour former un pourvoi ne se trouvaient pas réunies* ».

Enfin, la Cour constate que, même si l'un des employeurs et l'un des gardes armés ont été reconnus coupables de dommage corporel grave, la cour d'assises ne les a condamnés qu'à verser une indemnité de 1 500 EUR, soit 43 EUR par ouvrier blessé. Or l'article 15 de la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe fait obligation aux États contractants, dont la Grèce, de prévoir dans leur droit interne le droit pour les victimes à être indemnisées par les auteurs de l'infraction, ainsi que de prendre des mesures afin, entre autres, d'établir un fond d'indemnisation des victimes.

Eu égard à ces circonstances, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 4 § 2 de la Convention au titre de l'obligation procédurale incombant à l'État d'assurer une enquête et une procédure judiciaire effectives sur la situation de traite des êtres humains et de travail forcé dénoncée par ces requérants.

Par cette jurisprudence bien établie, la Cour européenne des Droits de l'Homme assure une sanction réelle de la traite des êtres humains et contraint les États parties à prendre toutes les mesures nécessaires pour lutter contre cette violation de l'article 4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. En s'appuyant dans ses arrêts sur les exigences mêmes de la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe, elle donne à ce dernier texte le contrôle juridictionnel indispensable à sa totale efficacité. Si l'on ajoute enfin que depuis 2018, le GRETA a désormais la possibilité de déposer lui-même une requête devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, on peut espérer que les efforts conjugués de ces deux organes permettront de lutter contre ce que le Président du Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA), Davor Derenčinović, qualifie de « *commerce impitoyable et de honte pour l'Europe*[30] ».

30 D. DERENCINOVIC, « Nous avons le devoir moral et juridique d'aider les personnes victimes de traite », texte publié en anglais sur le site <neweurope.eu>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ALLAIN J., *Slavery in International Law: of Human Exploitation and trafficking*, Brill, 2012.

Commission to the European Parliament and the Council, *Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016)*, Brussels, 19/5/2016 COM52016° 267 final.

DERENCINOVIC D., « Nous avons le devoir moral et juridique d'aider les personnes victimes de traite », texte publié en anglais sur le site <neweurope.eu>.

FERNANDEZ BURGUENO B., « The uselfulness of the legal concept of dignity in the human rights discourse: literature review », *OXIMORA : revista internacional de ética y politica* 2016, n° 8.

SHAWN M. N., *International Law*, CUP Cambridge, 6e éd., 2008.

8e Rapport général sur les activités du GRETA couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2018, Impact pratique des travaux de suivi.

Jurisprudence

CNDA du 28 janvier 2008, n° 582698.

CNDA du 27 novembre 2008, n° 627584.

CNDA du 16 juillet 2009, 636560/08017016, *Mlle K.*

CNDA du 23 octobre 2009, n° 09000931-642112.

CNDA du 23 octobre 2009, n° 09006467.

CEDH, 14 février 2002, *Visser c. Pays-Bas.*

CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France.*

CEDH, 10 mai 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04.

CEDH, 29 novembre 2011, *V. F. c. France.*

CEDH, 11 octobre 2012, *C. N. et V. c. France*, § 105.

CEDH, 13 novembre 2012, *C. N. c. Royaume-Uni.*

CEDH, 21 janvier 2016, *L. E. c. Grèce.*

CEDH, 4 décembre 2018, *S. M. c. Croatie.*

CE, requête n° 339209, arrêt du 15 juin 2012.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Investment and Human Rights: From Nowhere to a Stronger Commitment Towards Human Dignity?

Nathalie Potin, *FCIArb, Academic Director of Master programs taught in English; Lecturer at Lyon Catholic University – Faculty of Law, PhD University of Edinburgh, Solicitor of England & Wales (n.p.), Admitted to the French Bar*

Florence Mulet-Wady, *PhD candidate, Université Jean Moulin Lyon 3, EDIEC-CDI; lecturer at the Lyon Catholic University, Faculty of Law*

Abstract

Human dignity is a basic and fundamental issue when it comes to ethics and social debates. This principle has an underlying impact on the status of the embryo, abortion or euthanasia. However, its impact seems less obvious in the field of international investment. Is there a substantial link or nexus between Human dignity, the respect of Human Rights and international investments? While it is often difficult to imagine this question, the practical implications of these concepts have been substantially discussed and studied both in the field of International Investment Law and Human Rights Law. Investors have benefited from a significant protection with the resolution of their investment disputes with host State by international arbitration. Some practitioners and academics would argue that the foreign investors' activities have also been benefitted from treaty protection while they pose a great risk to Human dignity. These risks represent special and general interests, which conflict with rights, which form the fundamental tenents of Human dignity. The paper will examine the responsibility of States and review that responsibility at the national and international levels. States faced pressure to provide foreign investors with more and more protection. These protections, while appearing necessary to grease the wheels of international commerce, conflict with the requirement that

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Human Rights are complied with in accordance with relevant international treaties, which host States have ratified. The question here is how to articulate these two bodies of rules – International Investment Law and Human Rights Law – to meet increasing expectations for respect of Human dignity; expectations that are spreading to all commercial fields; in particular, the economic and investment field. Through the development of international investment practice, it can be observed that there is a growing trend towards an increasing incursion of Human Rights in the area of international investments. This is quite significant if attention is focused on the impact of reciprocity in the relationship between the protection of foreign investments and the respect for Human Rights. States will have to reconcile those two pressing needs within the terms of a co-responsibility with corporations to an effective Human Rights protection and respect of Human dignity including in investment matters.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

It appears novel to discuss international investment issues in a collective work focusing on Human dignity as most people will not automatically see the nexus. At first glance, both issues do not appear to have anything in common. How could the relation between Human dignity and international investment be characterized?

While it may appear that the nexus is not obvious or clear, the link between Human dignity and International Investment Agreements (IIAs) is apparent in its impact on the access to fundamental Human Rights in the jurisdictions when international investments form the backbone of development. International investments have an impact on social and economic background, which is a contributing factor to the respect of Human dignity.

Dignity is a concept[1] and is a framework principle. It is a premise[2], which Human Rights are based upon. Dignity covers religion or morality and philosophy, which was transposed in a legal concept with the development of Human Rights. As a legal concept, Dignity remains difficult to define. However, legal instruments do not all provide a definition of Dignity. However, they support the idea that Dignity is inviolable, inalienable and must be protected[3]. The authors refer to Kant's famous statement: « *Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la*

---

1 It is also known as "*grey zone*".

2 About this question of Human Dignity as an axiom, see M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 2007, 1, vol. 58, p. 1 - 30. On this point, the author underlines that : « *la dignité de la personne humaine est en effet comme un axiome indémontrable et indérogeable, et sans doute même aussi indicible* », p. 7.

3 For example, see Paragraph 1 Preamble of the Universal Declaration of Human Rights stating that "*recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world*"; the same idea can be found also in article 1: "*All human beings are born free and equal in dignity and rights (…)*". See also International Covenant on Civil and Political Rights, Preamble Paragraph 1 and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, article 1: "*Human dignity is inviolable. It must be respected and protected*". Finally, the principle of dignity, although not clearly enshrined in the 1958 French Constitution or 1959 European Convention on Human Rights, will be confirmed as a judge-made Law. In this perspective, see Decision of French Constitutional Council, n° 94-343/344 DC of 27 July 1994, about "*Bioethics Laws*", 2nd recital. See also decisions of the Judge of European Court of Human Rights, among others: C. R. v. United Kingdom, 22 November 1995 confirming that the "*very essence of the Convention is respect for Human dignity and human freedom*", Case n° 20190/92.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

personne de tout autre, *comme une fin*, *jamais simplement comme un moyen* ». This could be seen as a definition of Dignity[4]. In this paper, the authors will focus on legal consequences, which impact Dignity but will not discuss its materiality. As such, we consider that Human dignity entails the value of the human being and requires any individual to be treated with respect and protected against any violation of his dignity[5].

Dignity, which is an underlying principle, is the basis of all rights granted to the individual. The need to respect Human Dignity and its legal protection is the new paradigm of international relations and international legal order. With this in mind, one can observe the development of international Human Rights law and its implementation within the United-Nations framework. Practically, these are observable through legal instruments and monitoring mechanisms[6].

A category-based approach to Human Rights[7] leads to a classification of civil, political rights and social, economic rights; those economic rights

---

4 E. KANT, *Fondation de la métaphysique des mœurs* (1785), Flammarion, 1994, p. 108.

5 Protection against « *toute forme d'asservissement et de dégradation* », According to the French Constitutional Council formula, "*Bioethics laws*" decision, n° 94-343/344 DC of 27 July 1994. The need to protect physical and mental integrity is also recalled in article 16 of the Law on bioethics, 1994, stating that « *la loi assure la primauté de la personne*, *interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humaine dès le commencement de sa vie* ».

6 For Legal Instruments, see Chapter IV, United Nations Treaty collection, on Human rights instruments available from <https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> ; with regard to control mechanisms, see procedure of control of Human Rights Council (such as Universal Periodic Review) and those of treaty bodies available from <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/Overview.aspx> ; see also General Assembly, Resolution 2200 A (XXI), 16 December 1966, in *GAOR* Supp. n° 16 – 49, U.N. Doc. A/6316, 1966, 993 U.N.T.S. p.3. At a regional level, see European Social Charter ensured by European Court of Justice and also African Charter on Human and Peoples' Rights, establishing the African Commission on Human and Peoples rights whose additional Protocol adopted in 1998 and named Protocol of Ouagadougou, establishing the African Court on Human Rights and Peoples, a jurisdictional mechanism.

7 We refer here to the most established classification of Human Rights into different "*generations*". The first generation refers to individual freedoms that is to say civil and political rights; the second generation refers to the claims for equal conditions, that is to say social and economic rights; the third generation refers to solidarity facing collective challenges such as environment, development and peace. This classification is actually considered outdated as it is in contradiction with the idea of indivisibility and interdependence of all Human Rights.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

attracted significant attention at the international level although they have been neglected for a long time. Human Rights initially focused on individual freedoms. Social and economic rights were neglected for a long period. These rights do require an intervention of the State through its public policies. The reason to this is that these rights are programmatic. Their implementation depends on what is known as the "*progressive realization*". The concept of progressive realization will usually shape the State's obligations and create a link with international investments and Human dignity. This concept is based on the principle that the State has to ensure full respect of social and economic rights "*at the maximum of its available resources*[8]". It is clear that international investments contribute to these resources and over more have an impact on them. Then here is the link between international investments and Human Rights. Social and economic rights can be the basis for Human Rights claims.

We will now discuss the nexus between international investments and Human Rights.

We live in an economically globalized world in which Human Dignity is practically expressed as poor living conditions. The gap between the rich and the poor has increased. This is a somewhat unintended consequence of globalization. The international community recognized this unintended consequence and has undertaken to fight extreme poverty thus establishing the link between Human Rights and poverty. The international community also recognized to go beyond simply fighting poverty but also focused more on the development of social and economic rights. The United Nations and its framework recognized and admitted the link between extreme poverty and Human Rights violations[9].

In real terms, international actors (multinationals or foreign investors) and governments through their policies are often seen as exerting economic pressure, which translates into a degradation of living conditions, an increase of inequalities, discrimination and a regression of Human Rights,

---

8 See in particular General comment n° 24 (2017) on State obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, Economic and Social Council, 10 August 2017, E/C.12/GC/24.

9 See annual reports of Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, in particular 2018 Reports respectively on *The role of the International Monetary Fund (IMF) in relation to social protection and on privatization and its impact on Human Rights* ; available from <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Poverty/Pages/AnnualReports.aspx>, last accessed on 3rd July 2019.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

especially social and economic rights. In a context of growing awareness, the international community reaffirmed the interdependence and indivisibility of Human Rights. This led to a realization that social and economic rights needed to become truly effective and enforceable. Until States really get involved in rendering those rights effective and actionable, it is difficult to see how any change will occur[10]. States, or more appropriately, the machinery of States are the main avatars that can carry out the implementation and enforceability of social and economic rights and more generally of Human Rights. With this firmly in our minds, States are obligated to fulfill their Human Rights commitments. States that are in breach of their Human Rights commitments may feel pressure to balance moral and economic obligations when they wish to apply for a loan or development aid. The current trend in the changing international order is that development aid will be granted subject to the compliance with Human Rights commitments. An example of this is the conditionality mechanism widely recognized in European Union law. Core tenets of the European Union makes European Union aid subject to the compliance of Human Rights. This is known as "*Human Rights provision/clause*[11]".

States have increased obligations in relation to Human Rights as a result of the development of Human Rights legal framework, the control mechanism together with specific obligations resulting from it and the increased requirement to protect Human Rights[12]. It is their duty to also

---

10 See *Millennium Development goals* now became the *Sustainable Development Goals*, available from <https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>.

11 On the question of the Aid and Conditionality of Human Rights, see S. HAMMAMOUM, « Droits de l'Homme et conditionnalité de l'aide dans les accords de coopération de l'Union européenne : quelle logique juridique ?», *Revue Générale de Droit* 2010, 40 (1), p. 145-178 ; available from <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2010-v40-n1-rgd01548/1026994ar.pdf,> last accessed on 30th June 2019 ; see also D. LOCHAK, "Les Droits de l'Homme dans les accords d'association et de coopération conclus par l'Union européenne", *in* M. BENLOLO-CARABOT *et al.*, *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Éditions A. Pedone, 2012, p. 539-549; available from <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01647385/document>, last accessed on 15th July 2019.

12 This increasing requirement for Human Rights respect is mentioned in different decisions of the European Court on Human Rights, amongst other *Selmouni v. France*, 28 July 1999, summons n° 25803/94, §101, and *Mangouras v. Spain*, 28 September 2010, summons n° 12050/04, §87. Both decisions quotes that "*the court considers that these new realities (…) takes the view that the increasingly high standard require in the area of the protection of Human Rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies*".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

implement these obligations in a timely matter so as to ensure the adequate protection of all mankind. In the field of international economic and social rights, this translates into the assertion of a right to development. This also translates into the wish to limit the business and activities of multinational corporations[13].

The United Nations clearly establish such a link between Human Right and economic development. The General Assembly, Resolution 1161 (XII) dated 26th November 1957 refers to a "*balanced and integrated economic and social progress*":

> "*A balanced and integrated economic and social development would contribute towards the promotion and maintenance of peace and security, social progress and better standards of living and the observance for, and respect for, Human Rights and fundamental freedoms for all*[14]".

One can also mention the *Declaration on the right to development*[15].

This link between Human Rights and economic development translates into the emergence of the concept of corporate governance also known as RSE[16]

---

13 See on this point Resolution 26/9 of Human Rights Council, A/HRC/RES/26/9 of 14 July 2014, related to "Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to Human Rights". Further to the resolution a draft was submitted to the United Nations High Commissioner for Human Rights on July, 16th 2018, about an "international legally binding instrument to regulate, in international Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises" available from: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> last accessed on 10 May 2019. See also on this question: <https://www.iisd.org/itn/fr/2018/10/17/toward-an-international-convention-on-business-and-human-rights-carlos-lopez/#_ftn1>.

14 *Balanced and integrated economic development*, AGNU, Res. 1161 (XII), Doc. Off. AG NU, 12e sess., supp. n°18, Doc. NU A/3805 (1957) 17.

15 *Declaration on the right to Development*, adopted by General Assembly Resolution 41/128, 4 December 1986. This Declaration insist on States duty "*(…) to formulate appropriate national development policies that aim at the constant improvement of the well-being of the entire population (…)*", article 2 §3, and on States "*(…) primary responsibility for the creation of national and international conditions favourable to the realization of the right to development*", article 3. See also on this question A. KERDOUN, "Le droit au développement en tant que droit de l'homme : portée et limites", *Revue Québécoise de droit international* 2004, vol. 17-1, p. 73 - 96.

16 Communication de la commission au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 ; selon la

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

and the release of United Nations Guidelines[17]. It does also translate into the significant change of focus in international investments as a result of an ongoing reform, which is the focus of this article. IIAs are starting to incorporate specific Human Rights based conditions before the foreign investor or multinationals can benefit from the protection granted by host States.

Human Rights have taken center stage into the field of international investments. This intrusion should be seen in light of the general trend pursuant to which States must comply with Human Rights, guarantee their protection by all investors and financially active entities investing in its territory. The prime example of these is of course the multinationals supporting a large proportion of international investments. Their activities bring a raft of difficulties which can be sometimes construed rightly or wrongly as detrimental to the protection of Human Rights. There are well documented instances where multinationals have caused serious environmental damages[18],

---

Commission, la RSE se définit comme la responsabilité des entreprises, vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société et selon la norme ISO 26000 cela implique la mise en œuvre et le respect de plusieurs critères dont le respect des Droits de l'Homme ; voir sur ce point : <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/responsabilite-societale-des-entreprises-rse> et <https://www.iso.org/fr/iso-26000-social-responsibility.html>, consulté le 15 juillet 2019.

17 See in particular *Questions courantes sur les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux Droits de l'Homme*, United Nations Publications, Geneva, 2014, available from <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBussinessHR_FR.pdf>, *last accessed on 10 May 2019*. See also : *Principes pour des contrats responsables. Intégrer la gestion des risques pour les droits de l'Homme dans les négociations contractuelles entre Etats et investisseurs*, United Nations Publications, Geneva, 2015, available from <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_FR.pdf>, last accessed on 10 May 2019.

18 See *Aven & Others v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No UNCT/15/3. The investor-State dispute originated from a real estate project that was stopped by the Costa Rican local authorities; Costa Rica alleged that the beachfront villa project of American investors, Los Olas, damaged some fragile ecosystems. The claimants initiated arbitration proceedings against Costa Rica for unlawful expropriation as well as for breach of the fair and equitable treatment (FET) standard under DR-CAFTA. The Respondent filed a counterclaim against the claimants due to the environmental damage that resulted from the claimants' actions. The arbitral tribunal sided with Costa Rica on the grounds that there was environmental damage due to the claimant's negligence and that no form of expropriation or breach of FET existed. The Respondent's counterclaim was dismissed only because of a procedural blunder and the absence of an affirmative obligation placed on the claimants under DR-CAFTA. This case fortified the acceptance of measures taken on behalf of the environment and has fashioned a shift in State rights

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

pollution[19], or their activities caused a major degradation of work conditions (with much lower minimum social standards for instance). Sadly, ordinary citizens also pay a price in that their freedoms are curtailed and, in extreme cases, there is loss of life. It is fair to say some of these tragedies question the liability and responsibility of multinationals and foreign investors in general[20]. Equally, it is fair to say these same facts also put into question the liability and responsibility of States vis-à-vis their Human Rights commitments[21]. Why are these activities and questionable practices allowed to continue in the face of apparent detriment to the very people the investments are geared to help?

The protection granted to foreign investors – not to say immunity they have enjoyed for decades – is proving quite difficult to accept in light of the increased obligations in relation to Human Rights and the negative impact of their activities in what has become a global village. Civil society, NGOs and even States themselves have spoken up publicly as a result of a number of abuses and breaches of Human Rights arising out the activities of multinationals and/or foreign investors claiming substantial damages against host States. We have also witnessed an increased call for a change of paradigm in the field of international investment protection. Civil society, NGOs and States themselves do require that foreign investors and multinationals must

---

as it pertains to the environment. The arbitral tribunal found that the claimant had implicit environmental obligations under DR-CAFTA. See <https://www.italaw.com/cases/2959>.

19 The 2010 Deepwater Horizon explosion provides a significant example of a major oil pollution. "*The spill extended over more than 43,000 square miles, damaged and temporarily closed fisheries vital to the gulf economy, oiled hundreds of miles of beaches, coastal wetlands and marshes, and killed thousands of birds and other marine wildlife among other economic and natural resources injuries*", See J. C. CRUDEN, S. O'ROURKE & S. D. HIMMELHOCH, "The Deepwater Horizon Oil Spill Litigation: Proof of Concept for the Manual for Complex Litigation and the 2015 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure", 6 *Mich. J. Envtl. & Admin. L.* 2016, vol. 6, 1, p. 89, available at: <https://repository.law.umich.edu/mjeal/vol6/iss1/3 >.

20 See on this point L. BERTIER, « La responsabilité des entreprises multinationales dans les traités bilatéraux d'investissement : des perspectives encourageantes ou un feu de paille ?», *L'Observateur des Nations Unies* 2017, 2, vol. 43, p. 1 - 32.

21 See on this question, H. DIPLA, *La responsabilité de l'État pour violation des Droits de l'Homme*, Pedone, 1994, 116 p. Également R. P. MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux Droits de l'Homme », *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, vol. 333, Brill Nijhoff, Lieden/Boston, 2008, 506 p. and especially p. 429 et s. concerning economical and social rights.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

abide by Human Rights and that they have to meet specific conditions before they can benefit from the protection arising from IIAs. We, therefore, see a trend whereby the compliance with Human Rights by foreign investors is, partly or fully, becoming a pre-condition for international investments.

This paper will consider how foreign investors can take into consideration Human Rights in their international dealings and projects. We will also consider how this should affect their decisions and practices when they decide to invest across the globe. Multinationals and foreign investors, in general, can no longer ignore that their activities can have a major impact either at the environmental or Human Rights levels. Human dignity requires that foreign investors are involved in the implementation and enforcement of Human Rights.

Foreign investors can no longer ignore and avoid claims with Human Rights elements and disregard their Human Rights obligations. The question is how to connect both international investments and Human Rights. As one would say in French to "*marier la carpe et le lapin*[22]". Although it seems quite unlikely that both could meet (I) it is still not impossible if we consider the possibility of a forced marriage (II).

I. International Investment Agreements and Human Rights: unlikely but not impossible union

As International Investment Agreements and Human Rights seem to ignore one another (A), they still can come across by chance (B).

A. International Investment Agreements and Human Rights: two worlds side by side

International Investment Agreements (IIAs) are treaties that aim to protect and promote cross border investments made by foreign investors into host States. IIAs can be Bilateral Investment Agreements (BITs) signed by two countries or multilateral agreements establishing a free trade area with a chapter that aims at protecting and promoting cross-border investments. Traditionally, IIAs grant substantial rights to foreign investors without these investors being subject to any specific obligations in IIAs in order to benefit from the protection granted by said treaty. As a result, IIAs initially created a significant imbalance between host States and foreign investors, which was

22 It is like trying to mix oil with vinegar. The metaphor refers to an impossible union by its nature that is to say union between two entities that mutually exclude one another.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

later heavily criticized[23]. However, this trend started to change in the last few years and would appear to go the other way. States are now focusing more on the protection of Human Rights. Foreign investors may have to comply with Human Rights if they want to benefit from the protection of the IIAs. In some treaties, this could be construed as a *sine qua non* condition. When States are negotiating the new generation of IIAs, they may insist on the compliance with Human Rights [24].

IIAs do not customarily exclude Human Rights. These treaties simply did not make them centre stage despite the importance of Human Rights. The link between IIAs and Human Rights has captured the attention of international law experts[25] and civil society[26]. States have also recently begun to focus on this nexus. To that end, one can identify recent and clear changes in how States currently negotiate IIAs. This change is a result of States having recognized the need for reform[27]. Many States have reacted to

---

23 A. DE ZAYAS, "Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order", dated 5 August 2015, in *A/70/285*; R. FRENCH, "ISDS: litigating the judiciary, Arbitration 2015", Chartered Institute of Arbitrators Centenary Conference Speech of 21st March 2015 given in Hong Kong accessed on 7th May 2020, and retrieved from <https://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj21mar15.pdf>.

24 See on this point : S. El BOUDOUHI, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI* 2005, vol. 51, p. 542-563.

25 R. FRENCH, "ISDS: litigating the judiciary, Arbitration 2015"; N. BERNASCONI-OSTERWALDER, "Rethinking Investment-Related Dispute Settlement", *IISD, Investment Treaties News*, issue 2, vol. 6, May 2015, p. 6-8; P. DUMBERRY, "Corporate investors' international legal personality and their accountability for Human Rights violations", *in Improving international investment agreements* (ed. A. DE MAESTRAL & C. LEVESQUE), Routledge Taylor & Francis Group edition, 2013, p. 179.

26 Report Online public consultation on investment protection and investor-to-State dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement, dated 13 January 2015, p. 3, accessed on 7th May 2020, retrieved from <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf>.

27 UNCTAD (2017), *Phase 2 Of IIA Reform: Modernizing The Existing Stock Of Old-generation Treaties*, IIA Issues Note, n° 2, June 2017; UNCTAD (2011), *Interpretation of IIAs: What States Can Do*. IIA Issues Note, n° 3, New York and Geneva, United Nations; UNCTAD (2015), *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, New York and Geneva, United Nations; *WIR13: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*. New York and Geneva, United Nations; *WIR15: World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York and Geneva, United Nations; *WIR16: World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges*. New York and Geneva, United Nation; *WIR17: World Investment Report 2017: Investment and the Digital*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

internal and external pressures, primarily for civil society in order to amend their stance to receiving foreign investment. The no obligations (beyond profit extraction) model is no longer the norm. States appear pressed to understand the needs of the citizens and balance that with the requirements, as governments, to ensure that they make their jurisdictions foreign investors friendly. What these States apparently struggle with is the balance between those two competing interests.

Traditionally, IIAs did not provide rights to host States vis-à-vis foreign investors and failed to impose any legal obligations on foreign investors. IIAs provided substantive rights to foreign investors without requiring any obligations in return for the legal protection they receive. Foreign investors could bring treaty claims against the host State based on unbalanced IIAs, which considerably strengthened their position. Additionally, foreign investors could sue the host State for breach of treaty obligations pursuant to a blanket arbitration clause that may lead to inconsistent interpretations and lack of predictability[28]. The old crop of IIAs negatively affected the Human Rights of the people they are trying to benefit[29].

The scope of investment agreements, particularly in developing countries was to attract foreign investors in order to develop the national economy. In order to achieve this objective, minimal conditions were imposed on investors[30] and, as such, they were enticed to invest in these countries. The

---

Economy, New York and Geneva, United Nations; UNCITRAL Meeting dated 30th July 2018 AC.9/WG.III/WP.148; UNCITRAL Working Parties Paper dated 5th September 2018 AC.9/WG.III/WP.149; UNCITRAL Working Parties Paper dated 23rd October 2019 A/CN.9/1004; United Nations Commission on International Trade Law Report of Working Group III (Investor State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eighth session, dated 28th January 2020 A/CN.9/1004/Add.1 available at <https://undocs.org/en/A/CN.9/1004/Add.1>.

28 The 2015 World Investment Report noted that although "*IIAs can help improve countries' regulatory and institutional frameworks, including by adding an international dimension to them and, by promoting the rule of law and enhancing good governance*", they can bite and bring unforeseen risks. *In World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Regime: An Action Menu – Chapter IV*, New York and Geneva, United Nations, p. 125-126.

29 UN High Commissioner for Human Rights, "Human Rights, Trade and Investment", 2 July 2003, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/9 and L. COTULA, "Rethinking investment treaties to advance Human Rights", *in IIED Briefing*, September 2016, available from <https://pubs.iied.org/pdfs/17376IIED.pdf> last accessed on 20th June 2019.

30 If a foreign investor brought an investment claim against the host State, he had to prove that he was a covered investor and had a legal dispute arising out of a legal investment

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

older treaties were "*typically asymmetrical*[31]". Old generation IIAs provided a list of substantive rights to the investors, but did not impose on them any kind of obligation, whether this concerned Human Rights or not[32]. Foreign investors had to comply with conditions defined by the treaties (covered investment and covered investors[33]). Germany and Pakistan signed the first BIT in 1959 thus inaugurating the significant growth of those treaties. If older IIAs failed to impose obligations on foreign investors, they did not take the protection and promotion of Human Rights into consideration. Notably, key multilateral investment agreements[34] remained silent on this issue. Quite often, BITs have also omitted Human Rights.

If some BITs referred to Human Rights, they indirectly referred to Human Rights linked requirements when addressing the objectives of the treaty[35]. These Human Rights related provisions did not really create obligations that the parties could rely on[36]. The Norwegian Model BIT from

---

which was also a covered investment. To win his case against the host State, the foreign investor had to show that the discrimination he suffered from and/or the expropriation was decision emanating from the State. This is a short list of the arguments that could be put forward by the foreign investor.

31 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements", *in [Blog] Kluwer Arbitration Blog*, dated 1st August 2018, available from <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-States-and-new-generation-international-investment-agreements/> accessed on 19th June 2019.

32 Foreign investors and foreign investment have to meet certain conditions to benefit from the protection of the IIAs.

33 IIAs define what are the covered investments and covered investors; conditions are set forth in the treaties. Often the definition of the investment has been based up a broad definition leaving arbitral tribunals to consider if the investment in dispute did meet the requirements. The same would apply for the covered investors on the basis of nationality based upon the incorporation of the corporation, the headquarters location, and the control of the shares.

34 For instance the 1994 Energy Charter Treaty and the 1994 North American Fair Trade Agreement.

35 Some IIAs did refer to Human Rights (i.e. Germany 2008, France 2006, China 2003, India 2003, the United Kingdom 2005 and the United States 2004). See E.-U. PETERSMANN & V. KUBE, "Human Rights Law in International Investment Arbitration", *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy* 2016, vol. 11.

36 L. COTULA, "Rethinking investment treaties to advance Human Rights"; P. DUMBERRY & G. DUMAS AUBIN, "How to Incorporate Human Rights Obligations in Bilateral Investment Treaties?", *IISD*, *Investment Treaties News* March 2013, vol. 3, issue 3.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

2007 clearly stipulated that the State and foreign investors should commit "*to democracy, the rule of law, Human Rights and fundamental freedoms in accordance with their obligations under international law, including the principles set out in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights*[37]". Unfortunately, this preamble cannot create a substantive obligation *per se* and, as such, it merely served as an interpretative tool. Indeed, the preamble pertained to the scope and the objective of the treaty[38]. Even if this scope did influence the interpretation of the whole text, it failed to impose binding Human Rights obligations on foreign investors. Another reason why most modern and old IIAs failed to properly protect Human Rights is the participation deficit of the public sector and civil society. Contrary to other international treaty-making proceedings, NGO and civil society have rarely been involved in the negotiations of IIAs, if at all.

Governments position themselves as leaders and representatives of citizens. However, States focused more on protecting themselves or on offering generous protection to foreign investors rather than considering Human Rights issues when they negotiated older IIAs. Despite the fact that wording and implications might vary between treaties, BITs always include substantive rights protecting foreign investors against unfair, unequitable or discriminatory treatment and expropriation.

The conclusion of IIAs can cause a "*downward regulatory spiral*[39]" in the sense that the easier, more comprehensive and more unconstrained a treaty is, the more attractive it is for foreign direct investors. States want to try to attract foreign investment through such generous concessions, which can be made at the expense of other considerations, such as Human Rights. From a Human Rights perspective, the old generation IIAs largely needed to be enhanced[40]. A myriad of systemic concerns may provide an

---

37 Draft Version 191207 available from <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873>, last accessed 27 November 2018.

38 L. BERTIER, "La responsabilité des entreprises multinationales dans les traités bilatéraux d'investissement : des perspectives encourageantes ou un feu de paille ?", p. 147.

39 W. HORATIA MUIR, "The contested legitimacy of investment arbitration and the Human Rights ordeal", 2012 available from <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-00972976/document> last accessed on 16th June 2019 referring to Marc Jacob's *downward regulatory spiral*.

40 N. BERNASCONI-OSTERWALDER, "Rethinking Investment-Related Dispute Settlement", p. 6-8; *Improving international investment agreements* (ed. A. DE MAESTRAL & C. LEVESQUE).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

explanation as to the lack of protection for Human Rights in IIAs. One good example is given by the so called "*stabilization clause*". It is offering investors substantial help to avoid risks related to future changes in law. As such, the stabilization clause protects investors but has an impact on the host State's obligation to implement Human Rights due to its commitments. Claiming for stabilization clause protection, foreign investors can avoid new human, social and environmental laws compliance[41].

If they ignore one another, IIAs and Human Rights, it can by the way happen that they meet by chance.

B. International Investment Agreements and Human Rights: a fortuitous meeting

Foreign investors and especially multinationals have often been criticized for their lack of accountability for Human Rights violations. In addition, smaller poorer States – the largest recipients of foreign direct investments – were either unaware of the full extent of their rights or, more worryingly, were unwilling to enforce Human Rights compliance against powerful foreign investors. Often the need or the hope to receive substantial investments by foreign investor allowed States to forget about the protection of Human Rights even if States had international commitments arising from international treaties. States have an obligation to comply with their Human Rights obligations and ensure that they enforced those rights in their own jurisdiction.

States have three main responsibilities in relation to Human Rights: to respect, to protect and to fulfill Human Rights obligations[42]. The obligation

---

41 A. SCHEMBERG, *Stabilization clause and Human Rights*, *a research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, OECD Global Forum on International Investment, 27-28 March 2008, p. 10/39-40, <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf> last accessed on 16th June 2019.

42 Under international Law, States have to assume three main Human Rights' obligations. The first one is to respect. It means that the State does not interfere with enjoyment of Human Rights. The second one is to protect. It means the State has to react against Human Rights violations by others, individual or groups. The third one is to fulfill. It means the State has to take positive actions, political, legal, economical etc. to realize enjoyment and concrete implementation of Human Rights. See on this point <https://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx> last accessed on 15th July 2019.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

to protect results in the State's responsibility to ensure that its citizens are not deprived of their inherent rights due to State or others' inappropriate behaviors. In other words, the State has a responsibility to investigate Human Rights breaches of foreign investors and/or to ensure their compliance by third party through rigorous enforcement. The liability should be a strict one. In other words, the State has an obligation to enforce Human Rights and/or to ensure their enforcement by third parties. Under the UN *Guiding Principles on Business and Human Rights*, the core obligations of a State can be drawn in the so-called "*protect*, *respect and remedy*" framework raising three principles. The first one is "*State duty to protect against Human Rights abuses by third parties*, *including business*". The second is "*corporate responsibility to respect Human Rights*". And, the third one is "*access by affected people to an effective remedy*, *both judicial and non-judicial*[43]".

The Fair and Equitable Treatment clause (FET) aims to granting a minimum standard of treatment and stability to foreign investors. FET is often interpreted in accordance with international customary law. This clause is quite flexible and pragmatic, with provisions offering a large margin of appreciation to arbitrators[44]. As such, FET clauses could have provided a subtle way to promote and implement Human Rights in IIAs. Yet, the interpretation of FET provisions would not go beyond basic standards of good faith, vigilance, transparency or legitimate expectations. The emergence of investment disputes related to labour rights, public safety, environmental protection, or right to water, may trigger the interplay of an FET clause and Human Rights Law when governmental measures motivated by Human Rights apprehensions fail to meet the above-mentioned minimum requirements. In the *Piero Foresti* case[45], both investors

---

43 See on this point J. G. RUGGIE, "Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of Human Rights and transnational corporations and other business enterprises", A/HRC/8/5, 7 April 2008 <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-andmaterials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>, quote in D. RUTHERFORD, *States' Obligations Under Human Rights Conventions*, *the Implications for Government Sport Policy*, The Commonwealth Secretariat Publication, New Zealand, 2018, p. 10-11.

44 *Mondev International Ltd v United States of America* [2002] ICSID, ARB (AF)/99/2 (ICSID).

45 *Piero Foresti*, *Laura de Carli & Others v The Republic of South Africa* [2009] ICSID, ARB(AF)/07/01 (ICSID).This case dealt with an issue concerning the South African government's efforts as part of its Black Economic Empowerment (BEE) agenda in the mining industry to counter the inequality. According the Claimants, Piero Foresti,

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

claimed that the new South African legislation obliging quarry operators to hire previously discriminated South Africans was in violation of the relevant FET clause. Opponents to the IIAs and its framework, seen as only benefitting foreign investors, started to voice their concern and objected to the asymmetrical nature of IIAs. In their quest to counteract this unbalance, States have looked at various avenues. One of them is to incorporate local legislation into substantive operational parts of IIAs. Another avenue is to reduce the line between national and international law, which resulted in the integration of obligations, initially prevailing between foreign investors and governments only, to the broader scope of a State's duties under public international law. The "*new generation*" of IIAs, in general, has considered a new interest such as Human Rights.

States are trying to impose additional obligations on foreign investors trying to take advantage of BITs by ensuring that there is an additional trigger before the treaty protection becomes operational[46]. This trigger is loosely based on the equitable principle that foreign investors must behave responsibly and cannot profit from their own wrongdoing i.e. breaching domestic legislation of the host State. Foreign investors will have to comply with substantive obligations (including compliance with corporate social responsibility, environmental, sustainability, labour obligations) and conditions before they can benefit from the protections of the treaties (covered investment and covered investor). The real issue is whether incorporating substantive local legislation and novel

---

Laura de Carli & Others, the government efforts entailed an indirect expropriation. The Claimants claimed a breach of the FET clause in the BITs and seek compensation of 350 US$ million. The South African government withdrew the legislations backing the BEE efforts and settled the case with the foreign investors.

46 According to the UNCTAD as of January 2020, 14 new IIAs were signed in 2019, all of which are not yet in force. See UNCTAD website: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. 9 of these 14 IIAs contain preambular text or substantive provisions relevant for Human Rights including corporate social responsibility provisions; environmental and labour provisions, general exceptions provisions and provisions preserving regulatory autonomy. In some instances, explicit reference is not made to Human Rights, but the language used is as an interpretative matter nonetheless relevant for Human Rights. N. NICOLAS "Recent Clauses Pertaining to Environmental, Labor and Human Rights in Investment Agreements: Laudable Success or Disappointing Failure?", *Arbitration Blog Kluwer*, dated 23rd July 2019, last accessed on 8 May 2020 available from <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/23/recent-clauses-pertaining-to-environmental-labor-and-human-rights-in-investment-agreements-laudable-success-or-disappointing-failure/>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

obligations[47] into BITs is a fair proposition. Foreign investors have become immensely powerful and are non-States actors in their own right who can even be feared in their home countries and sometimes cause havoc abroad. Technology investors, pharmaceuticals (fondly known as Big Pharma) and companies who operate in the extractive industries are prime examples. By ensuring that these foreign investors cannot trigger BITs without behaving equitably and responsibly, host States will have a shield against the Human Rights breaches against their local communities. Some foreign investors have influential lobbying powers, which have given them the facilities to affect local legislation. Once the provision of a local legislation is wrapped up in a treaty, it is harder to change this provision. Even if at a local level, the non-States actors managed to do away with the legislation, which they think is unfavorable, it becomes harder to amend the treaties. In any event, the fact remains that States have an obligation that is hard to circumvent.

BITs have to be under compliance with *jus cogens* principle. Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaty reinforces these principles[48]. However, the principle of *jus cogens* is a catch-all term. Up to now, very few Human Rights can be considered, more likely widely accepted, under *jus cogens* protection such as prohibition of torture, slavery and genocide. By the way, it seems quite unlikely that IIAs could lead to torture or genocide.

Although rooted in two different worlds quite unlikely to meet and if so by chance, international investments and Human Rights will be encouraged if not forced to meet. Under this pressure, foreign investors will face growing expectations for Human Rights compliance.

II. International Investment Agreements and Human Rights: a forced marriage but a marriage of convenience

As IIAs and Human Rights are now interconnected (A) this encouraged interconnection remains under supervision (B).

---

47 Including compliance with corporate social responsibility, environmental, sustainability, labour obligations.

48 It reads as follows, "*A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

A. International Investment Agreements and Human Rights: an encouraged interconnection

The current societal focus on Human Rights has spread onto IIAs. A number of States are or have been moving towards the negotiation of legal instruments requiring the monitoring and regulation of business activities of foreign investors and their corporate responsibility with a focus on Human Rights[49]. With the "*new-generation*" of IIAs, foreign investors themselves are encouraged to comply with Human Rights even if investors are not directly bound to comply with Human Rights unless the treaty contains a substantive provision to that effect. IIAs may impose an obligation to foreign investors to comply with domestic laws, which in turn will include the compliance with Human Rights and civil liberties.

The incentive to comply with Human Rights can happen in various ways. First, the foreign investor shall comply with the obligations set forth by domestic laws of the host State in which it is operating. Thus, he must invest in accordance with those obligations[50]. Second, the foreign investor shall also comply with the obligations defined by the home State laws for specific extraterritorial situations[51]. This issue becomes increasingly complex when the investor is not a natural person (examples include companies, corporations and firms). As such, a question arises as to whether or not these investors can be declared liable for Human Rights violations. Moreover, this issue is typically not addressed nor taken into consideration by the treaty. However, it might be raised as it was in *Urbaser case*[52] though not enough

---

49 UNCTAD (2017), *Phase 2 Of IIA Reform: Modernizing The Existing Stock Of Old-generation Treaties*; UNCTAD (2011), *Interpretation of IIAs: What States Can Do*; UNCTAD (2015), *Investment Policy Framework for Sustainable Development; WIR13: Global Value Chains: Investment and Trade for Development; WIR15: World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*. UNCITRAL Meeting dated 30th July 2018 AC.9/WG.III/WP.148 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/051/60/PDF/V1805160.pdf?OpenElement>; UNCITRAL Working Parties Paper dated 5th September 2018 AC.9/WG.III/WP.149 <http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/WGIII-36th-session/149_main_paper_7_September_DRAFT.pdf>.

50 Investors will have to comply with tax law, labour laws, and environmental regulations for instance.

51 E. De BRABANDERE, "Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", 8th October 2018, Grotius Centre Working Paper n° 2018/078-IEL; *Revue Belge de Droit International* 2018, Forthcoming; Leiden Law School Research Paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3264167> last accessed on 10 May 2019.

52 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case n° ARB/07/26 - Award dated 8th December 2016 available from <https://www.italaw.com/cases/1144>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

to justify the finding of the investor's liability. The *Burlington* award[53] did raise the issue of the investor's liability in relation to HR. Both cases are interesting examples. They show the limits to the lack of accountability of corporations.

Let us look at a few examples of "*new generation*" IIAs: the 2012 South-African Development Community[54] (SADC Model BIT), the 2016 draft Pan-African Investment Code[55] (the draft PAI Code), the 2016 Morocco-Nigeria BIT[56] and the 2019 Netherlands Model Investment Agreement (the Dutch Model BIT)[57]. These are notable examples[58] where host States do require foreign investors to comply with Human-Rights-related obligations. Ecuador recently announced 2018 Model BIT (the Ecuador Model BIT[59]), which will also pertain to Human-Rights-related obligations[60]. Those

---

53 *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case n° ARB/08/5 Award of 7th February 2017 available from <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8208_0.pdf>, last accessed on 18th July 2019.

54 2012 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary available from <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>, last accessed on 19th June 2019.

55 The 2016 draft Pan-African Investment Code is available from <https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf>, last accessed on 19th June 2019.

56 The 2016 Morocco-Nigeria BIT is available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3711/morocco---nigeria-bit-2016->, last accessed on 19th June 2019.

57 The 2019 Netherlands Model Agreement represents an interesting approach to reflecting Human Rights considerations. It refers to or incorporates various other international treaties including the G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking (Article 3(3)), the Paris Agreement, the fundamental ILO Conventions, and the Universal Declaration of Human Rights (Article 6(6)), as well as international standards on corporate social responsibility, including the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and Recommendation CM/REC(206) (Articles 7(2), (5)). It is available from: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>, last accessed on 7th May 2020.

58 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

59 J. JARAMILLO, *New Model BIT proposed by Ecuador: Is the Cure Worse than the Disease?*, Kluwer Arbitration Blog, dated 1st August 2018, available from: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/20/new-model-bit-proposed-ecuador-cure-worse-disease/>, last accessed on 19th June 2019.

60 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

obligations can cover Human Rights *per se*, but also environment management standards[61] or environment protection, core labour standards[62], corruption, etc. Some argue that those are "*direct and binding Human Rights obligations*", which the companies will have to comply with[63]. However, it remains to be seen how host States will enforce those provisions in practice particularly in circumventing international investment disputes and how arbitrators will construe those Human-Rights-related obligations.

Article 20(1) of the draft PAI Code, by way of example, requires that "*investors shall adhere to socio-political obligations including, but not exclusively... (a) respect for socio-cultural values; ...and (e) Respect for labour rights*". Article 20(3) of the draft PAI Code clarifies that investors shall "*refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means*". Moreover, Article 24 of the draft PAI Code, which is entitled "*Business ethics and Human Rights*", outlines principles that "*govern compliance by investors with business ethics and Human Rights*", which include "*supporting and respecting the protection of internationally recognised Human Rights*". Said Article 24 indicates that investors shall "*ensure that they are not complicit in Human Rights abuses*". It will be interesting to see how investors will prove in practice that they did so.

Expanding further on this issue, the SADC Model BIT and the Morocco-Nigeria BIT impose a direct obligation on investors to respect Human Rights "*in general*[64]". Specifically, Article 15(1) of the SADC Model BIT States that investors have a "*duty to respect Human Rights*" and that "*[i]nvestors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such Human Rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the [sic] Human Rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife*". IISD took the view that this second sentence creates an obligation on

61 ISO 14000 environment management standards are tools for companies and organizations that aim at managing their environmental responsibilities. <https://www.iso.org/iso-14001-environmental-management.html>, last accessed on 19th June 2019.

62 Core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998 available from <https://www.ilo.org/declaration/lang--en/index.htm>.

63 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

64 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

corporations[65]. The authors believe that this statement could be premature. Pursuant to that clause, corporations "*shall not undertake*" or shall not "*cause*" acts that breach Human Rights. Does this mean that the host State will refuse to grant protection to covered investment or covered investor if they do not comply? This will of course depend on the negotiations with the other States since we are dealing with a model BIT. Similarly, Article 18(2) of the Morocco-Nigeria BIT requires investors to "*uphold Human Rights in the host State*" as part of their post establishment obligation[66]. Said obligations relate to "*good practice requirements*" in relation to the size and nature of the investment, a "*current certification to ISO 14001 or an equivalent environmental management standard*[67]" and "*an environmental management system*".

Both SADC Model BIT and the Morocco-Nigeria BIT specify that investors must not "*manage or operate investments in a manner inconsistent with the international environmental, labour, and Human Rights obligations binding on the home State and/or host State*[68]". The SADC Model BIT requires that investors ensure that their practices are consistent with the Human Rights obligations of the host State or their home State (i.e. as agreed in relevant Human Rights treaties), regardless of whether those obligations have been incorporated into domestic law[69]. Both the SADC Model BIT and Morocco-Nigeria BIT establish minimum standards. Both texts clarify that investors need to accord with "*core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998*[70]". Additionally, foreign

65 2012 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary available from <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>, last accessed on 19th June 2019, p. 36.

66 The 2016 Morocco-Nigeria BIT signed but not yet in force. It is available from <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/153/nigeria>, last accessed on 5th May 2020.

67 Specifically for companies in areas of resource exploitation and high-risk industrial enterprises.

68 Article 15(3) of the SADC Model BIT and Article 18(4) of the Morocco-Nigeria BIT.

69 2012 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary available from <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>, last accessed on 19th June 2019, p. 36.

70 Article 15(2) of the SADC Model BIT and Article 18(3) of the Morocco-Nigeria BIT. In Article 15 of the Morocco-Nigeria BIT, both States reaffirmed their commitments arising from the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up. They also confirmed that they will not "*encourage investment by relaxing domestic labour, public health or safety*". This is obviously not creating obligations to investors; however, it shows that host States will approach foreign investment with that prism.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

investors must manage their investment in a way that is not "*inconsistent with the international environmental, labour, and Human Rights obligations binding on the home State and/or host State*[71]". Under the 2019 Dutch Model BIT, both foreign investors and States must account for the wider impact of any projected investments, and take account of negative externalities which investments may bring before, during and after investing[72]. Equally, an arbitral tribunal, when deciding on the amount of the compensation for the foreign investor, is expected to take into account non-compliance by the investor with its commitments under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights[73].

It is also interesting to note that these above examples all fit in a global framework aiming at regulating IIAs and BITs for better compliance with Human Rights minimum standards. If we considered the Guiding Principles on Business and Human Rights, we can make the following observations:

> "*all States have a duty to protect everyone within their jurisdiction from Human Rights abuses committed by companies*"; second the corporate responsibility aims at protecting Human Rights: "*companies have a responsibility to protect Human Rights (…) this responsibility exists independently of whether States fulfills their obligations*" and third access to remedy: "*when abuses occur, victims must have access to effective remedy, through judicial and non judicial grievance mechanisms*[74]".

Considering also specific interrogation of how to integrate Human Rights into contract negotiations, we can identify 10 principles[75] and if we focus on principles 2, 8, 9 we would particularly highlight respectively:

---

71 Article 15(3) of the SADC Model BIT, Article 18(4) of Morocco-Nigeria BIT and Article 6 of the 2019 Netherlands Model Investment Agreement.

72 Article 7(3) 2019 Dutch Model BIT outlines this by imposing a duty on the investor to consider the wider impact of the projected investment.

73 Article 23 of the 2019 Netherlands Model Investment Agreement.

74 See *Guiding principles on business and Human Rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, United Nations publication, 2011, endorsed by the Human Rights Council, Resolution 17/4 of 16 June 2011. See also *Frequently Asked Questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights*, United Nations Publication, 2014, p. 7.

75 Preparing and planning, Managing potential adverse Human Rights impact, Project operating standards, Stabilization clauses, "*Additional goods or service provision*", physical security for the project, community engagement, Project monitoring and compliance, Grievance mechanism for harm to third parties, Transparency/Disclosure of contract terms. For details, see *Principles for responsible contracts. Integrating the management of Human Rights risks into investor contract negotiations. Guidance for negotiators*, United Nations Publication, 2015, p. 8-35.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

> "*Responsibilities for preventing and mitigating Human Rights risks associated with the project*", State ability to "*(…) monitor the project's compliance with relevant standards to protect Human Rights*" and possibility for "*Individuals and communities that are affected by activities (…) [to] have access to an effective non-judicial grievance mechanism*[76]".

Those principles fall under so-called *soft law*. They are not binding. They are therefore subjected to the contractors' goodwill to take them into consideration and comply with them. Nonetheless, they relate to State's obligations to protect Human Rights. Those Guidelines are tools ensuring the implementation of the State's obligation. They can be seen as relevant criteria with a view to assessing the compliance of IIAs with Human Rights standards.

Whatsoever, if one is expecting IIAs to take Human Rights into consideration it requires a frame to supervise and encourage this unlikely unification to be effective.

B. International Investment Agreements and Human Rights: a supervised unification

From a general new trend, we can say that some "*new generation*" IIAs try to create Human-Rights-related obligations on the investors. This is a significant progress towards the reduction of the imbalance between investor and State's obligations in traditional IIAs[77]. However, those texts are not all signed or have not yet entered into force. This is the first hurdle[78]. Other issues do remain. Another hurdle will lie in the drafting of the clauses. Ultimately, the impact of IIAs will depend on the drafting and the design of those treaties together with the "*capacity of national and subnational entities to effectively implement the treaty*[79]". Most of the instruments do not allow the host States to initiate claims[80]. Some instruments give the right to hosts States to file counterclaim whereby they can allege the investor's non-compliance

---

76 *Principles for responsible contracts. Integrating the management of Human Rights risks into investor contract negotiations. Guidance for negotiators*, p. 10 & s.; p. 27 & s. and p. 28 & s.

77 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

78 The 2016 Morocco-Nigeria BIT was signed but is not yet in force. Its text is available from <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>, last accessed on 19th June 2019.

79 *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Regime: An Action Menu – Chapter IV*, p. 125 – 126.

80 Article 27 of the Morocco-Nigeria BIT and Article 29(4) of the SADC Model BIT.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

of its obligations in the "*form of a positive Human Rights counterclaim all three of these IIAs*[81]". Both the SADC Model BIT and the draft PAI Code provide for this expressly[82] but do not provide details on how those should be met[83]. If investors' Human-Rights-related obligations are drafted very broadly and if IIAs refer to Human Rights obligations binding on States rather than investors, this will certainly lead to difficulties in establishing their interpretation. Ultimately, all of this is speculation. Most of those new generation treaties have been signed and most are not yet in force[84]. Some argue that if these new generation treaties are not directly applicable in the law of the relevant State parties, then a question also arises as to "*whether the obligations imposed by them can be considered binding on investors*[85]" at all. This is the crux of the problem. Unless the treaty clearly confirms that foreign investors have Human Rights related obligations, States will encounter difficulties in trying to enforce them in practice.

A final issue relates to the remedies available for a host State in case of foreign investor's violations. Individuals are the ultimate beneficiaries of Human Rights. They suffer losses, as a result, of Human Rights breaches[86]. The State will have to "*establish a right to claim damages from an investor on behalf of its citizens, or otherwise demonstrate how the violation by an investor of its obligations has caused the State itself to suffer losses*[87]". This looks pretty difficult if not "*insurmountable*[88]". This is not the end of it! The next difficulty will

---

81 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

82 Articles 19(1)-(2), 29(9) of the SADC Model BIT and Article 43 of the draft PAI Code.

83 When filing the counterclaim, the host State shall ensure that it is clearly connected with the main dispute. If an investor submits a claim under the ICSID or UNCITRAL Rules, both of which contemplate host State counterclaims (Article 46 of the ICSID Rules and Article 21(3) of the UNCITRAL Rules). Article 46 of the ICSID Convention requires that counterclaims directly arise out of the "*subject-matter of the dispute*". An example of a successful counterclaim filed by a host State is the *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case n°. ARB/08/6.

84 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

85 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

86 A polluted environment is a good example of this.

87 N. BRIERCLIFFE & O. OWCZAREK, "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements".

88 *Ibid.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

be the quantification of the losses. This will certainly bring some interesting discussion in practice.

Wiwa v. Shell is a landmark case for the foreign investors' accountability for Human Rights violations. The Nigerian armed forces did give support to Shell in dealing with the *Ogoni* People's uprising against Shell's oil pollution. They used brutal and deadly repression when the *Ogoni* People rose against the oil company following a serious environmental pollution that caused massive population displacement. After many years of litigation, the parties reached a settlement of $15.5 million[89]. One can draw the conclusion that the pressure is mainly on multinationals so that they appear to be "*good student*" (i.e. companies that are well behaved). The underlying idea here is that multinationals will do their utmost to safeguard their reputation. They might start complying with Human Rights so that they are seen as compliant and their reputation is protected.

Can Human Rights be indirectly or directly raised in investment disputes? Yes. Arbitral tribunals may have to decide on Human Rights issues if referred to, directly or indirectly, in investment disputes. In the *Urbaser case*[90], the arbitrators accepted jurisdiction over the Argentina's counterclaim based on Human Rights. The arbitrators confirmed that the right to water was a Human Right under international law. Even if the *Urbaser* award was the first award to provide an in-depth discussion on counterclaim of the host State. The arbitral tribunal did not go as far as to recognize that Human Rights obligations are directly applicable to foreign investors. It accepted jurisdiction pursuant to the broad drafting of Article X of the Spain – Argentina BIT[91]. Then, it rejected the argument that "*corporations are by*

---

89 I. WUERTH, "*Wiwa v. Shell* : The $15.5 Million Settlement", *American Society of International Law* 2009, vol. 13, issue 14, available from <https://www.asil.org/insights/volume/13/issue/14/wiwa-v-shell-155-million-settlement>, last accessed on 18th July 2019. For the case itself, see Court Order Denying Motion to Dismiss, United-States District Court, Southern District of New York, Case 1: 96-cv-08386-KMW-HBP, Document 382, available from <https://earthrights.org/wp-content/uploads/legal/Wiwa-order-denying-motion-to-dismiss.pdf >, last accessed on 18th July 2019.

90 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case n° ARB/07/26 - Award dated 8th December 2016

91 The arbitral tribunal examined the wording of the dispute settlement clause of the Spain–Argentina BIT. Article X(1), read as follows "*[d]isputes arising between a Party and an investor of the other Party in connection with investments within the meaning of this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute*". The arbitral tribunal felt that said provision was neutral as to the identity of the claimant or respondent in a dispute arising between the parties (para. 1143). As both parties

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

nature not able to be subjects of international law" and therefore "*not capable of holding obligations as if they would be participants in the State-to-State relations governed by international law*[92]". The arbitrators considered that even if this approach was acceptable in the past "*it has lost its impact and relevance in similar terms and conditions as this applies to individuals*[93]".

The arbitrators considered then the MFN clause contained in Article VII of the BIT pursuant to which the Contracting States accepted at least one hypothesis where investors are entitled to invoke rights resulting from international law. The arbitrators found that if the BIT is not based "*on a corporation's incapacity of holding rights under international law*, *it cannot be admitted that it would reject by necessity any idea that a foreign investor company could not be subject to international law obligations*[94]". The arbitrators went on to examine whether or not non-State entities have international law obligations. They noted that international law recognizes "*corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies*[95]" investing in foreign countries. It focused on "*contextualizing a corporation's specific activities as they relate to the Human Right at issue*[96]" with a view to deciding if the non-State individual has any international law obligations. The arbitrators examined various

---

were entitled to lodge a claim, the arbitral tribunal decided that it would be unfair that the one acting first could prevent the other from raising a claim (para. 1144). The tribunal found that the Claimants' consent given on the basis of Article X of the BIT, which they invoked, covered any disputes in connection with the investment and could not be restricted to the claims of the claimants. It accepted that the Respondent's filed counterclaim in time even though this occurred many years after the claimants had given notice of the dispute to the respondent (para. 1150). The arbitral tribunal found that there was a direct connection between the claimants' claim under the BIT and the counterclaim (para. 1151). Argentina's counterclaim was not based solely on domestic law. Argentina argued that the claimants' failure to provide the necessary investment caused a violation of the fundamental right for access of water, "*which was the very purpose of the investment agreed upon in the Regulatory Framework and the Concession Contract and embodied in the protection scheme of the BIT*" (para. 1151). See S. SCHACHERER, "Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case n° ARB/07/26", 18th October 2018, available from <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/urbaser-v-argentina/>.

92 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia*, *Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case n° ARB/07/26, Para. 1194.

93 *Ibid*., Para. 1194.

94 *Ibid.*

95 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia*, *Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case n° ARB/07/26, Para. 1195.

96 *Ibid.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

international conventions. They noted that these instruments address Human Rights and that they "*are or can be associated*" with the right to water[97]. The arbitral tribunal concluded that:

> "*It is not disputed that the Human Right to water and sanitation is recognized today as part of Human Rights and that this right has as its corresponding obligation the duty of States to provide all persons living under their jurisdiction with safe and clean drinking water and sewage services*[98]".

Despite this finding, the arbitral tribunal did not go as far as to say that corporations have legal obligation arising out of international law[99]. The arbitral tribunal said that:

> "*The Human Right to water entails an obligation of compliance on the part of the State, but it does not contain an obligation for performance on part of any company providing the contractually required service. Such obligation would have to be distinct from the State's responsibility to serve its population with drinking water and sewage services*[100]".

But the arbitral tribunal recognized that:

> "*the investor's obligation to ensure the population's access to water is not based on international law. This obligation is framed by the legal and regulatory environment under which the investor is admitted to operate on the basis of the BIT and the host State's laws*[101]".

It is worth pointing out that the arbitral tribunal could not go as far as to say that international Human Rights instruments created obligations for the investor[102]. Thus, the only way to do so is for States to impose direct obligations on investors through explicit language in the BIT or international instruments[103]. Certain States have embraced this approach. The arbitrators held that:

---

97 *Urbaser S.A. Case*, and see S. SCHACHERER, "Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case n° ARB/07/26".

98 *Ibid*., Para. 1205.

99 *Ibid*., Para. 1206.

100 *Ibid*., Para. 1208.

101 *Ibid.*, Para.1209.

102 S. SCHACHERER, *International Investment Law & Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, The International Institute for Sustainable Development, 2018, p. 26, available from <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>, last accessed on 18th July 2019.

103 *Ibid.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

> "*While it is thus correct to State that the State's obligation is based on its obligation to enforce the Human Right to water of all individuals under its jurisdiction, this is not the case for the investors who pursue, it is true, the same goal, but on the basis of the Concession and not under an obligation derived from the Human Right to water. Indeed, the enforcement of the Human Right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services. In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required. In such a case, the investor's obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law. The situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating Human Rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties. This is not a matter for concern in the instant case*[104]".

Interestingly, the arbitral tribunal highlighted that, "*in the light of recent developments in international law, it could no longer be admitted that companies operating internationally would be immune from becoming subjects of international law*[105]".

Again, if States want to impose obligations on foreign investors, they will have to ensure that their treaties impose direct obligations before investors can benefit from the protection for their covered investments. IIAs must be explicit and States must draft them to that effect. Yes, it requires significant work for States but in the long run States will be able to reduce the investors' opportunity to file claims. For the *Urbaser* tribunal, corporations are no longer immune from becoming subjects of international law even if it found that there was no international law basis for the investor's positive obligation on the right to water.

In *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*[106], the arbitral tribunal held the investor liable. Ecuador filed an environmental counterclaim[107] in which it argued the claimant's activities resulted in significant environmental

---

104 *Urbaser* S.A. Case, Para. 1210.

105 *Ibid.*, Para. 1195.

106 *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case n° ARB/08/5 Award of 7th February 2017 available from <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8208_0.pdf>, last accessed on 18th July 2019.

107 The environmental counterclaim included several factual settings (soil contamination, mud pits, groundwater and well site abandonment). See S. SCHACHERER, *International Investment Law & Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, p. 22.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

damage. Both parties entered into an agreement in May 2011 in which they explicitly stated their consent to jurisdiction over the counterclaims of Ecuador. The arbitral tribunal made a site visit and reviewed each site with a view to determining the remediation costs and the compensation due by the investor. The arbitrators set up their own guidelines to assess land use[108]. They decided that the Ecuadorian law was a fault-based liability pursuant to which operators can escape liability when proving that they acted with due diligenc[109]. They decided that once Ecuador proved environmental damage, Burlington could only escape liability if it shows that *force majeure*, Ecuador, or a third party caused the environmental harm[110]. The arbitral tribunal decided that the foreign investor was liable towards Ecuador for the costs of restoring the environment in areas within Blocks 7 and 21 in the amount of US dollars 39,199,373 with simple interests for environmental remediation[111], which was only a fraction of the US dollars 2.8 billion claimed by the host State.

One can say that under new international dynamic a clear trend for high standard of Human Rights protection by all the actors of international relations entails not only States but also foreign investors and multinationals for better compliance with Human Rights requirements. Within this perspective, it becomes more difficult for IIAs to ignore Human Rights any longer. It seems indeed, as illustrated by recent BIT-models or some arbitral awards[112], that there is a growing pressure on foreign investors to invest while doing so in compliance with these Human Rights obligations. This "*forced marriage*" is in fact still under foreign investors' good will as no direct legal obligation yet exists on them. Nonetheless, it appears to be a "*marriage of convenience*" for foreign investors as it might allow them to avoid further claims. It is still too early to consider Human Rights accountability on foreign investors if ever, but we can clearly point out a general trend to which it will be more and more difficult for foreign investors and multinationals to escape.

A small step, still not a great step for Mankind but for sure a step forward and toward better compliance with Human Rights requirements and therefore respect of Human Dignity.

---

108 *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case n° ARB/08/5, Para. 343, Decision on counterclaims dated 7th February 2017.

109 *Ibid.*, Para. 236.

110 *Ibid.*, Para. 93.

111 *Ibid.*, Para. 1099.

112 See the *Urbaser* case, the *Burlington* case and the *Aven v Costa Rica* case to quote a few.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHY

BERNASCONI-OSTERWALDER N., "Rethinking Investment-Related Dispute Settlement", *IISD*, *Investment Treaties News*, issue 2, vol. 6, May 2015, p. 6–8.

BERTIER L., "La responsabilité des entreprises multinationales dans les traités bilatéraux d'investissement : des perspectives encourageantes ou un feu de paille ?", *L'Observateur des Nations Unies* 2017, 2, vol. 43, p. 1-32.

BRIERCLIFFE N. & OWCZAREK O., "Human-rights-based Claims by States and 'New-Generation' International Investment Agreements", *in [Blog] Kluwer Arbitration Blog*, dated 1st August 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-States-and-new-generation-international-investment-agreements/>.

COTULA L., "Rethinking investment treaties to advance Human Rights", *in IIED Briefing*, September 2016, <https://pubs.iied.org/pdfs/17376IIED.pdf>.

CRUDEN J. C., O'ROURKE S. & HIMMELHOCH S. D., "The Deepwater Horizon Oil Spill Litigation: Proof of Concept for the Manual for Complex Litigation and the 2015 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure", 6 *Mich. J. Envtl. & Admin. L.* 2016, vol. 6, 1, p. 89, <https://repository.law.umich.edu/mjeal/vol6/iss1/3 >.

D. RUTHERFORD, *States' Obligations Under Human Rights Conventions*, *the Implications for Government Sport Policy*, The Commonwealth Secretariat Publication, New Zealand, 2018, p. 10-11.

DE BRABANDERE E., "Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", 8th October 2018, Grotius Centre Working Paper n° 2018/078-IEL; *Revue Belge de Droit International* 2018, Forthcoming; Leiden Law School Research Paper, <https://ssrn.com/abstract=3264167>.

DE ZAYAS A., "Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order", 5 August 2015, *A/70/285*.

DIPLA H., *La responsabilité de l'État pour violation des Droits de l'Homme*, Pedone, 1994.

DUMBERRY P. & DUMAS AUBIN G., "How to Incorporate Human Rights Obligations in Bilateral Investment Treaties?", *IISD*, *Investment Treaties News* March 2013, vol. 3, issue 3.

DUMBERRY P., "Corporate investors' international legal personality and their accountability for Human Rights violations", *in Improving international investment agreements* (ed. A. DE MAESTRAL & C. LEVESQUE), Routledge Taylor & Francis Group edition, 2013, p. 179.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

El BOUDOUHI S., "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI* 2005, vol. 51, p. 542-563.

FABRE-MAGNAN M., "La dignité en Droit : un axiome", *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 2007, 1, vol. 58, p. 1 - 30.

FRENCH R., "ISDS: litigating the judiciary, Arbitration 2015", Chartered Institute of Arbitrators Centenary Conference Speech of 21st March 2015 given in Hong Kong accessed on 7th May 2020, <https://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj21mar15.pdf>.

Frequently Asked Questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights, United Nations Publication, 2014.

Guiding principles on business and Human Rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, United Nations publication, 2011.

HAMMAMOUM S., "Droits de l'homme et conditionnalité de l'aide dans les accords de coopération de l'Union européenne : quelle logique juridique ?", *Revue Générale de Droit* 2010, 40 (1), p. 145-178, <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2010-v40-n1-rgd01548/1026994ar.pdf,>.

HORATIA MUIR W., "The contested legitimacy of investment arbitration and the Human Rights ordeal", 2012 , <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-00972976/document>.

JARAMILLO J., *New Model BIT proposed by Ecuador: Is the Cure Worse than the Disease?*, Kluwer Arbitration Blog, dated 1st August 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/20/new-model-bit-proposed-ecuador-cure-worse-disease/>.

KANT E., *Fondation de la métaphysique des mœurs* (1785), Flammarion, 1994, p. 108.

KERDOUN A., "Le droit au développement en tant que droit de l'homme : portée et limites", *Revue Québécoise de droit international* 2004, vol. 17-1, p. 73 - 96.

LOCHAK D., "Les droits de l'homme dans les accords d'association et de coopération conclus par l'Union européenne", *in* M. BENLOLO-CARABOT *et al.*, *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Éditions A. Pedone, 2012, p. 539-549, <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01647385/document>.

MAZZESCHI R. P., "Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux Droits de l'Homme", *in Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, vol. 333, Brill Nijhoff, Lieden/Boston, 2008.

NICOLAS N. "Recent Clauses Pertaining to Environmental, Labor and Human Rights in Investment Agreements: Laudable Success or Disappointing Failure?", *Arbitration Blog Kluwer*, dated 23rd July 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/23/recent-clauses-pertaining-to-

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

environmental-labor-and-human-rights-in-investment-agreements-laudable-success-or-disappointing-failure/>.

PETERSMANN E.-U. and KUBE V., "Human Rights Law in International Investment Arbitration", *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy* 2016, vol. 11.

Principes pour des contrats responsables. Intégrer la gestion des risques pour les droits de l'Homme dans les négociations contractuelles entre Etats et investisseurs, United Nations Publications, Geneva, 2015, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_FR.pdf>.

Principles for responsible contracts. Integrating the management of Human Rights risks into investor contract negotiations. Guidance for negotiators, United Nations Publication, 2015.

Questions courantes sur les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux Droits de l'Homme, United Nations Publications, Geneva, 2014, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBussinessHR_FR.pdf>.

RUGGIE J. G., "Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of Human Rights and transnational corporations and other business enterprises", A/HRC/8/5, 7 April 2008, <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-andmaterials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.

SCHACHERER S., "Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case n° ARB/07/26", 18th October 2018, <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/urbaser-v-argentina/>.

SCHACHERER S., *International Investment Law & Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, The International Institute for Sustainable Development, 2018, p. 26, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>.

SCHEMBERG A., *Stabilization clause and Human Rights, a research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, OECD Global Forum on International Investment, 27-28 March 2008, p. 10/39-40, <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf>.

UN High Commissioner for Human Rights, "Human Rights, Trade and Investment", 2 July 2003, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/.

World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Regime: An Action Menu – Chapter IV, New York and Geneva, United Nations.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

WUERTH I., "*Wiwa v. Shell* : The 15.5$ Million Settlement", *American Society of International Law* 2009, vol. 13, issue 14, <https://www.asil.org/insights/volume/13/issue/14/wiwa-v-shell-155-million-settlement>.

2016 Morocco-Nigeria BIT, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3711/morocco---nigeria-bit-2016->.

2019 Netherlands Model Agreement, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>, last accessed on 7th May 2020

2012 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template, <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>, last accessed on 19th June 2019, p. 36.

French Constitutional Council, "*Bioethics laws*" decision, n° 94-343/344 DC of 27 July 1994.

European Court of Human Rights, *C.R v. United Kingdom*, 22 November 1995, Case n° 20190/92.

European Court on Human Rights, *Selmouni v. France*, 28 July 1999, summons n° 25803/94.

European Court on Human Rights, *Mangouras v. Spain*, 28 September 2010, summons n° 12050/04.

Aven & Others v Republic of Costa Rica, ICSID, Case No UNCT/15/3.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID, Case n° ARB/08/5 Award of 7th February 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8208_0.pdf>.

Mondev International Ltd v United States of America, [2002] ICSID, ARB (AF)/2/99 (ICSID).

Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID, Case n°. ARB/08/6.

Piero Foresti, Laura de Carli & Others v The Republic of South Africa, [2009] ICSID, ARB(AF)/01/07 (ICSID).

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID, Case n° ARB/07/26 - Award dated 8th December 2016.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Le travail décent, une mise à l'épreuve concrète du principe de dignité au sein de l'OIT / Decent Work, a Concrete Test of the Principle of Dignity Within the ILO

***Geneviève Iacono**, MCF HDR, Université Lyon 2*

Abstract

Decent work, as a concrete and contextualised expression of the principle of dignity, was highlighted as a major principle for the renewal of the International Labour Organisation (ILO) in 1999. This programme-based approach has contributed to giving new dynamism to the ILO by favouring international consensus on clear objectives such as the fight against modern slavery and discrimination. However, although progress has been achieved, the task to actually render possible decent work is still proving immense. How will ILO be able to handle the great transformations in work relationships that are due to changes in climate, technology, and currently, health? Is this the challenge that this organisation has to face in celebrating its centenary?

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

> « *Tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales* », Déclaration de Philadelphie, 1944.

« *Pas de paix sans justice* », tel est le fondement des organisations internationales qui ont vu le jour après le premier conflit mondial, puis dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies. Comment fortifier la paix ? Comment organiser un système de droit juste pour l'ensemble des peuples du monde, tel est le défi constant qu'a tenté de relever l'OIT (Organisation Internationale du Travail) depuis sa création. Les anniversaires sont souvent l'occasion de faire un « *parcours de reconnaissance* » sur le passé et de se projeter dans l'avenir[1]. 100 ans pour une organisation internationale, c'est une durée de vie jamais égalée dans l'histoire de la communauté internationale. Une longue vie ponctuée par trois dates emblématiques – 1919, 1999, 2019 – qui chacune marque une étape dans la formalisation du travail décent.

Cette intuition a inspiré notre réflexion consacrée au travail décent, en tant que mise à l'épreuve concrète du principe de dignité. Cependant, faire la distinction entre décence et dignité pour comprendre en quoi et pourquoi la notion de décence peut permettre de rendre effective la dignité est un exercice subtil tant sont proches les deux notions. Alors que la notion de dignité renvoie à un état de l'être humain dans ce qu'il a d'irréductible, de non négociable, d'intemporel et d'universel, la notion de décence est beaucoup plus contextualisée dans le temps et dans l'espace. Si l'on peut considérer que la dignité s'inscrit dans un état qui constitue l'essence de l'humanité, la décence est un devenir qui conditionne son existence concrète[2].

C'est au regard de cette nuance fondamentale qu'il est possible de comprendre l'esprit qui a animé la Déclaration de Philadelphie et les différentes étapes qui ont ponctué l'agenda du travail décent (I), ainsi que les nouveaux défis qui se posent à la communauté internationale à l'heure où l'on fête le centenaire de l'OIT (II).

---

1 P. RICOEUR, *Parcours de la Reconnaissance*, Stock, 2004.

2 *Le Travail décent* (dir. D. PECCOUD), BIT, 2001. « *Nous avons préféré le terme de décence à celui de dignité. Non pas parce que nous nions la dignité mais parce que nous voulons essayer de proposer des conventions internationales qui ne s'imposent pas comme telles à tout le monde de la même façon. Le propre de la décence c'est la manière dont la dignité humaine est reconnue dans une société à un moment donné* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

I. L'agenda du travail décent : une démarche novatrice, programmatique et pédagogique initiée par l'OIT

A. Quelques repères historiques

Avant de rentrer dans le vif du sujet pour faire état de la contribution de cette honorable organisation internationale à l'édification d'un système normatif très détaillé, un détour par l'histoire est nécessaire pour comprendre les grandes mutations économiques et sociales qui ont affecté le monde du travail depuis la première révolution industrielle. Alors qu'au 19e siècle, la répression fait rage contre les révoltes ouvrières, en France, aux États-Unis et en Angleterre, des personnalités du monde économique et littéraire amorcent la lente prise de conscience sur les conditions de vie inhumaines et dégradantes des ouvriers du textile ou des mines du Nord et de Lorraine. En effet, l'accélération de la révolution industrielle et dans son sillage, les premières grandes manifestations de l'exode rural, précipitent la classe ouvrière dans la misère.

La grande saga romanesque des Rougon-Macquart d'Émile Zola, celle de Victor Hugo avec les Misérables, les écrits d'intellectuels comme Frédéric Ozanam vont dénoncer les conséquences des grandes mutations économiques et sociales sur la classe ouvrière de la société européenne au XIXe siècle. Les travaux de Julie-Victoire Daubié, première lauréate du baccalauréat en 1861 en France, illustrent le combat de cette femme engagée qui n'aura de cesse de pointer les conditions de vie et de travail très dégradées des femmes ouvrières de son époque. Les contributions de Marx, puis celles des différents théoriciens du socialisme utopique joueront évidement un rôle décisif dans le processus de formalisation du système normatif encadrant l'organisation du travail.

La traduction concrète des premières avancées sociales va se manifester avec la naissance du syndicalisme, l'institution de la mutualité et l'adoption des premières lois sociales comme celles interdisant le travail des enfants[3], le travail de nuit des femmes[4] ou la loi sur les accidents du travail[5].

---

3 Loi du 21 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers imposant un âge minimum de 8 ans pour les entreprises de plus de 20 employés et limitant le travail de nuit et du dimanche.

4 Loi du 2 novembre 1892.

5 Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, *Bulletin de l'Inspection du travail*, n° 2, 1898.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Le rôle des Églises ne peut non plus être négligé. Si la Réforme protestante avait joué un rôle essentiel dans le processus de construction d'une nouvelle représentation du travail, c'est sans aucun doute l'encyclique *Rerum Novarum* publiée par le Pape Léon XIII en 1891 qui a marqué une étape décisive dans l'émergence du principe de dignité dans le monde du travail[6]. La promotion d'un salaire juste permettant de vivre dignement de son travail et non de demeurer dans une situation de soumission proche de la notion d'esclavage sera désormais portée par le courant très important des chrétiens sociaux à la charnière des deux siècles.

La guerre de 1914-1918 opère une immense rupture aussi bien dans les conditions de vie que dans le système de représentation des enjeux économiques et sociaux. Le Traité de Versailles, signé avec les vainqueurs de la guerre, en 1919, pose, dans sa partie XIII, les fondations de la première grande organisation internationale intergouvernementale, l'OIT. Située à Genève, cette nouvelle institution qui prend place dans le paysage international est en réalité le fruit d'une lente gestation, qui de conférences en rencontres diplomatiques plus informelles, tentait d'élaborer un cadre juridique pour lutter contre le dumping social[7]. Ce n'est finalement qu'en 1919 que les engagements formels deviendront plus effectifs avec l'adoption de la charte constitutive de l'OIT.

B. La charte constitutive de l'OIT de 1919 : un texte original, innovant mais objet de grands débats

La charte de l'OIT est originale et innovante pour l'époque à deux points de vue : d'une part, composée de manière tripartite associant les représentants des États, des syndicats salariés et patronaux, elle se voit dotée d'autre part de la capacité à élaborer des Conventions contraignantes pour les parties. Le préambule pose un cadre à son action avec trois résolutions intimement liées. Si « *la paix universelle et durable ne peux être fondée que sur la base de la justice sociale* », on peut en déduire que « *des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice*, *la misère*, *et les privations engendrent un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelle sont mises en danger* ». Enfin la notion d'interdépendance et de systémie dans les relations de travail au niveau international apparait dans le troisième

6 *Rerum Novarum*, 15 mai 1891, publié par le Pape Léon XIII. Ce texte inaugure la pensée sociale de l'Église.

7 C. LETERME, « L'Organisation internationale du Travail (OIT) », *Courrier international du CRISP* 2016/12, n° 2297.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

point du préambule avec la formule suivante : « *La non- adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort de ses travailleurs dans leurs propres pays* ».

Bien que les principes fondateurs de l'organisation exprimés dans le préambule aient servi de cadre à son action depuis l'origine, les sujets de dissensus n'ont pas été évincés pour autant. À l'époque, la révolution taylorienne fondée sur l'organisation scientifique du travail (OST) s'imposait comme le mode de management privilégié des grandes entreprises. L'accélération du progrès technique avec la révolution combinée de l'électricité et de l'automobile impulsait des perspectives inédites dans les modes de vie et les relations de travail. Mais déjà dans l'entre-deux guerres, des courants très divergents sur la manière de considérer les relations de travail s'affrontaient. En contrepoint du modèle productiviste, rationnel et scientifique largement véhiculé par les anciens militaires haut gradés de la guerre de 14-18 qui avaient investi le commandement des grandes entreprises, va se développer une autre vision du management fondée sur l'approche psychosociologique du travail défendue par l'école des relations humaines. Les expériences de Hawthorne mises en œuvre par Elton Mayo, les travaux sur la motivation réalisés par Maslow entre les deux guerres qui animaient les discussions au sein de la communauté des économistes et des sociologues ne pouvaient échapper à l'OIT. Enfin, le débat entre les syndicats réformistes et les partisans d'une conception plus radicale des relations de travail est une donnée forte du débat de l'entre-deux guerres[8].

Cependant, grâce à l'impulsion d'Arthur Fontaine, premier président du Conseil d'administration de l'OIT, et d'Albert Thomas, directeur général du Bureau international du travail (BIT) installé à Genève en 1920, l'activité de l'Organisation sera très intense à ses débuts. La mise en place d'un système de contrôle des licenciements en 1926, la lutte contre le chômage pendant la dépression de 1930, les indemnités versées aux chômeurs en 1934, la semaine de 40 heures en 1935 sont à mettre à l'actif de l'organisation qui tente contre vents et marées de faire front aux conséquences sociales de la grande dépression de 1929[9].

---

8 G. IACONO, *Gestion des Ressources humaines, 5 défis pour l'avenir*, Gualino, 2008.

9 C. LETERME, « L'Organisation internationale du Travail (OIT) ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

C. La Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944 : l'ouverture d'une phase nouvelle dans la vie de l'organisation internationale du travail

Miraculeusement sauvée du cataclysme de la seconde guerre mondiale, l'OIT a vu ses fondements renégociés par les alliés dans la Déclaration de Philadelphie, le 10 mai 1944. Ce texte qui inaugure une ère nouvelle pour les droits humains en posant les piliers d'un nouvel ordre fondé non plus sur la force mais sur le droit et la justice fut suivi par beaucoup d'autres, avec notamment la Charte de San Francisco instituant l'ONU et la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, complétée par les deux pactes, le PIDCP et le PIDESC. « *L'idée du plus jamais ça* » a inspiré les rédacteurs de ces textes pour inscrire dans le marbre l'attachement de la communauté humaine à ce qui constitue l'essence de l'homme et son caractère irréductible. Inspirés par la philosophie de Kant, de Levinas, de René Cassin, les auteurs de ces textes internationaux pensent la dignité comme un principe matriciel, une pierre angulaire, aux confins du droit et de la philosophie. « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde…* » et dans l´article premier : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

Si la dignité s'est imposée comme principe directeur de la plupart des Conventions internationales ratifiées depuis la seconde guerre mondiale, son absence de définition concrète a suscité de nombreux débats au sein de la communauté des juristes, les uns dénonçant une notion « *valise* » et floue, une notion à contenu et à géométrie variable[10], les autres soulignant son manque d'opérationnalité pour la qualifier juridiquement[11].

C'est bien la démonstration que mènent Véronique Champeil-Desplats et Serge Slama quand ils analysent l'utilisation faite par le Conseil d'État du concept de dignité, qui tantôt, à cause de son imprécision ne permet pas de faire valoir les droits des requérants, et qui tantôt, grâce à cette

10 V. CHAMPEIL-DESPLATS et S. SLAMA, « Qu'elle protège ou qu'elle punisse, la dignité n'est pas la même pour tous », *La Revue des Droits de l'Homme*, mai 2014. « *La dimension polysémique de la dignité constitue à la fois sa principale force et sa principale faiblesse car cette notion permet de fonder tout et son contraire, au risque de semer le désordre dans l'ordre juridique* ».

11 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*, Thèse, LGDJ, 2005.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

même imprécision lui permet de justifier certaines limitations à la liberté notamment à la liberté d'expression.

Malgré les critiques, un véritable consensus s'est opéré pour considérer que la dignité constitue le socle des droits humains et caractérise l'homme dans son identité, indépendamment de son âge, de son état de santé, de son statut. La dignité est de l'ordre de la valeur et « *du sans prix* ». Dans la perspective Kantienne, la dignité est ce qui échappe à l'unité de mesure. Le principe de dignité s'adosse à une vision de l'homme qui ne doit jamais être considéré comme un objet, ni comme un moyen mais comme un sujet[12]. « *Le travail n'est pas une marchandise* », cette affirmation de principe en préambule de la Déclaration de Philadelphie a trouvé une traduction juridique concrète et visible dans les nombreuses Conventions adoptées au sein de l'OIT. Parmi les plus importantes, on peut citer la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical en 1948, la Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective en 1949, la Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé en 1957, la Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération en 1951, la Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession) en 1958, la Convention (n° 138) sur l'âge minimum en 1973, la Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants en 1999.

Quand bien même la Déclaration de Philadelphie devait amorcer une étape nouvelle dans la vie de l'OIT, alors que la guerre n'était pas encore achevée, la vie de l'organisation ne sera pas pour autant un long fleuve tranquille. « *L'Esprit de Philadelphie* », pour reprendre le titre de l'ouvrage d'Alain Supiot, inaugure une pensée très novatrice en instituant une vision téléologique, pragmatique et programmatique des objectifs à poursuivre dans l'organisation du travail[13]. Mais comme avant-guerre, les discussions furent vives car bousculant un certain nombre de repères. En effet, l'OIT était confrontée à une opposition frontale venant des partisans du libéralisme économique très attachés à la notion de libre entreprise et de contractualisation des relations de travail dans un contexte d'intensification

---

12 E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, *doctrine du droit et de la vertu*, Flammarion, 1994 :
« 1° Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle.
« 2° Agis comme si la maxime de ton action devait être érigée par la volonté en loi universelle de la nature.
« 3° 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 comme un moyen ».

13 A. SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie*, *la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de la mondialisation avec ses conséquences en termes de concurrence, de dumping social et d'interdépendance des marchés. Une course de vitesse entre le marché et la promotion des droits sociaux par le biais d'un agenda social inscrit dans un cadre multilatéral s'engage à cette période[14], alors que la révolution du numérique commence à bouleverser les relations et les conditions de travail.

Le moment symbolique de cette opposition entre la logique sociale défendue par l'OIT et la logique économique fut incarné par la création de l'OMC par les accords de Marrakech en août 1994. Dotée d'un Organe de Règlement des Différends (l'ORD), l'OMC inscrivait les relations économiques dans la sphère du droit contraignant pour les parties alors que les règles posées par l'OIT demeuraient dans ce qu'il est convenu d'appeler le droit mou. De fait, un déséquilibre patent est apparu entre le cadre directif de l'OMC et l'OIT qui n'avait aucun moyen de pression véritable sur les États membres non respectueux des engagements pris au sein de l'organisation. Les lois du marché et les lois du travail ne fonctionnant pas à armes égales, une tension vive se manifestait entre les logiques de la mondialisation et les défenseurs des Droits Humains. La vielle dame de Genève n'en finissait pas de mourir dans l'indifférence assez générale quand un sursaut de vitalité s'est emparé d'elle soudainement, dans un environnement juridique désormais plus ouvert à cette notion de dignité.

D. De la dignité à la décence, et de la décence à la dignité : une boucle systémique et rétroactive

Plusieurs événements successifs ont porté la cause du travail comme un enjeu majeur des sociétés contemporaines, dans un contexte d'intensification de la concurrence sur des marchés mondialisés, de dumping social et de dérégulation. Le premier sursaut a été opéré à partir de 1998 dans le contexte de la Coupe du monde de football et grâce au plaidoyer des grandes associations de défense des droits humains. Cette campagne autour de « *l'éthique sur l'étiquette* » visait principalement à dénoncer le travail des enfants, qui bien qu'encadrée de manière formelle par la Convention internationale des droits de l'enfant, demeurait une pratique courante dans l'industrie du sport[15]. Puis, en juin 1999 à l'occasion de l'anniversaire des 80

14 L. MARIEKE, *L'OIT et le travail décent, un agenda social pour le multilatéralisme*, L'harmattan, 2011.

15 Article 32. 1. Convention internationale des droits de l'enfant. « *Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ans de l'OIT, la promotion du travail décent est consacrée comme un nouvel axe fort des engagements du BIT.

Sur le plan de la méthode, la démarche préconisée qui privilégiait le modèle de la *soft law* allait à l'encontre de la conception normative du droit défendue par les tenants du positivisme juridique[16]. De même, inscrire le droit dans une perspective téléologique et programmatique de progrès social en fixant des objectifs à réaliser pour la promotion des droits des travailleurs n'avait rien d'évident pour les tenants du néolibéralisme, qui depuis les années 80, exercent une influence grandissante dans la pensée économique. L'idée d'un agenda du travail décent apparait comme un cadre d'action à réaliser sur plusieurs années. Le travail décent est considéré comme la condition de réalisation de la dignité humaine pour tous les travailleurs, quel que soit leur statut, et qui concerne aussi bien les travailleurs salariés en situation de travail formel que les travailleurs soumis au travail informel ou domestique.

Relayant les objectifs du millénaire pour le développement (OMD) adoptés par l'ONU à l'occasion du passage à l'an 2000, un lien de plus en plus étroit va être établi entre les conditions d'une vie digne et les situations concrètes de travail. Porté par Juan Somavia, directeur du BIT, l'agenda du travail décent s'inspire de valeurs qui font reposer la lutte contre la pauvreté sur la possibilité de vivre dignement de son travail[17]. Dans un contexte d'explosion des chiffres du chômage dans les pays industrialisés et du travail informel dans les pays du sud, les objectifs du travail décent s'inscrivent dans un agenda programmatique qui tente de réhabiliter la valeur intrinsèque du travail. Refusant de considérer le travail uniquement sous l'angle d'un coût de production qu'il faut réduire par tous les moyens, la notion de travail décent articule dans une logique complexe et systémique les conditions de vie reliées à une vision qui intègre l'homme dans son environnement humain et sociétal.

À travers la notion de travail décent, c'est la combinaison subtile entre l'universalisme et le particularisme qui se trouve concrétisée pour éviter une posture trop dogmatique dans l'approche des réalités du travail. Cette réhabilitation éthique du rapport au travail a pris corps au sein du BIT avec

---

astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social ».

16 I. DUPLESSIS, « Le vertige de la soft law », *Revue québécoise de droit international* 2007.

17 J. SOMAVIA, « L'agenda pour le travail décent de l'OIT en tant qu'aspiration des personnes : l'insertion de l'éthique dans l'économie globale », *in Le travail décent* (dir. D. PECCOUD).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

l'adoption d'un certain nombre de textes visant à rendre contraignants les objectifs posés. L'élimination du travail forcé ou obligatoire parce que contraire à l'idée de liberté elle-même enracinée dans le principe de dignité fut l'objet d'une première série de Conventions. Puis la lutte pour l'abolition du travail des enfants et la lutte pour l'élimination de toutes les formes de discrimination ont été inscrites à l'agenda des réunions annuelles du BIT.

Pour illustrer cette tension entre *hard* et *soft law* autour du travail décent, on peut citer, la Convention du travail maritime adoptée en 2006, qui représente « *une nouvelle page de l'histoire du travail* » et concerne plus de 2 ,1 millions des gens de la mer dans le monde. Ce texte contribue à offrir une protection mondiale aux marins en leur donnant la possibilité de voir leurs revendications traitées lorsque leur situation n'est plus à la hauteur des exigences de la Convention. Le pouvoir d'inspection des conditions de travail dans les espaces portuaires des États qui ont ratifié la Convention marque une étape significative dans le processus qui permet de rendre effectifs les engagements en faveur du travail décent. Le bien-être des gens de la mer qui ne doivent plus être victimes de conditions de travail parfaitement dégradantes s'impose désormais comme un standard applicable aux États signataires de la Convention maritime.

Mêlant de manière tout à fait originale *soft law* et droit contraignant et donnant au principe de dignité une effectivité plus concrète à travers la notion de travail décent, l'OIT a su surmonter un certain nombre de difficultés et retrouver un certain prestige . Mais à l'heure où l'Organisation fête son centième anniversaire, de nouveaux défis pointent à l'horizon qui lui imposent une nouvelle fois de changer de lunettes pour appréhender les questions auxquelles se trouvent confronté le monde du travail.

II. Les nouveaux défis pour l'OIT en 2020

Le constat opéré en 1999 lors du lancement du processus de promotion du travail décent et qui faisait état de la montée inexorable du chômage de masse, de la crise de l'emploi et des changements profonds affectant la représentation du travail, demeure encore aujourd'hui d'une grande actualité. Non seulement le travail se raréfie, mais il change profondément de nature. Sous l'effet conjugué des mécanismes d'automatisation, de robotisation, de numérisation des chaines de production et d'approvisionnement implantées sur tous les continents, les mutations enclenchées par la révolution technologique se sont considérablement amplifiées depuis 30 ans.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

A. Une mutation en profondeur des représentations du travail

Le travail nécessite désormais de moins en moins d'efforts physiques mais suppose une charge mentale de plus en plus intense. Le rapport concret à la notion de travail bien fait, identifiable par le travailleur, se fait moins visible tant sont éclatées les chaines de production réparties désormais sur l'ensemble de la planète. La césure entre le travail et l'œuvre pour reprendre les catégories proposées par Charles Péguy et par Hannah Arendt est de plus en plus manifeste pour l'opérateur d'une chaine de montage ou pour un salarié d'une grande entreprise de service, de banque ou d'assurance. Les injonctions paradoxales d'un management prônant à la fois une exigence d'autonomie et de compétences accrues, en même temps qu'un système d'évaluation des résultats attendus au regard d'objectifs qui leur échappent, avec une obligation d'un rendre-compte systématique, pèse sur le mental des travailleurs de plus en plus stressés et malades des pressions imposées par les nouvelles techniques de management[18]. L'explosion du phénomène des *burn out*, de la souffrance au travail, des TMS, des maladies professionnelles occasionnées par le stress, sont des signes qui interrogent directement la notion de travail décent. La montée de la précarisation du rapport salarial avec la multiplication des emplois de courte durée, des contrats de moins en moins protecteurs des conditions de vie des travailleurs constitue également une donnée très importante des nouvelles représentations du travail. Le phénomène d'ubérisation qui se développe à grande vitesse dans le secteur des transports, du commerce, de la restauration et de la distribution tend à reconfigurer les représentations du travail avec en toile de fond un goût amer de retour en arrière tant les nouvelles conditions d'emploi s'apparentent plus à une logique commerciale qu'à celle du droit social. Si cette économie des « *petits boulots* » a permis à de nombreux acteurs de bénéficier d'un minimum de ressources en louant leur maison ou leur matériel de bricolage, les effets pervers de l'explosion de l'ubérisation a fragilisé le modèle de la protection sociale tout en accentuant l'impact de la financiarisation via les grands opérateurs de plate-forme qui assurent la relation entre les différents utilisateurs du système avec le cas emblématique de Airbnb[19]. À cela, se rajoute le poids de l'économie informelle qui constitue encore le quotidien des nombreux travailleurs des pays du Sud, et qui pour des salaires de misère, assure une économie de survie tout en participant au système de dumping social.

---

18 L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 2001.

19 B. TEBOUL et T. PICARD, *Uberisation = Economie déchirée ?*, Éditions Kawa, 2015, p. 60.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Sous l'effet conjugué de tous ces paramètres combinés les uns aux autres, c'est l'ensemble des relations économiques qui se trouvent impactées avec pour conséquence une diminution de la valeur du travail dans la chaine de production. Comment résister à ces traitements inhumains et dégradants imposés par le biais d'une violence symbolique aux travailleurs ? Comment justifier le maintien d'un emploi quand la machine, l'ordinateur ou le robot fera plus vite à moindre coût et moins cher et peut être mieux que le travailleur ? Comment sortir de l'économie informelle qui s'apparente souvent à de nouvelles formes d'esclavage moderne sans détruire les équilibres économiques très fragiles de nombreuses régions d'Afrique ou d'Asie ?

L'effondrement de l'immeuble du Rana Plaza au Bangladesh en 2013 qui a entraîné la mort de plus de 1100 travailleurs de l'industrie du prêt-à-porter a servi de nouvel électrochoc dans la communauté internationale. Au-delà de l'émotion, cette catastrophe a mis en évidence les relations entre la responsabilité des grands groupes internationaux inscrits dans la concurrence mondiale et la nécessité de promouvoir des conditions de travail décent sur les lieux de production et dans les chaînes d'approvisionnement mondiales. Toutes ces questions qui sont au cœur des débats au sein de l'OIT ne peuvent se traiter de manière séparée, car en filigrane se trouve posés le poids considérable des sociétés multinationales, la question écologique et le processus de financiarisation qui constituent les nouveaux enjeux auxquels doit répondre l'OIT.

Comment procéder pour faire que le travail ne soit pas une notion parfaitement substituable au progrès technique et que le travailleur ne soit pas traité comme un objet jetable ? Comment protéger la dignité du travailleur face aux excès des logiques du marché ? Comment combiner les logiques économiques des pays du Sud soumis aux diktats des multinationales et confrontées aux pratiques du travail informel avec les exigences de consommation des pays du nord ?

Plusieurs thématiques sont au cœur des enjeux qui traversent les débats au sein du BIT, l'organe le plus actif de l'organisation. Les questions relatives aux conditions de travail, la lutte contre les pratiques de harcèlement, le travail informel et les relations avec les sociétés multinationales figurent parmi les sujets les plus tendus. Le phénomène de financiarisation porté par les grands groupes mus par des logiques de rentabilité maximale du capital a bouleversé le rapport entre capital et travail dans le rapport de production. Par ailleurs, le dumping sur les prix pour satisfaire des consommateurs de plus en plus exigeants contribue à peser sur les salaires, qui demeurent

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

la seule variable d'ajustement dans cette compétition mondiale. Enfin, le processus de financiarisation qui n'a comme seul objectif que de rechercher la rentabilité maximale du système de production, a eu pour effet de mettre en concurrence les lois du travail et de la fiscalité, en recherchant les lieux les moins protecteurs pour les travailleurs et une taxation la moins contraignante pour les entreprises. La concurrence par les normes sociales et fiscales s'est imposée comme une dimension essentielle des avantages comparatifs mis en œuvre dans la compétition mondiale.

Cette mise en perspective des différents défis est peu réjouissante et l'on ne voit pas comment l'OIT peut continuer à promouvoir le travail décent dans un contexte aussi fragilisant des acquis du droit du travail. Cependant, si l'on considère que chaque grande étape de la révolution industrielle a provoqué des réponses et des adaptations successives, et si l'on sait que la crise est toujours le moment du choix, il est possible d'envisager quelques pistes pour donner au travail décent une nouvelle effectivité. Le dérèglement climatique et les problématiques environnementales qui se sont imposées comme une donnée nouvelle depuis le tournant des années 2000, font qu'on ne peut plus dissocier les représentations du travail des problématiques environnementales. Cette combinaison ouvre des perspectives nouvelles pour penser à frais nouveaux le travail décent, désormais complètement dépendant des enjeux climatiques et environnementaux.

B. Les enjeux climatiques et environnementaux, des perspectives nouvelles pour le travail décent

Cette interdépendance entre enjeux climatiques et environnementaux a d'abord été formalisée dans le cadre de la RSE, comme réponse à l'influence grandissante des sociétés multinationales qui ne cessent d'accroître leurs activités sur l'ensemble de la planète. La prise de conscience de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises tendant à rendre compatible logique économique, protection de l'environnement et prise en compte des exigences sociales apparait d'abord dans le rapport Bruntland des Nations Unies en 1987. Adossé spécifiquement à une logique de *soft law*, le Global Compact lancé par Kofi Annan en 2000, alors Secrétaire des Nations Unies, a ouvert une nouvelle étape dans le processus de formalisation de la responsabilité sociale et environnementale au regard des critères du travail décent posés par le BIT. À ce sujet, il est important de souligner que le

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

travail était le grand oublié de la problématique du développement durable[20]. Ce n'est que finalement assez récemment que l'articulation entre le Global Compact porté par l'ONU et le travail décent porté par le BIT apparait clairement dans le guide rédigé par le groupe de travail du Pacte mondial des Nations Unies. On peut lire en effet une énumération très précise des dix principes d'action à respecter par les entreprises qui combinent de manière indissociable le respect des Droits de l'Homme, les grands principes du droit du travail, la lutte contre la corruption et le droit de l'environnement. Les grands principes du droit du travail qui formalisent, dans le cadre de Conventions contraignantes, les objectifs du travail décent sont la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de la négociation collective, l'élimination du travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Le Global Compact s'appuie sur la DUDH, le PIDCP et le PIDESC pour le volet des Droits de l'Homme. Concernant la protection de l'environnement, les textes issus de la Déclaration de Rio de 1992 et des différentes conférences sur le climat structurent les engagements que doivent respecter les entreprises associées à ce mouvement. Comme la responsabilité sociétale et environnementale (RSE), le processus du Global Compact qui en est le prolongement s'inscrit toujours dans la logique de *soft law*. Mais la dynamique de l'intégration normative bien que très progressive est assurée par une mise en relation entre des champs normatifs différents et laisse augurer une effectivité renforcée par le jeu combiné des différentes normes posées.

Une nouvelle étape vient d'être franchie récemment au sein de l'ONU en lien avec l'OIT pour lutter contre l'impunité des sociétés multinationales. Un projet de traité visant à rendre contraignantes les obligations des sociétés multinationales et inspirée de la loi française sur le devoir de vigilance[21], est en cours de préparation au sein de l'ONU, grâce au soutien de plus de 700 mouvements, ONG, associations et syndicats. Cette mobilisation internationale a permis de recenser les violations des droits humains commises par les multinationales tout en dénonçant les logiques de l'impunité. L'objectif est de démonter les chaines de production pour mettre en lumière les impacts négatifs de la sous-traitance sur les droits humains

20 R. BAZILLIER, *Le travail, grand oublié du développement durable*, éditions Le cavalier bleu, 2011.

21 Loi 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

comme ce fut le cas pour le drame du Rana Plaza. L'enjeu du texte vise également à lutter contre l'impunité en pointant les impacts écologiques des grandes implantations ou des activités industrielles comme celle du projet de construction porté par Michelin d'un parc industriel en Inde et ses conséquences sur la destruction d'une grande forêt collective, ou du drame de l'accident ferroviaire causé par la société Bolloré au Cameroun. Sont également visées par le projet de traité la responsabilité des grands opérateurs miniers à l'origine de graves pollutions des sites liées à l'extraction et à l'exploitation, comme ce fut le cas de la mise en accusation de la société Areva au Niger, et celle des gestionnaires de barrages mal entretenus et qui en cédant ont entraîné un véritable désastre humanitaire. Le projet de traité a pour objectif de résorber l'asymétrie en droit international qui bénéficie aux entreprises multinationales, au détriment des droits humains et du respect de l'environnement. Le texte en gestation reprend en grande partie les éléments de la loi française sur le devoir de vigilance publiée en mars 2017. Ce texte stipule que les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre d'une certaine taille doivent veiller aux bonnes pratiques sociales et environnementales de leurs filiales et de leurs sous-traitants. De plus, le texte tend à rompre les pratiques de l'impunité juridique avec la disposition permettant d'engager la responsabilité civile de la multinationale pour l'impact humain et environnemental de son activité.

Le travail concerté entre les grandes ONG, l'ONU avec le Global Compact et l'OIT sur la base des différents textes relatifs au travail décent est significatif des avancées dans la prise de conscience des effets délétères, sur l'homme, de la concurrence exacerbée, du dumping social et de l'exploitation des richesses minières ou agricoles, sur la survie des espaces naturels fragiles. Si toutes ces pratiques ont également pour conséquences de fragiliser voire de détruire les écosystèmes naturels, leurs impacts humains et sociétaux sont évidemment non négligeables.

Cette économie de la prédation et du « *déchet* » fondée sur la financiarisation et la spéculation et qui tend à faire du travail un objet jetable heurte de plein fouet le principe de dignité[22].Si les objectifs du travail décent portés par le BIT ont permis de réaliser quelques progrès dans l'affirmation des grands principes, l'essentiel reste à accomplir pour inscrire les multinationales dans le référentiel des droits humains. L'adoption du traité ayant pour objet de doter la communauté internationale d'instruments juridiques contraignants permettant de donner une pleine effectivité au

22 Pape François, *Loué sois-tu*, *encyclique*, Bayard, 2015.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

travail décent en imposant aux grands opérateurs économiques mondiaux des bonnes pratiques dans le respect du travail des hommes et de leur environnement a pris une urgence nouvelle avec la catastrophe planétaire causée par la pandémie du Coronavirus. Cette crise sans précédent depuis la seconde guerre mondiale, tant sur le plan sanitaire que sur le plan économique et social, sera-t-elle le choc salutaire permettant de réencastrer la valeur du travail dans le principe de dignité ?

La course de vitesse entre les forces du marché et les défenseurs des droits humains est de nouveau engagée. Jamais le poids de la société civile n'a été aussi puissant. Jamais le poids des multinationales n'a été aussi fort. Reste à formuler le vœu que sous l'action des populations et des gouvernements et avec la mobilisation de l'ONU, de l'OIT et de l'OMS, la communauté internationale se saisisse de ce moment paradigmatique pour combiner les enjeux climatiques, sanitaires, technologiques et économiques dans une relation de totale interdépendance. Alors que l'OIT amorce son deuxième centenaire, la réalisation concrète du principe de dignité à travers le travail décent, serait « *un grand pas pour l'humanité* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

BAZILLIER R., *Le travail, grand oublié du développement durable*, éditions Le cavalier bleu, 2011.

BOLTANSKI L. et CHIAPELLO E., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 2001.

CHAMPEIL-DESPLATS V. et SLAMA S., « Qu'elle protège ou qu'elle punisse, la dignité n'est pas la même pour tous », *La Revue des Droits de l'Homme*, mai 2014.

DUPLESSIS I., « Le vertige de la soft law », *Revue québécoise de droit international* 2007.

FRANÇOIS, *Loué sois-tu, encyclique*, Bayard, 2015.

GIMENO-CABRERA V., *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, Thèse, LGDJ, 2005.

IACONO G., *Gestion des Ressources humaines, 5 défis pour l'avenir*, Gualino, 2008.

KANT E., *Métaphysique des mœurs, doctrine du droit et de la vertu*, Flammarion, 1994.

Le Travail décent (dir. D. PECCOUD), BIT, 2001.

LÉON XIII, *Rerum Novarum*, 15 mai 1891

LETERME C., « L'Organisation internationale du Travail (OIT) », *Courrier international du CRISP*, 2016/12, n° 2297.

MARIEKE L., *L'OIT et le travail décent, un agenda social pour le multilatéralisme*, L'harmattan, 2011.

RICOEUR P., *Parcours de la Reconnaissance*, Stock, 2004.

SOMAVIA J., « L'agenda pour le travail décent de l'OIT en tant qu'aspiration des personnes : l'insertion de l'éthique dans l'économie globale », *in Le travail décent* (dir. D. PECCOUD), BIT, 2001.

SUPIOT A., *L'Esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

TEBOUL B. et PICARD T., *Uberisation = Economie déchirée ?*, Éditions Kawa, 2015.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Hannah Arendt ou le sceau de la dignité humaine : Vers une expression d'une communication active concertée / Hannah Arendt, the Seal of Human Dignity : Towards an Expression of a Concerted and Active Communication

Marie Fayad, *Professeure de philosophie politique*, *Chef du département de Philosophie et Directrice du Laboratoire Sophia de l'Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK)*, *B. P. 446*, *Jounieh*, *Liban*

Bahia Atallah, *Doctorante en philosophie politique à l'Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK)*, *B. P. 446*, *Jounieh*, *Liban*, *Chargée d'enseignement de philosophie aux lycées*

Abstract

The contemporary political situation procreated by the extreme usage of violence requires a continuous questioning about human rights.

This study highlights the reflections of Hannah Arendt who reviews the conditions of human dignity as an acquired activity or even a gained one, and not as an innate value emanating from a natural right.

In fact, Arendt defends human dignity as a concerted plural action which guarantees the success of a joint political power. Human dignity is observed therefore as collective and conditioned through an active communication which allows the success of the "*living together*" in diversity.

However, Arendt is aware of the permanent failure of the cooperation of plural political actions and is also aware of the repercussions of this failure on the future of the humanity.

Human dignity is lost when the plurality disappears; the world is therefore transformed into a desert and the "*living together*" is destroyed.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Les incessantes violations souvent conscientes, des Droits de l'Homme, la situation politique contemporaine engendrée par l'usage excessif de nouvelles formes de violence, ainsi que les nouveaux systèmes de pouvoir érodent aujourd'hui notre planète et accentuent l'humiliation subie par les êtres humains. Bafouée, la dignité humaine fait appel à une mise en question continue des droits, « *des Droits de l'Homme* ».

Partant de la nature phénoménale de la dignité humaine en tant que valeur intangible, plusieurs interrogations se posent : qu'appelle-t-on dignité humaine ? et où cet appel à la dignité s'ancre-t-il ? Si la Déclaration des Droits de l'Homme se réduit à une application des droits de chacun et à un rappel des devoirs individuels de chacun, que devient la capacité politique et sociale commune à faire vivre la sphère politique pluraliste et à créer des projets collectifs ?

En réfléchissant sur les conditions du respect de la dignité humaine, et plus particulièrement selon Hannah Arendt[1], on se demande alors, quelles sont les assises qui fondent sa construction perpétuelle puisqu'elle est une production humaine, une *poiesis*, au sens aristotélicien du terme ? Dans quelle mesure sa perte ou sa destruction, engendre-t-elle le désordre socio-politique et par conséquent l'isolement des humains ?

Les réponses à ces interrogations actuelles se répartissent en trois axes.

Le premier axe met en exergue une réflexion qui conduit à repenser le concept de la dignité humaine émanant de la charte des Droits de l'Homme. Si la Déclaration universelle des Droits de l'Homme en 1948 a signalé que « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit* », il en résulte que la dignité est définie comme une valeur innée émanant d'un droit naturel. Or, la dignité humaine est une activité acquise, plus encore conquise.

Le deuxième axe souligne les conditions de possibilités requises qui sous-tendent et défendent la dignité humaine, considérée par Hannah Arendt comme projet politique. En réussissant « *l'agir en concertation* »

1 La thèse politique d'Hannah Arendt présente une nouvelle lecture des Droits de l'Homme qui rejette la pensée naturaliste. Arendt avoue qu'il ne faut pas neutraliser les Droits de l'Homme mais leur accorder une signification politique, champ de prospérité et de protection de ces droits. Elle ne se contentait pas de déclarer des droits aux hommes mais elle invitait à les respecter dans une cité de droits. Pour Arendt, les droits ne sont pas des propriétés que les individus possèdent, mais des qualités que les individus se confèrent les uns aux autres.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

qui garantit la réussite d'un pouvoir en commun, les humains éprouvent le besoin de communiquer pour pouvoir bien « *vivre-ensemble* ».

Le troisième axe s'interroge, en se référant aux arguments d'Hannah Arendt, sur les causes et les conséquences actuelles de l'échec permanent de la concertation de l'action politique plurielle, expression de la dignité humaine, et sur les répercussions de cet échec sur l'avenir de l'humanité.

I. La dignité humaine dans la charte des Droits de l'Homme

La notion de la dignité humaine renvoie souvent aux champs sémantiques de la morale, des valeurs, voire de la religion et du droit.

L'étymologie de ce mot, d'origine grecque, est très riche voire signifiant. L'équivalent du mot « *dignité* » est *axios* (ce qui mérite) qui a donné également « *axiome* » en français[2].

Or, par définition, l'axiome est un principe évident en soi et difficile à démontrer, voire indémontrable. Par conséquent, qualifier la dignité humaine d'axiomatique, c'est penser à plusieurs approches fondamentales parfois même contradictoires portant sur la nature de la dignité humaine.

Notons que la problématique des Droits de l'Homme occupe une place centrale dans les débats contemporains en philosophie morale et en philosophie politique. Il ne s'agit pas d'une problématique simplement théorique : au-delà des discussions qui portent sur des présupposés épistémologiques, ontologiques ou même sémantiques concernant l'idée même des Droits de l'Homme et des efforts pour choisir et développer la théorie éthique, on perçoit forcément l'exigence de les défendre et de promouvoir leur efficacité sur le plan pratique. L'actualité des Droits de l'Homme ne se manifeste que dans un contexte juridico-politique qui intéresse la réflexion philosophique. En effet, elle est obligée de s'interroger au niveau du vécu humain sur les enjeux politiques de la dignité humaine.

Au vu de ces considérations actuelles, on ne peut que s'arrêter sur deux idées qui ont marqué la discussion effectuée après la Déclaration des Droits de l'Homme : la première critique était adressée à l'approche innéiste et la deuxième critique était développée face à l'approche individualiste.

---

2 M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, vol. 58, n° 1, p.1-30.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

A. L'innéisme de la dignité humaine comme droit de nature

La Charte des Droits de l'Homme a mis l'accent sur l'innéisme de la dignité humaine. Ainsi, l'être humain naît libre, et personne n'a le droit de violer sa liberté. Face à cette explication ontologique transcendantale, plusieurs penseurs ont proposé une explication tout à fait différente. Selon Kant, agir moralement consiste à ne pas agir selon nos penchants naturels, mais à contraindre nos actes par leur portée universalisable. Ce qui implique que l'action morale humaine n'est pas une donnée de nature. Nous devons agir comme nous voudrions que tous agissent. La morale s'avère être une action plurielle. Il en résulte que les êtres humains gagnent leur dignité et ne l'héritent pas. On souligne par conséquent la distinction suivante : la valeur humaine est donnée tandis que la dignité est acquise.

Ernest Bloch remarque que les Droits de l'Homme ne sont pas « *innés* » mais qu'ils sont « *conquis*[3] ». La perte de la dignité humaine conduit à l'autodestruction de la communauté politique. La dignité se manifeste alors comme la condition *sine qua non* d'une pratique politique et autorégulatrice de la communauté. Ainsi, l'analyse du concept de la dignité permet de mettre au jour le lien que le sujet de droit a nécessairement avec les autres sujets de droit. Les hommes qui vivent ensemble dans une même communauté se trouvent dans l'obligation de conserver et de défendre la dignité d'autres hommes ; la dignité sera ainsi plurielle.

B. L'individualisme dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme

Lors d'une analyse de la Charte des Droits de l'Homme, des penseurs ont mis l'accent sur le libre développement de la priorité donnée à la réalité de l'individu sur celle de la communauté politique.

« *Tout individu a droit à une nationalité*[4] ». Or, une nationalité ne peut jamais être donnée à un individu mais à un citoyen c'est à dire à un sujet de droit qui partage dans une même cité, ses mêmes valeurs avec d'autres sujets de droit. Ainsi, une nation est la pluralité concertée des hommes libres et dignes de droits.

On comprend alors dans quelle mesure le fait de donner, dans la charte des Droits de l'Homme, une priorité aux droits de l'individu avant de passer à ceux de la communauté, a été évoqué.

---

3 E. BLOCH, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, 2002, p. 227.

4 Déclaration des Droits de l'Homme, article 15.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Après la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, des critiques se sont élevées petit à petit se résumant en une accusation : ce document prétendument universel impose au monde l'individualisme[5].

C'est une marque étonnante devant la forte affirmation de la personne individuelle et de ses droits. L'individu dans la Déclaration, est considéré comme isolé. Les libertés collectives qui supposent que plusieurs personnes s'entendent pour les exercer ensemble, ne sont pas reconnues par la Déclaration.

Face à « *l'individualisme* » et à « *l'innéisme* » vient s'imposer une nouvelle conception. La personne humaine est un être pourvu d'un « *droit à la justification* » vis-à-vis de lui-même et vis-à-vis d'autrui afin de pouvoir mener une « *vie humaine digne* » parmi ses semblables. Ainsi, reconnaître cette dignité signifie considérer les personnes comme des êtres possédant « *un droit à la justification*[6] » vis-à-vis de chacune des actions qui les concernent. Cela signifie que toute personne conçue comme valeur suprême en soi est une personne morale. Elle est donc obligée de produire une telle justification. Ce qui montre que l'existence de l'autre est une condition nécessaire qui fonde l'existence des dignités collectives.

Dans ce cas-là, la dignité humaine s'avère être donc un phénomène cosmologique qui se manifeste dans un espace politique et étatique : on ne peut juger, affirmer ou même nier la présence de la dignité humaine que lorsqu'elle se manifeste dans un espace politique pluriel. Telle se présente la charte arendtienne des hommes.

II. La dignité humaine comme résultante d'un projet politique en perpétuelle construction

Partant de la réalité phénoménale que ce n'est pas l'homme au singulier mais les hommes au pluriel qui peuplent la terre, Hannah Arendt

---

5 E. JACK, « Les droits de l'homme sont-ils d'inspiration individualiste ? », *Revue théologique de Louvain* 1998, 29e année, fasc. 3, p. 297-306.

6 R. FORST a développé l'idée d'un « *droit à la justification* » comme droit capable de fonder tous les autres droits. Le concept de droit à la justification permet de porter une double exigence : d'une part, construire des communautés dans lesquelles les membres doivent se justifier les uns vis-à-vis des autres et d'autre part, reconnaitre la dignité de chacun. C'est une réinterprétation des Droits de l'Homme comme des droits si fondamentaux que leur non-respect serait, dans toutes les situations, injustifiables. Ce droit à la justification permet d'expliquer les luttes politiques qui ont combattu l'oppression en critiquant les justifications insuffisantes proposées par le pouvoir.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

a développé dans l'ensemble de ses œuvres politiques les conditions d'une dignité humaine qui se manifeste dans le « *vivre ensemble* » des hommes.

Née en 1906, Hannah Arendt, philosophe et politologue d'origine juive, a été l'une des témoins et des victimes survivants des deux guerres mondiales et surtout de l'extermination nazie. Elle était pionnière dans sa manière d'aborder les maux qui ont attaqué la dignité humaine. Les exterminations et les génocides de son siècle n'ont pas seulement tué une pluralité d'hommes, ils ont tué l'humanité en l'homme, voire la dignité humaine de toute l'humanité.

Arendt réfléchit sur les conditions politiques qui peuvent garantir la réussite de la construction perpétuelle de la dignité humaine, vu que cette dernière n'est pas une donnée gratuite, inhérente à la nature humaine, mais une construction permanente qui ne se manifeste qu'au sein de la *polis*.

A. L'agir pluriel concerté

Dans son livre « *Conditions de l'homme moderne* », Arendt déclare qu' « *être isolé*, *c'est être privé de la faculté d'agir*[7] ». Cette déclaration présente une réinvention patente du contexte humain existentiel. *A priori*, l'homme n'a jamais existé seul. L'expression « *être isolé* » est une contradiction dans les termes puisque dès qu'il y a « *être* », il est catégoriquement « *avec* » les autres êtres, « *dans* » le monde. Il en résulte que « *l'être avec* », intentionnellement dirigé vers les autres, est nécessairement un « *être dans*[8] » le monde. Ainsi « *l'être avec* » social et altruiste, donc pluriel, est un « *être dans* » la société politique. On déduit donc que les êtres sont par nature des êtres politiques qui vivent ensemble en concertation, donc doués d'une capacité à agir. Par la suite, l'action humaine n'est jamais possible dans l'état d'isolement.

À la question « *Qu'est-ce que la politique* ? », Arendt répond : « *La politique repose sur un fait : la pluralité humaine*[9] ». Elle situe ainsi le phénomène politique au sein de la communauté plurielle et diversifiée. La politique n'est pas dans l'homme singulier, car l'homme en tant qu'individu est apolitique ;

---

7 H. ARENDT, *Conditions de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961, imprimé en 2009 à Paris, p. 212.

8 « *L'Être dans* » est principalement une conception heideggérienne. Arendt, qui a été l'élève de Heidegger, a été fort impressionnée par sa méthode phénoménologique ouverte au monde. Toute la pensée politique d'Arendt a été considérée relativement comme un prolongement de l'ouverture de l'être heideggérien sur le monde commun.

9 H. ARENDT, *Qu'est-ce que la politique ?*, p. 39.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

il n'y a de politique qu'entre la pluralité des hommes qui occupent « *un monde commun*[10] ».

L'individualisme isolé dans la pensée d'Arendt est donc conçu comme l'opposé par excellence à l'homme. Arendt déclare que « *rien de ce qui existe (…) n'existe au singulier*[11] », et que l'homme isolé devient impuissance. Ainsi un homme impuissant est un homme dépourvu de dignité parce qu'il est incapable d'agir afin de créer et de protéger sa dignité. La dignité s'avère être une action humaine, une production collective, voire même une création perpétuelle qui a besoin sans cesse d'être soutenue, défendue et même reconstruite. Par conséquent, la disparition de l'individualisme est la condition nécessaire pour que l'esprit de la dignité humaine s'impose. L'isolement rend l'homme non agissant donc non vivant. La dignité n'est pas uniquement relative à l'homme individu mais elle est celle des hommes agissant en concertation[12] et en harmonie parfaite. Il en résulte que les hommes ainsi réunis peuvent être solidaires et leur solidarité organisée permet de créer un espace pratique au sein duquel leur dignité humaine est protégée.

B. Le pouvoir politique en commun

Détecter l'agir pluriel chez Arendt met en exergue la définition du pouvoir politique en commun. Face à l'individualisme dans le pouvoir politique traditionnel qui se manifeste par le pouvoir individuel d'un seul gouverneur sur l'ensemble des citoyens, Arendt propose une réinvention du système politique basé sur la conception du *pouvoir en commun*. Cette nouvelle conception du *pouvoir en commun* est l'expression vivante de la dignité humaine au sein d'une *polis*.

En effet, Arendt fonde un système de gouvernement représentatif. Elle considère que « *le peuple est supposé avoir la haute main sur ceux qui le gouvernent*[13] ». L'enjeu du pouvoir prend une définition nouvelle. Ce pouvoir se manifeste et se concrétise dans les institutions nouvelles sous forme

---

10 H. ARENDT, *Conditions de l'homme moderne*, p. 63.

11 ID., *La vie de l'esprit*, PUF, 1981, t. I, imprimé en 2006, p. 34.

12 La concertation chez Arendt exprime l'action commune en concert. Avec la concertation, toute tentative d'exclusion et de domination sera écartée. Ainsi, le pouvoir n'est plus l'affaire d'un individu, puisqu'il relève de la mise en commun des hommes qui parlent et qui agissent ensemble dans un espace déterminé.

13 H. ARENDT, *Du mensonge à la violence : essais de politique contemporaine*, Calmann-Lévy, 1972, p. 145.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de pouvoir populaire. Ce pouvoir en commun permet aux hommes de se gouverner en tant qu'être libres, sujets de droit, et non en tant qu'esclaves. C'est spécifiquement là où se manifeste leur dignité. Les hommes sont des partenaires gouverneurs et non des esclaves qui ne font que subir les conséquences des décisions prises par un seul individu nommé gouverneur au niveau de l'État. Or, l'État, qui est une pluralité concertée, est invité, voire même obligé à défendre les droits de ces citoyens et à ne jamais les traiter en tant qu'esclaves.

Quand le pouvoir est donc commun, la dignité humaine commune aux citoyens sera ainsi conservée, même défendue par la communauté. La pluralité concertée, au sens arendtien, est la seule responsable de s'imposer des droits et de veiller à les respecter. C'est dans ce sens-là que le devoir, voire même l'obligation de respecter l'homme dans sa dignité devient une exigence[14] au sens kantien du terme.

Selon Arendt, « *le pouvoir n'est jamais une propriété individuelle*, *il appartient à un groupe*[15] » ; il trouvera alors sa légitimité et sa justification en lui-même. Il en résulte que le peuple libre qui agit en concertation parfaite et responsable peut se soumettre volontairement à un pouvoir qu'il déclare à lui-même. Le pouvoir agit au nom du peuple ; on dirait qu'il trouve en lui-même sa propre fin. De la sorte, la dignité humaine doit trouver en elle-même sa propre fin.

C. La dignité dans la communication active et concertée : une communication à double rôle

La communication dans la pensée d'Arendt joue un double rôle :

Il est vrai que, d'une manière rationnelle et structurée, la communication doit précéder toute action qui est obligatoirement politique selon Arendt. Mais cette communication doit continuer à agir même après toute action politique ; raison pour laquelle la communication chez Arendt est appelée un agir communicationnel qui se veut concerté puisqu'il est pluriel et non individuel.

---

14 Le critère de la moralité chez Kant repose sur la transformation de la maxime de l'action individuelle de chaque être en loi universelle. Ainsi, agir moralement revient, selon Kant, à se conformer à l'impératif catégorique, c'est-à-dire, agir en conformité avec l'exigence d'une morale universelle. Les autres hommes sont donc des êtres moraux qui doivent être traités comme des fins en soi et non comme des moyens. Agir volontairement en conformité avec la loi morale universelle est le devoir commun à tous les hommes libres.

15 H. ARENDT, *Du mensonge à la violence : essais de politique contemporaine*, p. 153.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

En effet, toute pensée doit être, non seulement complétée, mais plutôt réalisée par une communication pour qu'elle se manifeste.

Arendt explique dans son fameux livre « *La vie de l'esprit* », que l'activité mentale est incessante et qu'elle est « *aussi répétitive que la vie*[16] ». Mais, elle avoue la présence de plusieurs limites qui accablent cette activité mentale. Quand c'est l'esprit d'une seule et unique personne qui pense, veut et juge, « *la nature autonome de ces activités crée de grosses difficultés*[17] ».

C'est à ce moment-là que la communication, conçue comme un art phénoménal, intervient pour transformer la pensée individuelle en réflexion humaine plurielle. La réflexivité, conforme au principe husserlien du « *retour aux choses elles-mêmes* » et à « *l'intentionnalité de la conscience*[18] », impose le fait que la pensée, afin qu'elle soit capable de juger et par la suite d'être jugée, doit sortir de son champ d'isolement pour rencontrer d'autres consciences humaines par le seul moyen de la communication.

En d'autres termes, pour que la pensée rentre en *activité*, elle doit être capable de communiquer, autrement, elle se réduit à une passivité mentale, maîtresse d'esseulement déserté.

Il en résulte que la communication est une activité. Cette activité communicationnelle permet un double rôle : tout d'abord, communiquer tout ce que l'individu pense avec les autres êtres vivants, et par la suite, veiller à ce que cette pensée reste en communication constante avec tout ce qui a été pensé. La communication se manifeste ainsi toujours en puissance au sens aristotélicien du terme ; c'est une activité mentale qui dépasse l'espace commun politique des hommes présents pour assurer un pont de passage entre le passé et le futur des hommes à venir. La communication permet donc à la raison humaine de ne pas s'égarer.

---

16 H. ARENDT, *La vie de l'esprit*, p. 191.

17 *Ibid*., p. 86.

18 Ces deux caractéristiques de la phénoménologie de Husserl mettent en exergue l'importance de la communication dans le phénomène de la compréhension des choses qui nous entourent. La conscience des êtres humains s'avère être toujours dirigée vers l'extérieur en visant non seulement une autre conscience, avec laquelle elle peut partager ses réflexions, mais nécessairement une pluralité de consciences. Ces dernières ne doivent pas partager le même point de vue politique, autrement ils n'auront plus besoin de communiquer ; d'où la subjectivité des consciences humaines.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

L'article 19 de la Charte des Droits de l'Homme déclare que « *tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression*[19] ». Or, Cette déclaration manque d'universalité du fait qu'elle réduit la communication à un caractère individualiste. En principe, le langage permet au « *je parle* » singulier de se transformer en « *nous communiquons* » pluriel ; puisque parler n'induit pas nécessairement à communiquer.

Et parce que la pluralité selon Arendt est une activité politique, la communication se manifeste alors dans son deuxième rôle comme catalyseur régulateur dans le pouvoir politique en commun.

Arendt suppose que, même après la constitution du monde politique, le langage joue un rôle parfait dans la prospérité de l'État. C'est un moyen de discussion qui permet aux hommes qui se partagent le pouvoir dit en commun, d'en user pour éviter tout déséquilibre politique qui risque de provoquer une violence.

Dns son livre « *Du mensonge à la violence* », elle affirme que le mensonge politique, la version péjorative du langage, peut mener à une violence politique. En d'autres termes, rien ne peut gérer l'espace intermédiaire entre les hommes qu'une communication plurielle de la vérité politique.

Sur le plan des Droits de l'Homme, il est vrai que chaque être humain a le droit et la liberté d'exprimer son opinion et de communiquer ses propres avis, mais on ne peut nier le fait que ce droit à la parole n'a pas abouti à des conséquences stables voire pratiques ; « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression*[20] ». Cette déclaration ne souligne pas les enjeux de la communication et ses finalités. La communication n'est pas seulement un droit, elle est un devoir qui permet aux hommes de se libérer de leur individualité.

Arendt dans l'ensemble de ses œuvres a déclaré implicitement que la communication ne peut pas être individuelle ; elle est plurielle, sociale et politique ayant des conditions et des conséquences ; si la communication peut diffuser la vérité considérée comme facteur premier de stabilité politique, les hommes peuvent s'ouvrir à un monde de paix ; autrement une communication non orientée, qualifiée par Arendt comme mensongère, peut mener à une violence politique voire même à une terreur à la manière des discussions politiques prononcées par Hitler lors de la deuxième guerre

19 Déclaration universelle des Droits de l'Homme, 1948, article 19.

20 *Ibid*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

mondiale. Quand la violence et la terreur règnent, l'espace public entre les hommes est détruit. La terreur provoque une destruction de la pluralité des hommes en les intimidant ; « *Il s'agit de détruire le monde entier créé par les hommes*[21] ».

Détruire l'humanité est l'expression la plus manifeste de la destruction de la dignité de toute l'humanité.

D. La diversité dans le « *vivre-ensemble* » comme condition nécessaire au maintien de la dignité humaine

En passant en revue les trois conditions développées ci-dessus : l'agir pluriel concerté, le pouvoir politique en commun et la communication active, on peut alors confirmer que le bien « *vivre-ensemble* » est assuré.

A priori, le « *vivre-ensemble* » implique une volonté de vie. La vie n'est pas tout simplement un don de nature ou un élan de vie offert gratuitement à l'homme dès la naissance. La vie est une volonté qui nécessite un effort, voire même un travail afin de réaliser une production. De plus, toute vie ne peut jamais impliquer la solitude ; « *vivre seul* » n'est pas une qualité humaine ; or, « *vivre avec* » est un défi. Par conséquent, « *vivre sans* » n'a jamais été une possibilité du vécu humain ; par contre « *vivre avec* » les autres permet un perfectionnement de la vie humaine qui vise une création. Bref, « *vivre avec* » les autres est une condition nécessaire de la création, conçue comme phénomène actionnel pluriel donc politique.

Dans son célèbre livre « *Qu'est-ce que la politique ?* », Arendt avoue que « *la question du sens de la politique (…) se manifeste dans le vivre-ensemble*[22] ». Il apparait que le « *vivre-ensemble* », au sens arendtien, procède d'une action politique plurielle concertée et se manifeste dans un espace public, où le pouvoir politique en commun règne et où la communication rationnelle se manifeste clairement. Il en résulte qu'un vrai et authentique « *vivre-ensemble* » ne peut s'opérer dans l'individualisme, ni même se développer dans une pluralité non harmonisée qui n'engendre que le désordre.

Ainsi le « *vivre-ensemble* », en tant que loi universelle, sort du domaine éthique idéaliste individuel pour aborder le domaine politique, champ de déclaration de la dignité humaine.

---

21 H. ARENDT, *Qu'est-ce que la politique ?*, p. 136.

22 *Ibid.*, p. 182.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

En effet, le « *vivre-ensemble* », nonobstant son caractère pluriel et commun, n'implique en aucune manière une fusion de la diversité ou même une harmonie parfaite. Il est vrai que tous les êtres humains sont égaux : « *Tous sont égaux devant la loi (…)*[23] », mais leur égalité est en même temps la condition de leur distinction.

Dans son livre, « *Conditions de l'homme moderne* », Arendt affirme que « *nous sommes tous pareils, c'est-à-dire humains, sans que jamais personne ne soit identique à aucun autre homme ayant vécu, vivant ou encore à naitre*[24] ». Être pareils, mais non identiques, inspire à la première impression une contradiction incompréhensible. Les êtres humains sont identiques car ils profitent des mêmes droits devant la loi politique, mais leur devoir est d'agir d'une manière non identique dans le but de se distinguer les uns des autres afin d'avoir le mérite d'être reconnus des êtres humains « *courageux*[25] ».

En effet Arendt, ne nie pas le fait que cette nuance est difficile à expliquer. Elle avoue que « *la pluralité humaine est la paradoxale pluralité d'êtres uniques*[26] ».

Il s'agit ainsi de démontrer comment « *vivre-ensemble* » en respectant à la fois la ressemblance qui nous unit et la distinction qui nous différencie dans un monde à la fois commun et pluriel.

Cette ambiguïté est clarifiée dans son fameux principe : « *Le principe de la diversité* ». Ce principe actif, à la différence des principes purement moraux, passifs et transcendantaux, traite de « *la réciprocité d'êtres différents* ». De la sorte, elle précise que la différence s'avère être un devoir, non seulement un droit. La distinction dans la diversité qui défend l'égalité est une activité qui permet à chaque être humain de conquérir son unicité au lieu de l'hériter.

Voilà comment se manifeste alors la distinction, souvent mal interprétée, entre les deux verbes « *vivre-ensemble* » et « *coexister* » ; le premier verbe est actif donc acquis, alors que le deuxième est inné alors primitif et passif.

---

23 Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, article 7.

24 H. ARENDT, *Conditions de l'homme moderne*, p. 17.

25 L'homme courageux d'Hannah Arendt est un citoyen qui investit sa pensée et sa bonne volonté pour pouvoir s'exposer sur la scène politique. Il est alors celui qui comble la distance entre la compréhension d'un problème et la décision d'agir ; en d'autres termes le courageux transforme la parole en acte dans un espace public en commun.

26 *Ibid.*, p. 198.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Il en résulte que la finalité du « *vivre-ensemble* » n'est pas se rassembler pour subsister, mais certainement se distinguer en coopérant respectueusement avec les différences. C'est l'expression, même de la dignité humaine dans la communication active concertée : une expression du vivre-ensemble comme défi.

En effet, se distinguer impose une réciprocité de reconnaissance consciente de ce qui est autre que moi. Cet Autre a une vision propre du monde politique ; une vision qui se veut indépendante, partielle et subjective : « *une Weltanschauung*[27] ». Chaque *autre* est libre d'avoir une vision politique différente du monde et une compréhension subjective des phénomènes tels qu'ils se manifestent à sa conscience. C'est cette conscience, plus particulièrement agissante, qui fait la différence entre les êtres humains. Ces autres consciences, présentant des différences absolues, s'organiseront pour communiquer et pour participer activement à la réalisation du « *vivre-ensemble* ».

Somme toute, la dignité humaine se manifeste essentiellement dans la *polis* quand « *les hommes se distinguent au lieu d'être simplement distincts*[28] ». Cette déclaration arendtienne est révolutionnaire. C'est une version phénoménale des Droits de l'Homme. L'humanité doit assumer sa responsabilité en agissant, en produisant et en créant. « *La Vita* » est « *Activa* » et non pas « *Contemplativa* » comme l'a annoncé Arendt. En d'autres termes, la dignité humaine n'est pas un principe moral à méditer ni à contempler, c'est un principe actif qui crée la distinction dans l'égalité.

La dignité des êtres humains se manifeste dans leur conquête inlassable à réussir le « *vivre-ensemble* » dans une société non atomisée gouvernée par le « *nous tous* » des citoyens qui communiquent respectueusement.

III. La perte de la dignité humaine ou le défi du « *vivre avec* »

Les crises mondiales actuelles, sur plus d'un plan, exigent un effort d'analyse de tout ce qui peut fonder les sources de conflits infinis et de guerres sans merci. La situation politique contemporaine en crise présente l'exemple vivant d'un échec permanent de l'action politique plurielle et humaniste.

---

27 Weltanschauung est un terme allemand qui peut être traduit par une vision du monde ou une conception du monde. Il en résulte que chacun a une manière propre de voir et de concevoir le monde ; donc la Weltanschauung désigne impérativement une pluralité de consciences intentionnellement dirigées vers le monde commun entre tous les hommes.

28 H. ARENDT, *Conditions de l'homme moderne*, p. 198.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Quelles seraient alors les raisons de cet échec ?

Dans son essai « *Du mensonge en politique* », Arendt détaille le concept de la tromperie politique. Pour elle, le menteur est un homme rationnel, intelligent et acteur. Il sait manipuler l'opinion du peuple en usant des propagandes organisées. Le peuple se transforme par la suite en de « *simples publics*, *des majorités silencieuses*, *censés assister passivement aux productions des scénaristes officiels*[29] ». Ainsi, le peuple perd sa capacité d'agir en concert et devient passif donc non vivant. C'est à ce moment-là que la dignité du peuple commence à se détériorer ; le pouvoir politique menteur viole la dignité humaine qui est le facteur principal de la stabilité sociale.

Quand la stabilité sociale est menacée, l'espace public des êtres humains sera ouvert à plusieurs scénarios. Quand le menteur n'arrive plus à maintenir ses hypothèses, le peuple à un moment donné, réalisera le problème et cherchera par la suite un moyen, non nécessairement constructeur mais peut être destructeur, dans le but de restituer ses droits bafoués et par conséquent sa dignité. La violence s'imposera ainsi comme un substitut rapide et efficace pour reprendre, soutenir ou même remplacer les droits politiques perdus. La violence serait donc une sorte de réaction face à une injustice, dans le sens où sa raison d'action est sa capacité à solliciter l'attention du public. Dans ce cas-là, la violence tire sa justification de sa nécessité. Il en résulte qu'une violence justifiée et canalisée est capable de protéger la vie des êtres humains et de garantir l'action de leur liberté politique. Dans ce sens-là, il apparaît que la violence peut être tout à fait justifiable surtout quand elle viendrait chercher ou appuyer un pouvoir juste. Et c'est exactement à partir de cette requête que s'impose le problème politique, humain par excellence car il touche à ce qu'il y a de plus sacré, le propre de la nature humaine, celui de sa dignité.

En effet, le plus grand danger de la violence s'impose quand cette dernière perd son caractère rationnel pour devenir anarchique. Une telle violence peut produire « *des guerres monstrueuses capables de transformer le monde en désert et la terre en matière inanimée*[30] ». Or, les êtres humains ne peuvent pas vivre isolés dans un désert.

---

29 H. ARENDT, *Du mensonge à la violence*, p. 41.

30 ID., *Qu'est-ce que la politique* ?, p. 174.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Entre la capacité de restauration et celle de destruction, le concept de la violence sera fort discuté :« *la violence peut être justifiable*, *mais elle ne sera jamais légitime*[31] ».

Loin de faire l'éloge de la violence, Arendt affirme que la violence ne peut pas remplacer le pouvoir légitime qui use de la violence comme moyen pour arriver à sa fin (qui est le pouvoir en commun en soi). En d'autres termes, le pouvoir a en lui-même sa propre fin d'où il tire sa légitimité. Le problème s'impose quand la violence s'instaure comme moyen et fin en soi. Dans ce cas-là, on assiste à une disparition totale du pouvoir qui laisse place, non seulement à une violence furieuse non rationnelle, mais à la terreur.

Dans les systèmes totalitaires, les tyrans provoquent une stratégie d'isolement des êtres humains qui les rend impuissants et incapables d'agir, puisque « *la terreur ne peut régner absolument que sur des hommes qui sont isolés les uns des autres*[32] ». Ainsi, et c'est une observation qui se répète comme un leitmotiv, quand la terreur règne, l'espace public entre les hommes est détruit. La terreur provoque une destruction de la pluralité des hommes en les intimidant.

La dignité humaine, à ce niveau-là, se trouve détruite à tous les niveaux : les hommes sont dépourvus de leurs droits politiques ; ils n'agissent plus en concert, ils n'ont plus le pouvoir en commun, ils sont exterminés et violés. Par conséquent, la pluralité s'écrase et l'humanité entière ne formera qu'un seul individu ; c'est la réduction du pouvoir à un seul individu qui est le tyran.

Cette destruction de la pluralité transforme le monde en désert où le « *vivre-ensemble* » n'existe plus et les droits des hommes n'ont plus de valeur.

Cette destruction entraîne un retour à l'ordre apolitique, à l'ordre de la nature pulsionnelle et violente. L'humanité sera exposée ainsi au dessein semblable à celui des Arméniens, des Palestiniens et très récemment à celui des Syriens. Ces hommes-là ont été transformés en des « *apatrides* », en des « *indésirables* », en des « *anomalies* », « *des étrangers* », « *des défavorisés* » et « *des réfugiés*[33] ».

On parle même d' « *extermination* » et parfois de « *liquidation* » ; et souvent ces deux dernières deviennent des « *crimes légalisés par l'État* »

---

31 H. ARENDT, *Du mensonge à la violence*, p. 162.

32 ID., *Les origines du totalitarisme*, *t. 2*, *L'impérialisme*, Fayard, Gallimard, 2002, p. 304.

33 *Ibid.*, p. 274 et 305.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sous prétexte d'établir l'ordre et l'équilibre politique. Ces crimes, animés par une hostilité sociale et politique furieuse, transforment les hommes en des expulsés isolés parce que ces derniers se sont retrouvés sans patrie, sans nationalité voire même sans identité.

« *Quel crime ces gens peuvent-ils avoir commis pour souffrir de manière inhumaine ?*[34] ». Voilà la question qu'Arendt a posé en 1951, et qu'on ne cesse de répéter jusqu' à nos jours.

En effet, il ne s'agit pas d'un seul crime : celui d'évacuer une victime. Il s'agit d'un double crime : c'est le fait de détruire les hommes avant qu'ils ne soient évacués ; c'est tuer en eux leur dignité ; c'est les laisser se noyer dans les eaux des pays qui se disent civilisés sans permettre à ces émigrants d'ancrer. Voilà comment on peut maintenir tout un peuple en esclavage ; voici une nouvelle forme d'esclavage moderne.

De la sorte, ces « *sans droits*[35] », tels qu'ils sont nommés par Arendt, dépourvus de toute dignité, ne peuvent ni communiquer ni agir puisqu'on a violé leur droit à la liberté, à l'égalité et à l'action. Ils sont dépourvus de leur simple droit comme êtres humains. Ils ne trouveront désormais aucun obstacle à être hors la loi, puisque tout simplement ils n'ont pas de droits, commettant ainsi des actes illégaux pour subsister ou bien pour attirer l'attention à leur fardeau indésirable.

En somme, on peut affirmer avec Arendt que « *l'homme peut perdre tous ses fameux Droits de l'Homme sans abandonner pour autant sa qualité essentielle d'homme*, *sa dignité humaine*. *Seule*, *la perte de toute structure politique l'exclut de l'humanité*[36] ».

Il en résulte que la dignité humaine au sein de l'homme trouve son enracinement dans la *polis*, voire dans une politique essentiellement plurielle. Elle est une liberté politique qui s'affirme comme qualité du « *je peux* » et non du « *je veux* ». La dignité humaine ne s'affirme que dans la capacité à créer.

En effet, la création, loin d'être un concept religieux, désigne la capacité de produire du neuf ; la création se manifeste alors comme une activité sans fin, répétitive comme la vie. Elle permet donc une seconde naissance aux hommes qui peuvent ainsi créer le monde ; « *une telle reconstruction du monde*

---

34 H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, p. 257.

35 *Ibid.*, p. 292.

36 *Ibid.*, p. 299.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

à partir de la conscience équivaudrait à une seconde création du monde, et qui n'apparaîtrait plus comme un monde donné d'avance à l'homme mais comme un monde créé par lui[37] ». Les hommes au pluriel, conçus comme de nouveaux créateurs, c'est-à-dire comme des cofondateurs d'un monde commun, sont invités à créer un nouveau monde de droits des hommes où la dignité humaine est créée et jamais héritée.

Au final, l'initiative de notre recherche existentielle, se manifeste comme une affirmation vivante et perpétuelle de l'intangibilité de la dignité humaine. Il ne suffit pas que cette affirmation soit internationale et qu'elle soit proclamée à partir d'un ou de plusieurs pays qui sont parfois eux-mêmes témoins et provocateurs de la fragilité et de la destruction de la dignité humaine.

Hannah Arendt a bien montré que la seule solution, finalité culminante de son projet politique, est la collaboration commune qui vise à la construction d'un nouveau monde où « *le respect de la dignité humaine implique que l'on reconnaisse les autres hommes ou les autres nations comme des bâtisseurs des mondes ou comme des cofondateurs d'un monde commun*[38] ».

Cette politique arendtienne s'avère être une pure invitation à la collaboration pratique entre les nations afin de créer l'égalité et la liberté des hommes : deux conditions principales de la dignité humaine qui ne sont point un don naturel.

« *Nous ne naissons pas égaux, nous devenons égaux, en vertu de notre décision, de nous garantir mutuellement des droits égaux*[39] ».

Voilà l'expression vivante de la création de la dignité humaine : d'où le rôle de l'éducation dans le renflouement de l'éthique de la *polis* pour pouvoir parler de l'éthique de la politique et par conséquent de l'éthique du droit, conditions nécessaires de cette dignité. Ainsi, parallèlement à la conception arendtienne de la dignité humaine, Aristote a développé dans son livre « *Éthique à Nicomaque* », le concept des hommes libres qui sont les seuls à accéder à l'éducation et par la suite à la citoyenneté. L'impératif pédagogique aristotélicien expose la notion de la liberté vertueuse au sein de la communauté qui, par le moyen de l'éducation, ramène tous les membres de cette communauté à construire continument la paix. Ainsi, l'éducation

37 H. ARENDT, *La philosophie de l'existence et autres essais*, Payot et Rivages, 2000, p. 113.

38 ID., *Responsabilité et jugement*, Payot, 2005, p. 276.

39 ID., *Les origines du totalitarisme*, p. 305.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

crée les conditions nécessaires à la constitution et à la stabilité de toute *polis* vertueuse.

En effet, toute la philosophie pratique d'Aristote s'appuie sur la théorie de l'éducation : « *on ne naît pas vertueux*, *on apprend à l'être* », on apprend par conséquent à être vertueux donc à être de bons citoyens.

Il en résulte que la notion de l'égalité ainsi que celle de la liberté, conditions fondamentales de la dignité des hommes, ont besoin d'une politique de l'éducation au niveau de l'État afin de garantir ce qu'on entend par une bonne éducation à la paix.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages d'Hannah Arendt

ARENDT H, *La philosophie de l'existence et autres essais*, Payot et Rivages, 2000.

ARENDT H., *Conditions de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961, imprimé en 2009.

ARENDT H., *Du mensonge à la violence : essais de politique contemporaine*, Calmann-Lévy, 1972.

ARENDT H., *La vie de l'esprit 1*, PUF, 1981, imprimé 2016.

ARENDT H., *Les origines du totalitarisme*, Fayard, 2002.

ARENDT H., *Qu'est-ce que la politique ?*, Seuil, 1995.

ARENDT H., *Responsabilité et jugement*, Payot, 2005.

Ouvrages généraux

BLOCH E., *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, 2002.

Charte universelle des Droits de l'Homme, 1948.

FORST R., *Le droit à la justification*, Columbia université Presse, 2012.

JACK E., « Les Droits de l'Homme sont-ils d'inspiration individualiste ? », *Revue théologique de Louvain* 1998, 29e année, fascicule 3.

FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, vol. 58, n° 1.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Quelle place aujourd'hui à la dignité dans l'agir humain ? / What Place Does Dignity Have in Human Action Today?

Marie Fayad, *Professeure de philosophie politique, Chef du département de Philosophie et Directrice du laboratoire Sophia à l'Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban*

Maya Jreissati, *Doctorante en philosophie politique à l'Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, Chargée d'enseignement en philosophie et en sciences économiques et sociales aux lycées. Ancienne chargée de cours à la Faculté de philosophie de l'Université Saint-Joseph, Beyrouth*

Abstract

This article tries to explain the different ways in which human beings view the notion of dignity and the effects of these views or representations on the practical sphere of existence.

On the basis of models that economic science gives us on the foundations of human behavior, we will try to understand how the notion of dignity could make sense in the economic sphere.

The light that philosophy can bring us, would be to revisit the conceptual roots from which humanity has shaped representations of itself and of its own human value, to make them the place – or the different places – of its dignity.

Through our economic and philosophical approaches, we will try to explain the contemporary political and economic issues of the various representations of dignity.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La dignité humaine ou la représentation que les hommes se font de leur dignité, est-elle un motif au fondement de l'agir humain ?

Nous interroger sur la dignité humaine et ses manifestations dans l'agir humain, suppose d'abord, de comprendre ce que nous entendons par dignité humaine. Il ne faut pas aller loin pour voir comment, de nos jours, la notion de dignité est utilisée pour défendre une cause et son contraire. Cette dichotomie, néanmoins, n'est pas confusion, elle n'est pas désordre de la pensée; elle est le signe que nous sommes bel et bien en présence d'une énigme quand nous parlons de dignité. En effet, quand nous cherchons à dire ce qu'est notre dignité, nous nous ouvrons au mystère de l'être. C'est en partant de modèles que nous donne la science économique sur les soubassements du comportement humain, que nous essayerons de comprendre comment la notion de dignité pourrait faire sens dans la sphère économique. L'éclairage que peut nous apporter la philosophie, serait de nous arrêter sur quelques étapes essentielles de la pensée au cours desquelles l'humanité a essayé de conceptualiser ses propres représentations de la dignité. À travers nos approches économique et philosophique de l'homme, et des motifs explicatifs de son agir dans le monde, nous tenterons de comprendre les tenants et les aboutissants de l'énigme, à défaut de pouvoir la résoudre.

La dimension économique de l'agir humain

Le modèle dominant en sciences économiques comme figure universelle représentative du comportement humain, est *l'homo œconomicus*[1]. Cet *homo œconomicus* est le postulat le plus célèbre de l'économie. Il représente l'agent économique-type qui fait des choix dans la sphère économique. En effet, lorsqu'il s'agit de caractériser leur comportement économique, les agents économiques semblent tous répondre d'un même profil type : ils sont rationnels et optimisateurs, c'est-à-dire qu'ils réfléchissent et font des choix en vue de maximiser leur bien-être. L'agent économique prend une décision en évaluant rationnellement les bénéfices et les coûts associés à son choix et en optant pour l'alternative qui lui rapporte la plus grande satisfaction ou gain, avec le minimum de peine ou de dépenses. Quand une entreprise analyse la possibilité de délocaliser sa production, elle fait un calcul : tenter de baisser ses coûts de production en vue de renforcer sa compétitivité.

1 Le latin *homo oeconomicus* signifie homme économique. On rapporte les premières occurrences de ce mot dans les écrits de l'économiste et philosophe britannique, J. Stuart Mill, au 19e siècle.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Quand le prix des tablettes numériques Samsung devient relativement moins cher que celles d'Apple, les agents économiques sont encouragés à acheter les tablettes Samsung. Ni le consommateur de Samsung, ni l'entreprise qui internationalise sa production, ne réfléchissent, *a priori*, en vue d'un objectif qui serait étranger à leur intérêt privé. *Homo œconomicus* est chacun d'entre nous, quand nous posons un choix économique : nous sommes rationnels, utilitaristes, calculateurs, intéressés. Nous sommes des agents capables d'utiliser au mieux les ressources dont nous disposons en vue de maximiser notre propre satisfaction.

La représentation de l'homme sous les traits de *homo œconomicus* a suscité débats et contestations, au sein même des économistes. Le principal reproche qui a été fait à ce personnage, *homme économique*, c'est précisément qu'il est tellement abstrait, qu'il ne correspond, en réalité, à personne. Qui d'entre nous, pourrait-il se vanter de pouvoir développer une rationalité tellement profonde, qu'elle consisterait avant chaque décision économique, à évaluer l'ensemble des choix possibles, à les comparer en traitant toute l'information nécessaire à cet effet, à leur affecter des coûts et des bénéfices, à choisir l'alternative qui maximise notre bien-être, toujours avec cohérence et sans contradiction aucune dans le raisonnement ? Le modèle soulève, en effet, maintes apories. D'une façon générale, nous pouvons regrouper les contestations de la figure *homo œconomicus* selon qu'elles s'originent à partir de la sphère économique, ou bien à partir d'approches psychologiques et sociologiques du comportement humain, c'est-à-dire des apports des sciences sociales à l'économie. Souvent, ces deux critiques sont mélangées : c'est dire que, même au sein des économistes, la contestation de la figure *homo œconomicus* repose souvent sur les avancées des sciences sociales.

La critique économique de cette notion est surtout liée aux deux prémisses qui fondent la figure de *l'homo œconomicus*, la rationalité qui lui est affectée, et son objectif qui est celui de maximiser son profit. La contestation du modèle a consisté à remettre en cause les exigences intellectuelles affectées à cette figure, exigences qui dépassent les possibilités de réflexion de la plupart des hommes. Néanmoins, la critique inverse est très répandue en économie, elle consiste à reprocher à la figure *homo œconomicus* d'être, non pas trop sophistiquée, mais au contraire, trop simpliste ou simplificatrice dans sa tentative d'approcher la réalité des motifs qui sont au fondement des choix économiques des hommes[2]. L'homme n'agit-il pas parfois, de façon

2 Notons par exemple cette réflexion de l'économiste contemporain Amartya SEN, qui réfère à la figure *homo œconomicus* en écrivant : « *L'homme économique est, à vrai dire, un*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

impulsive, voire irrationnelle, manifestement contraire à son intérêt ? Peut-on statuer sur l'universalité de l'objectif assigné à *homo œconomicus*, à savoir la maximisation de son bien-être ? Ne peut-il agir, parfois, de façon purement désintéressée ? En réalité, les hommes ont des désirs illimités, et les motifs qui les poussent à agir sont tout aussi illimités : parfois matériels, parfois spirituels ou idéologiques, parfois calculés parfois impulsifs, parfois égoïstes parfois altruistes; aussi l'économiste ne peut déterminer de la rationalité ou de l'irrationalité des motifs qui poussent l'individu à agir, il ne peut élaborer un modèle mathématique qui systématiserait les déterminants du choix[3]. Les critiques que les sciences sociales ont adressées à la figure *homo œconomicus*, mettent en avant le caractère toujours socialisé et déterminé de l'homme, ce que le modèle *homo œconomicus* ne prend pas en compte. En effet, l'individu est un être socialisé, qui assimile, tout au long de sa vie, les habitudes, les traditions, les pratiques et la culture de la société dans laquelle il grandit. Ses motifs pour agir sont inconsciemment affectés par ses acquis, hérités de son éducation et de ses rapports sociaux. L'agent économique n'est donc pas un atome qui réfléchit dans sa bulle au meilleur choix possible, et sa rationalité n'est pas déconnectée du monde dans lequel il vit. La décision qu'il prend n'est pas un absolu de sa pensée rationnelle, mais un effet de son vécu psychologique et social. Quand *homo œconomicus* choisit une option parmi d'autres, le choix qu'il pose n'est pas toujours le produit de son libre jugement rationnel, calculateur et intéressé, mais il est souvent déterminé par son histoire privée et collective.

Malgré les contestations soulevées par l'ensemble de ses détracteurs, et malgré son aspect réducteur, *homo œconomicus* est pourtant utile à la pensée; à défaut de représenter la réalité humaine dans sa complexité, il a l'avantage de servir de figure normative, d'hypothèse de travail, même incomplète. C'est bien cet homme que nous interpellerons pour comprendre comment il pense sa dignité. Certes, nous interrogerons un *homo œconomicus* qui a échappé à son modèle de base, à sa figure originelle : un *homo œconomicus* qui avance chargé de toutes les déconstructions que les progrès scientifiques et la réflexion intellectuelle lui ont légué. Nous l'interrogerons sur la représentation qu'il se fait de sa propre valeur humaine, de sa dignité ; nous évaluerons si cette représentation interfère dans ses choix; le cas échéant, la

---

demeuré social. La théorie économique s'est beaucoup occupée de cet idiot rationnel […]. Pour prendre en compte les différents concepts relatifs à son comportement, nous avons besoin d'une structure plus complexe » in Éthique et économie, trad. S. MARNAT, PUF, 1993, p. 106-107.

3 Critique inspirée de celle de l'école autrichienne dont le fondateur est l'économiste C. Menger (19e siècle).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

représentation qu'il se fait de sa dignité ne viendrait pas se surajouter comme un motif supplémentaire à l'action, mais constituerait la terre natale de tous les motifs.

La dignité et ses humanismes

Pour comprendre ce qui se joue dans les représentations de notre dignité, revenons à ses différentes racines conceptuelles, c'est-à-dire à quelques grandes étapes de la pensée au cours desquelles l'humanité a façonné et sédimenté des représentations d'elle-même et de sa propre valeur humaine, pour en faire le lieu ou les différents lieux de sa dignité.

Toute notre dignité consiste à être humain

Notre acceptation courante de la notion de dignité semble intégrer un présupposé fondamental : l'égalité morale de tous les hommes. Ce principe paraît aller de soi dans nos sociétés démocratiques contemporaines, mais en réalité, il a fallu que les consciences des hommes s'éveillent peu à peu à cette réalité humaine et l'intègrent dans leurs mentalités et dans l'organisation de leurs cités. Les hommes sont tous moralement égaux : aucun homme n'a plus (ou moins) de valeur qu'un autre homme quelles que soient les inégalités qui pourraient exister entre eux, comme par exemple les différences physiques, de statuts, de conditions sociales ou autres. Cette idée a été initialement diffusée dans le monde par la pensée stoïcienne et par le christianisme[4]. Mais c'est bien la religion chrétienne qui a le plus largement contribué à la populariser, réveillant ainsi dans la conscience des hommes, des intuitions dormantes qui, dès lors qu'elles ont émergé, ont grandi, mûri, se sont affranchies de la pensée religieuse, jusqu'à nous mener aux révolutions américaine et française.

Le christianisme posera l'égalité morale des hommes dans la filiation à Dieu. C'est bien parce que les hommes sont tous fils de Dieu, qu'ils sont tous égaux, et qu'aucun d'entre eux n'a de valeur humaine plus que l'autre. En effet, les hommes ont une valeur intrinsèque, incommensurable et inaliénable; cette valeur, ils ne la tiennent pas de ce qu'ils ont (leurs biens) ou

4 La notion de dignité, traditionnellement, a été comprise au sens de valeur humaine intrinsèque (avant même l'avènement du christianisme) mais aussi de position sociale. Un dignitaire est un individu qui a une position publique élevée en société. Cette idée se retrouve notamment dans les écrits de Cicéron (1er siècle av. J.-C.). Peu à peu dans l'histoire de la pensée, le sens de dignité lié à une position hiérarchique ou un statut social s'estompe, pour ne garder que le sens de dignité comme valeur humaine.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

bien de ce qu'ils sont (leurs capacités intellectuelles et physiques, leur statut social) ou bien de ce qu'ils font (agir avec bonté, générosité ou au contraire égoïsme, malhonnêteté…) sinon, elle ne pourrait pas être identiquement présente en tous. Cette valeur, en réalité, ils la tiennent de Dieu : ils ont été créés à l'image de Dieu et tirent leur dignité de cette ressemblance. L'homme est un esprit dérivé et toute sa dignité tient à celui dont il dérive, son fondement, qui est Dieu. La dignité humaine est un don ontologique, mais l'homme, qui est liberté, doit œuvrer tout le long de sa vie à se rendre digne de sa dignité. En effet, l'homme est liberté : une liberté qui expérimente ses possibles, qui éprouve ses capacités à fonder son existence, à choisir sa vie, à diriger ses projets. Mais à partir du moment où cette liberté s'éprouve comme fondement de soi, à partir du moment où elle pense trouver ses valeurs et le sens de son existence dans l'immanence de sa propre volonté, elle s'illusionne sur sa vérité et devient, à ce moment-là, une liberté en exil de soi. L'homme est appelé à reconnaître qu'il n'est pas, à lui-même, son propre fondement, et que sa vérité consiste à plonger dans son fondement, à se rapporter exclusivement à son fondement[5].

La représentation de la dignité, telle que véhiculée par la religion chrétienne, constitue une des intuitions les plus fortes et probablement l'intuition la plus solidement ancrée dans notre inconscient collectif sur la dignité : à savoir que la dignité appartient à l'homme du simple fait qu'il est homme, sans plus ni moins. Et ce *quelque chose* qui rend l'homme digne (sa ressemblance avec le Créateur), l'élève et le distingue par rapport au reste du monde. De plus, les hommes moralement égaux, également dignes, sont frères en Dieu. Une fraternité universelle s'installe dans l'appartenance à la même humanité, à la même dignité; cette fraternité installe, en retour, une responsabilité universelle vis-à-vis de cette dignité partagée entre frères. Néanmoins, la conception de la liberté telle que véhiculée par la pensée chrétienne, tendra peu à peu à s'estomper avec l'avènement de la modernité : la pensée de l'homme va progressivement rompre avec la représentation d'une liberté dont le centre de gravité se situerait, non pas en elle-même, mais en amont d'elle-même. L'homme moderne lie sa dignité à sa faculté de penser, celle-ci lui donnant le pouvoir de *se* penser comme fondement de lui-même.

---

5 L'analyse de la liberté et de son rapport au fondement, dans ce passage, s'inspire directement de la pensée du philosophe danois S. Kierkegaard (19e siècle) : S. KIERKEGAARD, *Traité du désespoir*, trad. K. FERLOV et J.-J. GATEAU, Gallimard, 2000, notamment p. 87-108.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Toute notre dignité consiste en la pensée

Les stoïciens ont été les premiers penseurs à poser l'égalité des hommes entre eux dans une égale capacité de conscience; les hommes sont tous doués de raison, ils ont identiquement et universellement la capacité de réfléchir, capacité qu'ils sont appelés à utiliser pour être-au-monde. L'idée que la faculté de penser et plus précisément de prendre conscience de soi et du monde, constitue la marque la plus distinctive de l'humanité, va constituer le cœur de la révolution intellectuelle de la pensée moderne. Avec Pascal (17e siècle), « *toute notre dignité consiste […] en la pensée*[6] ». Le philosophe pose la dignité de l'homme – sa noblesse, sa supériorité sur la nature – dans sa conscience, dans son activité réflexive et spirituelle. Selon Descartes, contemporain de Pascal, l'homme tire sa qualité d'homme du fait qu'il est « *une chose qui pense*[7] ». La grandeur de l'homme est, non seulement dans ses capacités à produire une pensée, au sens par exemple de réfléchir pour surmonter un obstacle, mais sa grandeur est dans sa capacité à prendre conscience de ce qu'il pense, à penser et à se voir en train de penser; c'est dans ce décalage de la pensée par rapport à elle-même, dans ce retour de la pensée sur elle-même où elle voit ce qu'elle pense et prend le temps de comprendre ce qui se joue en elle et autour d'elle, que surgit la spécificité de l'homme, être pensant. En effet, seul l'homme, de tous les êtres vivants, ne se contente pas de survivre et de répondre à l'instinct de l'espèce. Sa conscience, en lui révélant la tragédie de sa condition humaine et la précarité de son existence, le pousse à interpeller la nature, à appréhender ses phénomènes, à décoder le réel, cherchant du sens à son existence, mais aussi cherchant à améliorer les conditions de sa vie. Aussi, si la dignité humaine a un lieu, ce lieu serait, à partir de ces intellectuels faiseurs de la modernité et capteurs de l'air de leur temps, la faculté de penser, et de prendre conscience de soi et du réel. La valorisation de la faculté de penser, comme signe distinctif de l'humanité, ouvrira la voie à une émancipation de l'homme par rapport à ses repères traditionnels – par rapport à toutes sortes de contraintes et d'autorités qui s'imposaient traditionnellement à lui – et l'amènera à promouvoir de plus en plus, sa liberté.

Toute notre dignité consiste en la liberté

Idée créée par la modernité, idée qui a créé la modernité : de tous les êtres vivants, seul l'homme est capable d'inventer sa vie. L'homme est

---

6 B. PASCAL, *Pensées*, Garnier-Flammarion, 1976, Pensée 347, p. 149.

7 R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, PUF, 1979, p. 43.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

indéterminé; son indétermination originelle, qui ouvre l'espace de sa liberté, est la marque indélébile de sa dignité. Avec Pic de la Mirandole (15e siècle), l'humanisme de la renaissance se fonde sur la valorisation de la détermination de l'homme par lui-même. L'homme n'est *rien* quand il commence sa vie, rien de substantiel, rien de défini : ce *rien*, loin d'être faiblesse et impuissance, se trouve être le lieu de la grandeur de l'homme et de sa dignité. L'homme a la capacité de se créer soi-même, de définir l'homme qu'il veut être. Il tient sa destinée entre ses mains. Cette pensée sera, quelques siècles plus tard, au cœur de la philosophie de Sartre (20e siècle). Le philosophe français fonde la dignité *dans* la liberté. Selon Sartre, l'homme sera ce qu'il se fait lui-même. Certes, il est jeté dans un monde qu'il n'a pas fait, il ne choisit pas son corps, sa place géographique, historique, ou sociale; mais même si sa situation de base lui échappe, il n'en demeure pas moins que sa liberté est totale : il lui reste la capacité de changer cette situation, de l'orienter vers des objectifs que lui-même aurait assignés. La vraie liberté consiste à choisir, par soi-même, « *sans aucun appui et sans aucun secours* », l'orientation qu'on veut donner à sa vie[8] : idée qui va faire son chemin dans la pensée contemporaine.

L'homme, aujourd'hui, a de plus en plus tendance à fonder son humanité et sa dignité dans sa capacité à s'autodéterminer. La dignité n'est pas ceci ou cela, elle est formellement liée à la possibilité du choix de soi. Nous assistons ainsi, et de plus en plus à notre époque, à un déplacement dans la représentation de la dignité par rapport à la conception traditionnelle issue de l'héritage chrétien. Le déplacement consiste à inverser l'ordre de priorité ou de subordination entre la représentation de la dignité et la représentation de la liberté. Ce qui est absolu, dans cette perspective moderne, ce n'est pas la dignité mais la liberté : c'est au nom de la liberté absolue de l'homme, que le pouvoir-choisir-soi serait synonyme de dignité. Cette représentation prédominante de nos jours, expliquerait la montée actuelle de revendications diverses dans les champs de l'économie, de la biologie, de la médecine… revendications qui ont pour but d'inscrire dans les orientations politiques des sociétés ou dans le droit positif, les valeurs et les choix privés que les hommes érigent en représentation de leur dignité. Au nom d'une liberté sacrée, l'homme utiliserait le langage du droit et de la loi, pour faire valoir des choix de soi, qui manifesteraient alors sa dignité. Aussi, dans cette approche, le référent de la dignité, son fondement, n'est plus extérieur

8 J-P. SARTRE écrit : « *[…] sans aucun appui et sans aucun secours, (l'homme) est condamné à chaque instant à inventer l'homme* » *in L'existentialisme est un humanisme*, Nagel, 1968, p. 38.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

à la subjectivité de l'homme, mais il lui est immanent : l'homme devient désormais le référent de sa dignité, celle-ci consistant en la capacité de vivre et de se faire respecter, à partir du choix subjectif de soi.

Au 18e siècle, un philosophe allemand fait le pari suivant : d'une part, poser le fondement de la dignité de l'homme dans l'homme, dans l'immanence de sa subjectivité (ce qui est tout à fait compatible avec la pensée moderne), mais d'autre part, (et c'est là son originalité) montrer que la vraie liberté de l'homme ne consiste pas à poser n'importe quel choix issu du jeu de ses désirs, mais à choisir « *la dignité* » comme valeur absolue, c'est-à-dire à toujours poser le choix parmi les choix, qui pourrait être valable pour l'humanité entière.

Toute notre dignité consiste à être capable de moralité

Pour le philosophe allemand Kant (18e siècle), « *dignité humaine* » est le nom donné à la valeur-sans-prix de l'homme. L'homme a de la valeur, de par le fait qu'il est humain, il a une valeur intrinsèque qui n'admet pas des plus et des moins : cette valeur-sans-prix, cette valeur intrinsèque qui ne peut s'échanger, se vendre, se marchander, s'appelle dignité humaine. L'homme expérimente ce qu'il appelle dignité dans le for intérieur de sa conscience, du fait de la présence en lui de la loi morale; cette loi morale est une production de sa libre faculté de penser. Elle n'est pas transcendante, elle n'est pas la loi de Dieu ou des autres; elle est pensée, production de la pensée. La raison humaine est capable de concevoir la loi morale, et cette présence en l'homme d'une moralité, atteste sa dignité. C'est en découvrant, par la voix de sa conscience, la loi morale, que l'homme prend la mesure de sa dignité. Et que révèle cette loi à la conscience de l'homme ? Les deux formules principales de la loi morale sont les suivantes : Agis de telle sorte que la maxime de ton action puisse être universalisable et Ne traite jamais autrui seulement comme un moyen, mais toujours comme une fin[9]. Ceci dit, si la dignité consiste à concevoir la loi morale en soi, dans le for intérieur de la conscience, il reste encore à s'en rendre digne, à agir selon les commandements de cette loi. Une chose est de conscientiser la loi, une autre chose est de la respecter. Aussi, c'est dans la volonté humaine que se situe la décision : obéir ou ne pas obéir à la loi morale ? La liberté pour Kant, n'est pas la capacité de choisir, mais la capacité de choisir l'obéissance à la loi morale.

---

9 E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. DELBOS, Vrin, 1980, p. 94-105.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

L'apport de Kant aux notions de dignité et de liberté, est immense; il correspond à un jumelage entre deux aspirations qui semblent, *a priori*, contradictoires : valoriser l'autonomie de la volonté, et en même temps, arracher la représentation de la dignité aux aléas d'une liberté libertaire. Pour Kant, si l'homme est digne de par le fait qu'il est porteur d'une moralité, il ne se rend digne de sa dignité qu'en posant un acte libre. Et il ne pose un acte libre que lorsqu'il transcende ses penchants naturels, pour poser un choix en fonction, non pas de sa personne mais de l'humanité entière. En effet, l'autonomie de la volonté consiste à se donner sa propre loi; être autonome veut dire n'obéir qu'à la loi qu'on s'est donnée soi-même. Mais Kant, philosophe de la liberté, accorde à l'autonomie de la hauteur, de la transcendance, et cette transcendance, c'est *dans* la dignité que l'autonomie va la chercher. Au fond, pour Kant la dignité est en quelque sorte le lieu de notre transcendance, le lieu où nous, humains, dépassons notre nature, notre appartenance au monde naturel, pour accéder au propre de notre humanité. La loi que le sujet se donne à lui-même et qui est le signe de son autonomie, cette loi, pour Kant, n'est pas arbitraire; elle n'est pas n'importe quel désir, n'importe quel caprice de la volonté. L'autonomie pour Kant est presque un idéal; à chaque fois que l'homme dans sa vie courante, doit poser un choix et se choisir une loi, l'autonomie devient un défi pour sa volonté : celui de pouvoir faire un choix qui respecte l'autre dans sa dignité et qui ne consiste pas à l'utiliser simplement comme un moyen pour arriver à ses propres fins, celui de pouvoir faire un choix qui puisse être compatible avec l'humanité entière.

En somme, avec cette représentation de la dignité à laquelle nous ouvre la pensée kantienne, nous arrivons à l'issue de notre parcours qui retrace des approches différentes de la dignité humaine; et c'est probablement à l'issue de ce parcours, que nous mesurons la profondeur de l'énigme qui se pose, quand nous essayons de cerner le propre de la dignité. Au fond, si nous devons dire ce qu'est notre dignité, ici et maintenant, saurions-nous vraiment à laquelle de ces représentations nous adhérons ?

Quelle(s) dignité(s) ?

La dignité est le plus intime de notre humanité, la façon que nous avons de valoriser le cœur, le noyau de notre humanité, néanmoins c'est aussi un concept dé-substantialisé et abyssal. Plus nous essayons de remplir en substance ce concept, plus nous mesurons le vide ou le néant, disons plutôt la distance abyssale qui nous sépare de sa totalité. La dignité ne se dit pas à travers *une* approche, *une* représentation. Probablement parce que toutes

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

les approches et les représentations que nous avons explicitées plus haut, ne sont pas totalement exclusives l'une de l'autre. Devrions-nous chercher la dignité dans l'immanence du sujet libre, dans son empire et sa maîtrise sur sa vie ? Ou bien devrions-nous chercher la dignité dans la transcendance, la dignité serait alors le lieu de notre appartenance à un ailleurs qui nous donne de la hauteur et nous attribue notre vraie humanité ? Ou bien, pour penser la dignité humaine, devrions-nous penser une transcendance dans l'immanence : celle que Kant a pu traduire dans la loi morale, une transcendance qui pousse l'homme à se dépasser en tant qu'homme ?

La dignité a à voir avec l'immanence du sujet tel qu'il se pense dans la modernité, actant de sa vie, créateur de lui-même, décideur de ses projets; en effet, à notre époque, la dignité ne peut plus se dessaisir de cette idée moderne qui la lie irrémédiablement à l'autonomie de la volonté. Mais aussi la dignité a à voir avec la transcendance, avec l'idée que notre dignité est dans un insaisissable qui nous passe et nous dépasse et dont nous devons nous rendre dignes.

C'est à partir de ces différentes conceptions, que nous existons et déployons notre être profond : nous portons en nous l'une ou l'autre de ces représentations, souvent, l'une *et* l'autre de ces représentations. Nous construisons nos vies et notre monde, à partir de ces humanismes diffus que nous portons et qui nous portent : ils nous portent à transformer le monde, à construire nos sociétés, nos rêves et nos projets. Nos différentes conceptions de la dignité, loin de s'exclure, s'emboitent, s'enrichissent l'une de l'autre et parfois s'affrontent entre elles; ce sont elles, toutes, qui nous font avancer.

La dignité comme valeur opératoire dans le monde

L'humanisme de notre époque, axé sur l'innovation et la créativité

Les temps d'aujourd'hui sont des temps révolutionnaires au niveau de la technologie, du progrès technique, de la science. Nous éprouvons notre humanité dans son pouvoir de créativité et d'innovation. Nos avancées techniques et scientifiques assoient notre puissance rationnelle et nos capacités intellectuelles. Nous sommes dans les temps de la destruction créatrice, selon les termes de l'économiste Schumpeter[10] (20e siècle).

10 J. SCHUMPETER, économiste autrichien, lie le concept de destruction créatrice à celui – central dans la pensée de Schumpeter – d'innovation. Innover est le propre de

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Nous détruisons nos traditions, nos conventions, et peut-être mêmes nos enchantements passés, pour reconstruire à partir de notre faculté de penser un monde ré-enchanté : entendons, non pas soumis à des forces mystérieuses et inconnues, mais soumis à la rationalité conquérante des hommes, révolutionné par la créativité et le savoir accumulé. La figure de *l'homo œconomicus* surgit plus forte que jamais. Autant avons-nous dénigré la caricature de *l'homo œconomicus*, autant il ressurgit aujourd'hui, sous forme de prototype, porteur des attentes de l'homme, celles de créer une intelligence supérieure, artificielle, capable de cette rationalité absolue (ou du moins supérieure à l'homme), qui peut analyser toutes les données disponibles, les brasser, et ressortir la décision, la meilleure. *Homo œconomicus* est destiné à être le robot de l'avenir, transposé dans le champ de l'agir humain, avec des applications dans toutes les dimensions d'activités où l'efficacité des hommes serait en défaut par rapport à l'efficacité de la machine.

L'homme, quant à lui, est aussi *homo œconomicus*, en version plus *soft*, plus humaine, plus réelle; il est ce que nous sommes, des *homines œconomici*, tels que les économistes ont fini par en dessiner le profil : des hommes, imparfaitement *homo œconomicus purs*, parce que toujours immergés dans leurs réalités quotidiennes, en train de faire des choix à partir de différents motifs, intéressés ou altruistes, affectifs, matériels, spirituels, ou tout simplement impulsifs et déterminés à l'avance par l'héritage culturel. Nous, *homines œconomici*, qui valorisons notre faculté de penser et notre capacité à innover, portons tous en nous, une certaine idée de notre dignité, et cette idée va chercher ses fondements dans l'une ou l'autre des représentations que nous avons explicitées. Dépendamment de l'idée que nous nous faisons de notre dignité, dépendamment de la priorité que nous accordons à une représentation au détriment de l'autre, nous infléchissons nos choix et nos orientations dans notre vie sociale, économique et politique.

Les enjeux politico-économiques des différentes représentations de la dignité

Prenons un enjeu de société : la réflexion sur le seuil tolérable d'inégalités socio-économiques. Ce sujet donne lieu à des prises de positions opposées en société. Or, les arguments avancés de la part des uns et des autres, ne peuvent constituer de preuves définitives pour clore le sujet sur la détermination du rôle de l'État en ce qui concerne cet enjeu social. Et la

---

l'entrepreneur, et constitue, dès lors, le moteur du progrès économique. L'innovation constitue le principal moteur de la croissance.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

raison principale pour laquelle aucune argumentation ne peut prévaloir sur l'autre, a un rapport avec la dignité : les arguments se déploient sur fond de schèmes et de présupposés qui vont chercher leurs origines intellectuelles et la conviction de ceux qui les défendent, plus loin que le simple calcul de l'efficacité économique.

En effet, la pensée libérale, d'une façon générale, considère que la liberté individuelle doit être au fondement de la société et qu'étant le symbole de la dignité, aucun principe ne doit venir l'inquiéter. Les racines conceptuelles de cette idée sont apparues dans les écrits du philosophe anglais John Locke (17e siècle), fondateur de la pensée libérale. Locke consacrera l'idée que la liberté individuelle est la valeur indépassable à partir de laquelle les sociétés devraient s'organiser. Dans son *Traité du gouvernement civil*, le philosophe défend la thèse que l'homme *avant* l'État, *avant* la politique, est capable de comprendre, par ses propres lumières naturelles, l'idée que le respect de l'autre dans sa dignité est un devoir moral[11]. Dans cette perspective, l'individu et sa liberté sont des valeurs sacrées et l'État est un instrument qui assure la coexistence des libertés individuelles. La théorie politique du libéralisme s'est déployée, depuis Locke, comme une théorie des limites du rôle de l'État et de ses interventions en société. La pensée forte du libéralisme, dans certains de ses courants, propose de réduire le rôle de l'État au strict minimum, c'est-à-dire à des fonctions de gestion de la vie courante des individus, à des fonctions de protection des droits de propriété… mais sans accorder à l'État de prérogative lui permettant d'intervenir dans le domaine social ou économique[12]. Cette approche consiste précisément à regarder le monde à travers le prisme du respect inconditionnel de la liberté individuelle : à partir du moment où notre liberté s'épanouit sans pour autant déborder sur la liberté de l'autre, au nom de quoi, au nom de qui, devrions-nous la limiter ou la contraindre ? Transposé dans la perspective d'une réflexion

---

11 J. LOCKE écrit : « *[…] la raison, […], enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à un autre, par rapport à sa vie, à sa santé, à sa liberté, à son bien. […] Et lorsque sa propre conservation n'est point en danger, il doit, selon ses forces, conserver le reste des hommes…* » *in Traité du gouvernement civil*, trad. D. MAZEL, Garnier-Flammarion, 2e éd., 1992, p. 145-146.

12 Nous pouvons référer par exemple, à l'économiste R. NOZICK (20e siècle) qui écrit : « *Un État minimal, qui se limite à des fonctions étroites de protection contre la force, le vol, la fraude, à l'application des contrats, et ainsi de suite, est justifié; tout État un tant soit peu plus étendu enfreindra les droits des personnes libres de refuser d'accomplir certaines choses, et il n'est donc pas justifié; […] L'État ne saurait user de la contrainte afin d'obliger certains citoyens à venir en aide aux autres…* » *in Anarchie État et Utopie*, trad. E. de LAMARTINE, PUF, Coll. Libre-échange, 1988, p. 9.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sur les inégalités socio-économiques, l'argument serait : au nom de quoi, au nom de qui, devrions-nous partager avec la société, le fruit de notre travail et de nos efforts ? En prenant le cas extrême, une société qui chercherait à égaliser de façon stricte les conditions de ses citoyens, ne serait ni juste, ni efficace économiquement.

Or, concernant ce même enjeu – les inégalités socio-économiques – un autre point de vue sur l'homme, un autre humanisme, met l'accent sur le critère de la fraternité, et considère que le dénuement le plus total détruit la figure de l'homme et peut constituer un impératif prioritaire, ou du moins concurrentiel par rapport au respect illimité et inconditionnel de la liberté individuelle dans la sphère économique. Les tenants de ce courant de pensée, prônent le partage et la distribution partielle des richesses au travers le mécanisme de redistribution de l'État. En effet, il arrive des moments dans la vie, où l'être humain, démuni socialement, sans ressources économiques, perd précisément sa dignité d'homme; ses conditions de vie deviennent semblables à celles des animaux; le regard qu'il porte sur lui-même et le regard que certains peuvent lui renvoyer, ne peuvent l'aider à sortir de situations difficiles dont la responsabilité est souvent liée à un manque de chance. Faut-il, dès lors, laisser tomber ceux d'entre nous qui, précisément, sont les plus faibles et les plus fragiles en société ? Ne faut-il pas, au contraire, s'entraider entre humains ? Dans cette perspective, la dignité est conçue comme une valeur intrinsèque à l'homme du fait qu'il est un homme : en conséquent, à partir du moment où il se voit lui-même et dans le regard des autres, moins qu'un homme, il est de la responsabilité de la société, de restaurer l'image qu'il a de lui-même[13].

Le développement durable s'inscrit indirectement dans le cadre de cette approche de l'homme. Cette pensée constitue un ensemble de pistes de réflexion qui cherchent à créer un modèle économique permettant à l'humanité de fonder un développement humain, soucieux de la croissance économique, mais aussi soucieux de réduire les inégalités socio-économiques qui se manifestent dans le monde, et aussi soucieux de la préservation de la

13 Toutes les sociétés démocratiques ont mis en place, depuis le début du siècle passé, des systèmes de redistribution. Protéger les individus contre la grande pauvreté est, indépendamment du concept discuté dans cette étude (la dignité), un critère d'efficacité économique et un critère d'efficacité politique. D'Aristote à Rawls, en passant par Rousseau, l'idée que trop d'inégalités nuisent à la démocratie elle-même, est une idée qui court toujours.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

nature[14]. La réflexion sur les inégalités part d'un constat que le développement durable met en évidence : en effet, nous vivons dans un monde globalisé et néanmoins, les inégalités de richesse sont criantes entre le Nord et le Sud, parfois même à l'intérieur d'une même société. Les populations frustrées, fragiles et nécessiteuses, qui n'ont pas accès à des besoins élémentaires ou qui sont attirées par un développement humain plus conforme à leur dignité, vont réagir par des mouvements de foule, des révolutions, des migrations massives. Et au-delà de ces considérations, les inégalités entre les hommes sont inacceptables, humainement parlant. Elles sont dégradantes pour les populations concernées, et il est de la responsabilité des hommes d'y remédier[15]. À cet appel lancé au monde entier, pour œuvrer dans le sens d'une équité intra-générationnelle, vient s'ajouter la nécessité d'un principe d'équité intergénérationnelle qui part d'un autre constat : l'épuisement des ressources naturelles dû à la production et la consommation mondiales excessives, et la dégradation de l'environnement, de façon parfois irréversible. Le développement durable se base ainsi sur deux prémisses fondamentales : la conscientisation des externalités négatives engendrées par la croissance économique et la réflexion sur les moyens à adopter pour continuer à croître en limitant les dégâts naturels et en respectant la nature et l'homme. La grande dynamique qu'a suscitée cette pensée dans le monde, manifeste à quel point, l'homme est capable de valoriser le respect de l'autre : l'autre homme qui souffre au présent, l'autre homme qui va naître dans quelques années et qui doit pouvoir continuer à produire et à consommer. En souscrivant à cette sensibilisation, l'homme montre qu'il peut être capable, dans ses comportements humains et économiques, de sacrifier sa liberté de

---

14 En 1983, l'ONU crée une commission qui a pour mission de réfléchir sur la possibilité d'un modèle économique qui permettrait de concilier le développement dans sa durabilité. En 1987, le chef de la commission, le 1er ministre norvégien Mme Brundtland publie son rapport intitulé « Our common future », rapport dans lequel pour la 1re fois, de façon officielle, apparaît le mot de « *développement durable* ». Mme Brundtland présente ce que doit être un *développement* pour qu'il soit *durable*.

15 En 1971, avant même le rapport de l'ONU sur le développement durable, J. Rawls, philosophe américain qui s'inscrit dans la lignée du libéralisme politique, tente de penser les fondements d'une société juste dans son ouvrage *Théorie de la justice*. Rawls montre que les fondements d'une société juste, passent par une réflexion sur le seuil minimal d'inégalités socio-économiques tolérable en société. Rawls considère que les inégalités sociales peuvent être acceptées – elles seraient justes – uniquement à deux conditions : la première, est que tous les citoyens aient les mêmes libertés dans tous les domaines, sans aucune restriction; et la deuxième est que tous les citoyens puissent réellement avoir la même égalité de chance, et que les inégalités puissent être à la faveur même des plus démunis.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

produire et de consommer de façon aléatoire et irresponsable, au profit de l'humanité, de la continuité de l'homme. L'homme est capable de se penser comme responsable de l'humanité présente mais aussi à venir. L'homme est capable de respecter et de sacraliser, ce qui va demeurer au-delà de sa personne, l'humanité qu'il porte en lui et à laquelle il participe.

En somme, si les représentations diverses de la dignité coexistent dans l'esprit des hommes, si elles donnent lieu à des courants de pensée et d'action diversifiées à titre individuel, il n'en demeure pas moins que certains des enjeux économiques ou simplement humains, comme par exemple, la réflexion sur les inégalités socio-économiques, nécessitent de la part des sociétés des prises de décisions. Comment trancher pour les cas où les représentations de la dignité mènent à des revendications conflictuelles ?

Où mettre le curseur de la dignité ?

Dans une société de type démocratique pluraliste, l'État n'est censé défendre aucun système de valeurs au détriment d'un autre : il est censé être axiologiquement neutre quant aux conceptions de la vie bonne des individus qui le composent. Aussi, la représentation de la dignité humaine n'a, théoriquement, rien à voir avec l'État. Elle a à voir avec le for intérieur de la conscience humaine. Ceci dit, dès que, au nom de la dignité, les hommes estiment que leurs choix individuels doivent engager la société au sens politique et économique, la société doit réfléchir, en amont de telle ou telle revendication et indépendamment de son contenu, sur les représentations de la dignité humaine que telle ou telle revendication véhicule en elle, et sur les possibilités de poser ces représentations au fondement d'une décision politique qui engagerait, dès lors, toute la société. Aussi, le défi qui s'annonce aux sociétés démocratiques modernes est de déterminer le critère à partir duquel les projets des hommes et leurs revendications, qui ont à la base des représentations diversifiées de la dignité, pourraient avoir le statut de choix politiques ou de droits incarnés dans une loi.

Si nous suivons Kant, nous faisons le pari que nous pouvons trouver en nous ce critère, disons plutôt le curseur de la dignité : l'homme produit lui-même la loi morale ; entendons, il ne produit pas une loi morale, mais la loi morale. Cette loi, elle est en nous, et nous la comprenons, nous l'entendons, elle nous donne la formule pour bien faire et pour assoir notre liberté, une liberté solidaire de toute l'humanité. Cette attitude morale serait peut-être un curseur possible pour la société. Et les exemples courants nous montrent que les hommes choisissent parfois cette attitude-là, comme par exemple, dans l'initiative du développement durable. Bien entendu,

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

au-delà du curseur de la conscience individuelle, les sociétés démocratiques doivent créer d'autres dispositifs et devront s'employer à les développer afin de pouvoir concilier, ou du moins rapprocher les représentations que les hommes se font de leur propre dignité. À défaut de débattre chacun de son côté, en nous-mêmes, dans notre for intérieur, sur ce qui serait digne ou pas, la société pourrait, pour nous, institutionnaliser les débats publics et les délibérations citoyennes, et transposer le débat intérieur de la conscience en débat public[16]. Institutionnaliser les débats entre consciences, les délibérations de consciences, conduit à poser les structures sociales et politiques qui amèneraient les hommes à s'entendre sur des mesures communes, respectueuses des représentations différentes de leur dignité. Les débats de société et les délibérations collectives sont autant de tentatives, non pas de sonder la majorité, mais de permettre aux uns et aux autres de confronter leurs arguments et d'établir un *dialogue*, au sens platonicien du terme : non pas une simple confrontation des idées ou un conflit des idées, mais une démarche qui s'inscrit dans une recherche commune et collective du sens, un échange dialogué à travers lequel « *les* » logos, parole et raison, se croisent et s'approfondissent, pour faire avancer le débat sur cette quête insondable de la dignité humaine.

16 L'idée de promouvoir les délibérations et les discussions entre les citoyens, autour de normes communes, est une idée défendue et popularisée par le philosophe allemand contemporain J. Habermas, notamment dans son ouvrage *De l'éthique de la discussion*. Habermas ne mène pas la réflexion autour du concept de dignité, mais il réfléchit sur les conditions de possibilité qui permettent d'ériger une norme valide au fondement d'une société.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

ARISTOTE, *Les politiques*, trad. P. PELLEGRIN, Garnier-Flammarion, 2015.

DESCARTES R., *Méditations métaphysiques*, PUF, 1979.

HABERMAS J., *De l'éthique de la discussion*, trad. M. HUNYADI, Flammarion, 1999.

KANT E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. DELBOS, Vrin, 1980.

KIERKEGAARD S., *Traité du désespoir*, trad. K. FERLOV et J.-J. GATEAU, Gallimard, 2000.

LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, trad. D. MAZEL, Garnier-Flammarion, 2e éd., 1992.

NOZICK R., *Anarchie État* et *utopie*, trad. E. de LAMARTINE, PUF, Collection Libre Échange, 1988.

PASCAL B., *Pensées*, Garnier-Flammarion, 1976.

PIC DE LA MIRANDOLE J., *De la dignité de l'homme*, trad. Y. HERSANT, Éclat, Coll. L'éclat de poche, nº 19, 2016.

RAWLS J., *Théorie de la justice*, trad. C. AUDARD, Seuil, 2e éd., 1997.

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, 1966.

SARTRE J.-P., *L'existentialisme est un humanisme*, Nagel, Coll. Pensées, 1968.

SCHUMPETER J., *Théorie de l'évolution économique*, trad. J.-J. ANSTETT, Dalloz, 1999.

SEN A., *Éthique et économie*, trad. S. MARNAT, PUF, 1993.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Quand le rire est indigne / When Laughter Is Unworthy

Marie-Christine Piatti, *Professeur de droit émérite*, *Université Catholique de Lyon – UR Confluence*, *Sciences & Humanités*

Abstract

"*Non ridere*, *non lugere*, *neque detestari*, *sed intelligere*" ("Don't laugh, don't cry, don't hate, but understand") says Spinoza in his Political Treaty (I, 4). It is not a condemnation of laughter, but of mockery, derision, hateful or contemptuous laughter. Spinoza explains it in The Ethics: it's not laughter that's bad in mockery, it's hate (IV, 45, Corollary 1). As for laughter considered in itself, it is on the contrary "pure joy", which we would be wrong to deprive ourselves of. Sometimes we laugh with happiness, more often to overcome anxiety or sadness. Laugh before we are happy, advised La Bruyère, for fear of dying without having laughed.

Law, when it has to do with laughter, has to navigate that crest line. The right to humour is the implicit corollary of freedom of expression. It supposes the conjunction of a freedom and a right: the freedom to make people laugh and the right to excess. The question becomes: how far can laughter go too far? One of these limits its human dignity. It is up to the judge to determine the variable content of a moving, vague and evolving concept. We do not want to be in his place.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

« Le rire est une chose sérieuse avec laquelle il ne faut pas plaisanter »
Raymond Devos

Pierre Desproges, un humoriste français célèbre, aurait dit « *on peut rire de tout, mais pas avec n'importe qui* », avant de rectifier : « *mais pas avec tout le monde* », suite à de vives polémiques. L'homme était connu pour son humour noir qu'il pratiqua notamment à la radio dans une émission intitulée « *Le Tribunal des flagrants délires* ». Il nous plaît de commencer cette contribution à l'ouvrage que nos collègues de Beyrouth (USEK) ont initié sur le concept de dignité, en évoquant, parmi les nombreux réquisitoires de l'humoriste, l'un d'entre eux resté fameux. L'auteur s'y explique à nouveau sur la formule qu'il allait décliner sur tous les tons à différentes occasions :

> *« […] on peut rire de tout, on doit rire de tout : de la guerre, de la misère et de la mort. Au reste, est-ce qu'elle se gêne, elle, la mort, pour se rire de nous ? Est-ce qu'elle ne pratique pas l'humour noir, elle, la mort ? Regardons s'agiter ces malheureux dans les usines, regardons gigoter ces hommes puissants boursouflés de leur importance, qui vivent à cent à l'heure. Ils se battent, ils courent, ils caracolent derrière leur vie, et tout d'un coup ça s'arrête, sans plus de raison que ça n'avait commencé, et le militant de base, le pompeux PDG, la princesse d'opérette, l'enfant qui jouait à la marelle dans les caniveaux de Beyrouth, toi aussi à qui je pense et qui a cru en Dieu jusqu'au bout de ton cancer*[1]*, tous, tous nous sommes fauchés un jour par le croche-pied rigolard de la mort imbécile, et les Droits de l'Homme s'effacent devant les droits de l'asticot*[2] *».*

Rire, Beyrouth, Dieu, Droits de l'Homme…

Nous ne voulons pas faire un papier de philosophie ou de sociologie juridiques, que ce soit sur le rire ou sur la dignité en tant que tels, d'autres s'y sont employés et de fort juste et brillante manière ; il conviendra à celui qui veut comprendre comment, quand et pourquoi le rire est arrivé jusqu'aux prétoires de s'y reporter[3], l'histoire étant des plus instructives à cet égard,

---

1 C'est à lui-même que Desproges fait allusion : il décèdera d'un cancer quelques mois après avoir prononcé ces mots.

2 *Réquisitoire contre Le Pen*, Éditions du Seuil, Tôt ou Tard ; Mots-clés : Extrait réquisitoire Le Pen tribunal.

3 N. MALLET-POUJOL, « De la liberté de la caricature », *LEGICOM* 2015/2, n° 55, p. 124-125 qui retrace en quatre mouvements l'évolution de cette liberté en la matière : d'une liberté contestée, puis supprimée, à une liberté restaurée ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Rire est-il une liberté fondamentale ? », *RDLF* 2016, chron. n° 01 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Une dignitas humaine ? Vieilles outres, vin nouveau »,

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

tant il y a différentes formes d'humour et/ou de rire qui peuvent fluctuer dans le temps avec les évolutions de la société[4]. Assurément, le droit – privé[5] comme public[6] – s'est saisi, plus particulièrement ces derniers temps (disons, depuis les attentats de Charlie Hebdo de 2015), des différentes manifestations du rire. Il ne s'agira donc pas pour nous de reproduire (en moins bien de surcroît !) une recherche générale du « *droit du rire* », ni d'examiner cette forme d'expression en fonction des secteurs juridiques appelés à en connaître : droit de la presse et droit de la communication en premier lieu (censure, liberté/pouvoir, délit d'opinion[7], ordre public[8]), droit de la

---

Droits 2008/2, n° 48, p. 59-86 ; J.-Ph. FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La Dignité, l'Homme et la Personne humaine », *Droits* 2008/2, n° 48, p. 87-108 ; Ph. MALAURIE, « Le droit et l'exigence de dignité », *Études* 2003/5, t. 398, p. 619-626 ; G. SAPIRO, « La responsabilité pénale de l'écrivain au prisme des procès littéraires », *Histoire de la Justice* 2013/1, n° 23, p. 249-269 ; M. LABBÉ, « La littérature entre indignation et indignité nationale », *Critique* 2012/3, n° 778, p. 208-221 ; D. TERRÉ *Les questions morales du droit*, PUF, coll. Éthique et philosophie morale, 2007, p. 107-113 ; D. LE BRETON, « Le rire peut restaurer l'humain dans sa dignité », *Le Temps* 26 janv. 2019 ; ID., *Rire. Une anthropologie du rieur*, Éditions Métailié, 2018 ; T. REGIS, « Le plaisir de rire », *Multitudes* 2007/3, n° 30. Nous recommandons également en direction des enfants apprentis philosophes, la lecture du Dossier pédagogique de la revue *Philéas & Autobule*, n° 23 : la fiche 6 « Différentes formes de rire » et la fiche 7 « Intelligence ou bêtise » sont accessibles en ligne : en effet, le rire, ça s'apprend dès le plus jeune âge ! Et la philosophie aussi !

4 N. GO, « Le rire philosophique », *Le Philosophoire* 2002/2, n° 17, p. 47-60 ; C. ALBERTI, « Le rire des Grecs, Anthropologie du rire en Grèce ancienne, sous la direction de Marie-Laurence Desclos (Éd. Millon, 2000, 632 p.) » (revue du livre), *Le Philosophoire* 2002/2, n° 17, p. 119-123.

5 L. BROCHARD, *Le rire en droit privé*, Thèse, Poitiers, 2006 ; B. MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Larcier, 2011 ; R. HANICOTTE, « L'humour à la barre », *LPA*, n° 120 du 17 juin 2015, p. 4.

6 La liberté d'expression est consubstantielle à la société démocratique, elle en est l'un des fondements, a dit la CEDH dans une affaire Handyside (CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, *GACEDH*, p. 74, *Handyside c/ Royaume-Uni*) : « *La liberté de faire rire doit pouvoir aller trop loin*, *oser rire de tout*, *y compris des institutions* ». À la faveur de l'affaire De Haes et Gijsels (CEDH, 24 févr. 1997, n° 19983/92, *De Haes et Gijsels c/ Belgique*), elle a considéré qu'elle valait tant pour les idées « *accueillies avec faveur* » que celles qui « *heurtent*, *choquent ou inquiètent* ». En outre, depuis la jurisprudence Commune de Morsang-sur-Orge (CE, 27 oct. 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, *Lebon* 1995, p. 372), la dignité humaine est devenue une composante de l'ordre public immatériel.

7 J.-Y. MONTFORT, « Le racisme, le sexisme et l'homophobie ne sont pas des "opinions" », *LEGICOM* 2015/1, n° 54, p. 77-81.

8 H. LECLERC, « Dieudonné : l'acte de censure du Conseil d'État », *Hommes & Libertés*, Mars 2014, n° 165, p. 1012 ; D. LEFRANC, « Dieudonné ou la subversion par

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

propriété intellectuelle, ensuite (exception de parodie[9], « *lois du genre*[10] », bonnes mœurs[11], liberté de création[12]), droit de l'audiovisuel (publicité, image[13]), et droit pénal (injure, diffamation), etc. Il nous a semblé préférable, eu égard à la place accordée à ce papier d'*humeur*[14], de nous en tenir au rire

---

l'ambiguïté », *LEGICOM* 2015/2, n° 55, p. 131-135.

9 F. GRAS, « La tradition française de protection des caricatures », *LEGICOM* 2015/1, n° 54, p. 5-15 ; N. BLANC, « La parodie, le pastiche et la caricature en propriété intellectuelle », *LEGICOM* 2015/1, n° 54, p. 25-31.

10 B. ADER, « Les "lois du genre" du discours humoristique », *LEGICOM* 2015/1, n° 54, p. 17-24.

11 E. PIERRAT, *Le droit du livre*, Éd. du Cercle de la Librairie, 2013, p. 137-209.

12 F. POLLAUD-DULIAN, « L'ordre public, la dignité humaine et les bonnes mœurs dans le droit de la propriété intellectuelle », *LEGICOM* 2014/2, n° 53, p. 45-55, qui, à propos du détournement de marque, cite la décision OHMI, Gr. Ch. des rec., 6 juill. 2006, *Screw you*, aff. R 495/2005 G (points 23-24) mettant en regard la liberté de création et l'exercice d'une prétendue liberté d'expression dans le commerce, à travers la marque : « *Une application judicieuse de cette disposition implique nécessairement une mise en balance du droit des commerçants à employer librement des mots et des images dans les signes qu'ils souhaitaient enregistrer en tant que marques et du droit du public à ne pas être confronté à des marques dérangeantes, grossières, insultantes et même menaçantes. Il est cependant significatif qu'en tant que question d'ordre public, la liberté d'expression artistique soit considérée comme plus hautement prioritaire que la liberté d'expression commerciale et, partant, qu'elle soit plus farouchement protégée. L'utilisation d'injures au nom de l'art et de la littérature est circonscrite, avec beaucoup de réticence, dans les sociétés démocratiques et ouvertes. Il en va de même pour ce qui concerne l'expression d'opinions. Par exemple, un athée militant peut écrire, à destination du grand public, un article qui ridiculise la religion sans que l'État n'intervienne. Par contre, une marque qui se moque ou qui exploite le nom ou le fondateur de l'une des grandes religions du monde risque bien d'être refusée à l'enregistrement* ». L'auteur de conclure : « *Force est de constater que le droit des marques n'est pas l'instrument de la liberté d'expression : ce n'est en rien sa fonction, qui est l'identification de produits ou services par rapport aux produits ou services concurrents et non d'être le vecteur d'opinions* ».

13 Chr. BIGOT, « Image et Dignité : état des lieux », *LEGICOM* 2005/2, n° 34, p. 5-12.

14 Définition d'*Humeur* donnée par le Dictionnaire de l'Académie française : « *Il existe d'assez nombreux mots que l'anglais emprunta au français et que l'anglophilie des XVIIIe et XIXe siècles contribua à réintroduire dans la langue française, sous une forme et avec une signification parfois différentes. Ainsi Humeur fut emprunté par les Anglais avant même l'époque classique et, parmi les sens du mot français, figurait alors celui d'Originalité facétieuse, Penchant à la plaisanterie. C'est sous la forme d'Humour que cette dernière acception nous est revenue d'Angleterre. Aujourd'hui,* Avoir de l'humeur *et* Avoir de l'humour *ont en français des valeurs presque opposées, l'humeur désignant alors une disposition chagrine et l'humour la disposition, jugée toute britannique, à s'amuser sans amertume des aspects ridicules, absurdes ou insolites de la réalité* ». – Lire Fr. VANOYE, « Humeur à l'humour – Fragments d'un discours humoral », *in Gestalt* 2012/2, n° 42, p. 141 : « *Humeur/Humour, même étymologie, même*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

lorsqu'il sera sanctionné par les tribunaux au seul titre de l'atteinte à la dignité humaine, car, la plupart du temps, les juges ne manqueront pas d'invoquer d'autres fondements, au premier rang desquels la liberté d'expression (pour laisser le rire se déployer) ou la moralité publique (pour le stopper net). Nous avons donc simplement en vue ici de mettre un coup de projecteur sur diverses affaires qui n'ont pas fait rire du tout le juge, si ce n'est jaune, au regard d'un concept : la dignité de la personne humaine, peu mobilisée jusqu'à récemment, du moins sur ce terrain du rire. Le critère de la dignité humaine en ce domaine ne fait d'ailleurs pas l'unanimité de la doctrine, certains[15] dénonçant son inutilité (l'arsenal juridique étant, à leurs dires, déjà suffisamment riche pour réprimer des comportements, humoristiques ou non, parce qu'ils portent atteinte à la dignité humaine et sont constitutifs de délits, comme par exemple : la diffusion de propos racistes ou antisémites), voire sa dangerosité (un humoriste ne pourrait plus se moquer des valeurs républicaines au risque de froisser la cohésion nationale).

On a l'impression que plus la société française est marquée par « *la sinistrose* » et « *le déclinisme* » (*dixit* les sondeurs), plus elle est avide de rire. Et le rire d'envahir toute la sphère publique, jusqu'aux émissions télévisées ou radiophoniques les plus sérieuses, comme les débats politiques, les journaux d'informations. Pas une émission qui n'échappe désormais à son comique de service, pas une chaîne qui n'ait son humoriste maison : Nicolas Canteloup (Europe 1 : *La revue de presque*… et TF1 : *c'est Canteloup*), Charline Vanhoenacker (France Télévision : *L'émission politique* et France Inter : *Le billet de Charline*), Bruno Gaccio (Canal+ : *Les Guignols de l'info*), Cyril Hanouna (C8 : *Touche pas à mon post*), Laurent Ruquier (France 2 : *On n'est pas couché*) … C'est tout l'écosystème télévisuel qui est atteint… pour le meilleur ou pour le p(r)ire ? La dignité de la personne, argument qui a lui-même le vent en poupe à la dernière époque, est-elle la nouvelle frontière, l'ultime limite, au rire tous azimuts (plutôt gras, grossier, graveleux, quand il n'est pas injurieux et méchant, que jubilatoire, joyeux, jouissif) celle que

---

mot quasiment, du latin humor au français humeur en passant par l'anglais humour. L'humour dériverait donc d'un liquide puisque l'humeur en est un, mais quel ? S'apparente-t-il au sang, à la bile jaune, à la bile noire, au flegme ? La théorie des humeurs nous autoriserait-elle à distinguer différentes formes d'humour : agressif (l'humour vache), anxieux (l'humour jaune), mélancolique (l'humour noir), flegmatique (l'humour cool) ? Politesse du désespoir, dit-on. Tout y est, donc : l'anxiété, la mélancolie, le flegme et, pourquoi pas, la joie de jouer un bon tour au malheur, d'agresser les dieux en se riant des destins qu'ils nous allouent ».

15 R. HANICOTTE, « *L'humour à la barre* », p. 4.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Pierre Desproges situait dans la dernière partie de sa sentence : « *mais pas avec tout le monde*[16] » ?

Reprenons la formule de l'humoriste et examinons-la à la lumière du droit, sans perdre de vue que le juge, lui aussi, a sa propre humeur concernant l'humour. Le rire a tellement de visages ! Le rieur également (le corrigeur), mais le moqué (le corrigé), *itou* ! Voyons donc d'abord, l'objet : le risible ; on s'intéressera aux sujets : le rieur et le moqué, ensuite.

I. On peut rire de tout… ; vraiment ?

A. On peut rire de tout

De la mort, de l'amour, des Arabes, des blondes, des Juifs, des Belges, des politiques, des prostituées, de la religion… Voilà quelques-uns des sujets dont on rit le plus aujourd'hui en France : la femme, l'homosexuel, le juif, l'Arabe… Ou toute autre personne qui représente un écart à la norme qu'on défend. Cette forme de rappel à l'ordre est une donnée anthropologique. Si l'une de ses expressions les plus inoffensives a des visées éducatives – ainsi, quand un parent éclate de rire, il signale à son enfant que celui-ci vient de faire une erreur ; son intention est bienveillante – de manière générale, « *la police du rire* » entend rabaisser celui qui n'est pas conforme. Elle est notamment à l'œuvre dans le harcèlement à l'école, vécu très douloureusement, mais pas seulement : harcèlement au travail, dans la rue.

L'on s'interroge : cet « *humorisme* » dans lequel on baigne en permanence, ne serait-il pas les stigmates visibles (audibles) de sociétés meurtries à d'innombrables niveaux : sociaux, climatiques, écologiques

16 Le sociologue David Le Breton a fait le même constat ; dans une interview au journal suisse *Le Temps*, il s'exprimait ainsi : « *[…] on n'a jamais autant ri et été incité à rire, par cet humorisme qui nous enveloppe et nous encercle en permanence, et en même temps, peut-être que nos sociétés n'ont jamais été à ce point meurtries à d'innombrables niveaux, sociaux, climatiques, écologiques ou autres. On est en peine à se reconnaitre dans le monde d'aujourd'hui, à se projeter dans le temps de manière positive. Le problème est qu'on ne rit pas de cela, car ce serait alors un humour fort, corrosif, de résistance, mais on rit de complètement autre chose de vaseux, de dérisoire et qui va dans le sens de beaucoup de stéréotypes. Le rire critique a mauvaise presse, cantonné à France Culture ou France Inter, ou dans les dessins de Cabu ou d'autres. Mais le reste du rire, sans dresser de jugement de valeur, rit de choses qui ne donnent pas envie de rire car on ne se trouve pas dans le partage du rire mais dans un rire de l'entre-soi, souvent bourré de haine, de ressentiment* » (29 janv. 2019, en ligne).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ou autres ? Le rire du harcèlement nous semble relever de cette « *meurtrissure sociale*[17] ».

Doit-on rire de tout pour autant, comme l'affirme Pierre Desproges ? De la cruauté au sentiment de supériorité, il n'y a qu'un pas ! Le rire sans pitié se délecte alors de l'humiliation de l'autre. L'on peut dire qu'une « *police du rire* » est à l'œuvre qui entend rabaisser celui qui n'est pas conforme. Il s'agit de stigmatiser l'autre dans sa différence : la couleur, le genre, la taille, le poids, la religion… Parfois, l'écart est infime entre « *le trait d'humour qui écorche et le poing qui frappe*[18] », ce qui nous rappelle au passage l'étymologie du mot sarcasme : « *qui mord la chair* » … Par le rire, il ne s'agit pas moins de tuer symboliquement celui qu'on ne peut pas abattre autrement. Tant que « *c'est pas pour de vrai !* », que « *c'est pour de rire !* » comme disent les enfants, soit ! Il n'empêche… L'on se dit qu'un soupçon d'autocensure sur ce corollaire de la liberté d'expression, ne serait pas superflu. Mais on atteint ici les limites du droit pour basculer dans le domaine de l'éthique, voire de la morale personnelle[19]. De fait, la sensibilité, variable selon les individus, fixe les limites du rire.

Nous serions personnellement tentée de compléter la formule de Pierre Desproges à notre façon : « *On peut rire de tout, mais pas n'importe comment* ». « *Il y aurait alors une limite éthique fine à trouver, entre le propre de l'humour, qui est de franchir les limites, et le propre de l'éthique, qui est d'en trouver. Et la sociologie montre également que l'humour a aussi une extraordinaire capacité à exclure et à diviser, car on rit toujours avec ses semblables et souvent à propos de ses semblables, les premiers étant rarement les mêmes que les seconds (cas typique : les blagues machos, toujours entre hommes "virils") […] Il s'agit peut-être d'entrevoir en permanence cette* common decency *que défendait Orwell, cette sorte de bon sens universel, cette conscience morale minimale qui peut faire entrevoir quand les limites de l'inacceptable ont été franchies. Une bienveillance qui ne soit pas un catéchisme sans humour. Rester corrosif, sans devenir méchant. Beau défi pour*

17 V. *infra*, l'affaire de la « *Ligue du LOL* ».

18 D. LE BRETON, *Rire. Une anthropologie du rieur*, à partir d'un entretien avec Jonathan Daudey, publié le 25 mars 2019, dans le Journal *Le Temps*, sous le titre : « *Le rire est une forme de subversion du corps dans la vie courante* » [en ligne].

19 P.-Y. QUIVIGER, « L'inquiétante protection de la dignité humaine », *Klesis Rev. philosophique* 2011, p. 15, qui conclut son article par la phrase suivante : « *a-t-on vraiment besoin de consacrer juridiquement nos indignations morales ?* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

l'humoriste ! On retourne, finalement, à la règle d'or : "ne pas faire aux autres ce que je ne voudrais pas qu'on me fasse[20]" ».

B. Vraiment ?

Penser que l'on ne pourrait pas rire de tout revient à suggérer qu'il existe des limites au risible. Et les tribunaux ont eu l'occasion de pointer ces limites, parmi lesquelles l'atteinte à la dignité humaine qui nous occupe en l'espèce. Autrement dit, le droit de rire, le droit de faire de l'humour (comme on fait de l'esprit), élargit les limites de la liberté d'expression, mais sans les supprimer. Il appartient au juge d'apprécier la distance qui sépare le rire acceptable, du rire intolérable, sachant que la conception de l'humour varie avec les évolutions de la société, comme la conception de l'honneur en matière de diffamation[21]. En l'absence de règle stricte, le juge devra apprécier au cas par cas, c'est-à-dire en recherchant les sens et la portée réels des propos tenus à travers les éléments intrinsèques et extrinsèques (analyse des propos eux-mêmes, contexte, autres déclarations de l'auteur…), de façon à tracer les limites du droit à l'humour en matière d'atteinte à la dignité de la personne. Quelques exemples significatifs :

Une affaire récente[22] illustre cet humorisme que nous décrions, celui qu'on trouve dans le rire du harcèlement, à l'image de la « *Ligue du LOL* » durcissant tous les stéréotypes de genres les plus minables et les plus éculés. Très souvent, on rit avec les autres de quelqu'un ; ceci n'est pas forcément négatif. On peut rire d'un travers d'un ami, de personnes qui nous sont proches, car on a à faire à un rire d'amitié, voire de reconnaissance de l'autre. En revanche, si on se moque comme l'a fait la « *Ligue du LOL* » de la beauté, de l'âge, du physique de telle ou telle journaliste, on se retrouve dans une volonté de briser l'autre, de l'humilier, de lui faire mal. Dans cette situation, on rit uniquement contre, avec un effet de groupe, ici une « *confrérie masculine* », qui cherche à piétiner sous couvert du rire. Le rire, dans ce cas, a été une manière symbolique d'écraser l'autre, de le salir, de détruire sa dignité et son sentiment de dignité. C'est ce qu'ont déclaré un certain nombre de femmes journalistes profondément ulcérées, blessées de lire sur

l'

20 Réflexion d'un blogueur Vianney, 27 nov. 2013, en ligne, que nous reprenons à notre compte.

21 A.-M. SAUTERAUD, « Racisme et Humour », *LEGICOM* 2015/1, n° 54, p. 39-43 ; J.-Y. MONTFORT, « Le racisme, le sexisme et l'homophobie ne sont pas des "opinions" ».

22 D. LE BRETON, « La police du rire », *Journal Libération*, 25 févr. 2019, (en ligne).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

elles des propos orduriers sur leur sexualité par exemple, le tout teinté de machisme et de pure méchanceté. Ce rire brise la complicité parfois tacite et toujours essentielle du rire avec l'autre.

Une deuxième affaire a trouvé sa limite dans le concept de dignité : c'est ainsi par exemple que le tribunal de grande instance de Nanterre[23] a été saisi par l'association des personnes de petite taille d'une assignation contre la société Canal +, à raison de propos tenus par Bruno Gaccio, humoriste revendiqué, sur les nains : « *c'est vrai qu'on ne les mange pas… On ne les mange plus. Au XVIIIe siècle il y avait une grande tradition du pâté de tête de nain, mais bon… Maintenant ça ne se fait plus du tout. Non parce que le nain, c'est très goûteux, c'est très raffiné, le nain. T'enlèves la tête et le cul d'un nain, y a moins à manger que sur une caille. C'était juste pour dire que maintenant, avec des hypophyses truquées, on se retrouve avec des nains de 1m75… ça ne veut plus rien dire du tout* ».

Le tribunal a jugé que l'atteinte au respect de la dignité était constituée, car « *en assimilant les nains à de la nourriture et au règne animal, l'esprit de dérision qui animait Bruno Gaccio l'a conduit à dénier l'humanité même de ses victimes, suscitant le rire aux dépens de leur handicap physique irréversible, de leur souffrance quotidienne, de leur profonde faiblesse et de leur fragilité. Il a ainsi indiscutablement porté atteinte au respect de la dignité des personnes de petite taille, et a commis un abus de la liberté d'expression* ». Le tribunal avait accordé la somme de 100 000 francs à titre de dommages et intérêts à l'association demanderesse !

L'affaire suivante a également trouvé son épilogue devant les tribunaux[24] : à la suite de la diffusion, en janvier 2012, dans l'émission de France 2 « *On n'est pas couché* » d'une séquence au cours de laquelle avaient été montrées des affiches parodiques, publiées trois jours avant par le journal Charlie Hebdo, concernant les candidats à l'élection présidentielle, dont l'une présentait le slogan « *Y…, la candidate qui vous ressemble* », inscrit au-dessus d'un excrément, ladite candidate déposa une plainte avec constitution de partie civile pour injure publique envers un particulier.

Le président de la chaîne et l'animateur (l'humoriste, Laurent Ruquier en l'occurrence) furent renvoyés devant le tribunal correctionnel mais relaxés, et la cour d'appel confirma ce jugement aux motifs que « *l'affiche litigieuse [bien que] particulièrement grossière à l'égard de la plaignante […] ne*

23 TGI Nanterre, 1re ch., 20 sept. 2000, *Légipresse*, n° 177-12.

24 Cass. crim., 20 sept. 2016, n° 15-82.942.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

[relevait] pas d'une attaque contre sa personne, destinée à atteindre sa dignité, mais d'une pique visant la candidate à l'élection présidentielle », que « *l'humour d[evait] être largement toléré lorsqu'il vis[ait], comme en l'espèce, une personnalité politique* », que « *cette représentation se situ[ait] dans le registre d'une forme d'humour débridé propre au journal Charlie Hebdo* », et que « *l'animateur (…) a[vait] pris soin de préciser le contexte satirique dans lequel devaient être compris les dessins, manifestant clairement son intention de provoquer le rire et non de présenter une image dégradante de la partie civile* ».

Saisie par la partie civile, la chambre criminelle casse et annule l'arrêt d'appel (et renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée) au visa de l'article 33, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 (qui prévoit la pénalité encourue en cas d'injure), « *ensemble l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme* » (qui garantit le droit à la liberté d'expression). Rappelant l'étendue de son contrôle en matière de presse, lequel « *porte sur le sens et la portée des propos poursuivis* », la Haute Cour estime que « *le dessin et la phrase poursuivis, qui portaient atteinte à la dignité de la partie civile en l'associant à un excrément, fût-ce en la visant en sa qualité de personnalité politique lors d'une séquence satirique de l'émission précitée, dépassaient les limites admissibles de la liberté d'expression* ».

Un cas particulier est célèbre, celui de Patrick Sébastien, autre humoriste bien connu des Français. En 1995, pour une émission de télévision, il se grime en Jean-Marie Le Pen et reprend Patrick Bruel dans une version modifiée, intitulée « *Casser du Noir*[25] ». Résultat : tollé médiatique et Patrick Sébastien fut condamné en cassation[26], alors que la cour d'appel l'avait relaxé. Bien sûr, personne ne pouvait soutenir sérieusement que cet animateur était raciste, alors que toute sa vie montrait le contraire. Mais la question n'est pas là. Avait-il incité à la haine raciale ?

Regardons l'argumentaire de la Cour de cassation. Elle insiste sur le fait que l'aspect « *second degré* » du texte est important. Car en effet, pris au premier degré, « *le texte de la chanson incriminée contient les éléments constitutifs du délit* ». Dans ce cas, « *la seule question est de savoir si, comme les prévenus le soutiennent, ce texte doit être pris au "deuxième degré"* ». Or, par quels moyens peut-on être assuré qu'un texte doit être pris au second degré ? Il faut que ce soit explicite, répond la Cour, « *que ce sens différent du sens littéral [soit] le*

25 Avec les paroles que l'on imagine et qu'on laisse au lecteur l'envie de les découvrir sur le net.

26 Cass. crim., 4 nov. 1997, n° 96-84338, inédit.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

résultat, soit d'une action directe par un avertissement explicite donné par l'auteur au spectateur, soit d'une action indirecte résultant de la mise en scène ».

On notera cette seconde phrase : le second degré peut provenir « *soit d'une action directe par un avertissement explicite donné par l'auteur au spectateur* » (Attention, ceci est une blague), « *soit d'une action indirecte résultant de la mise en scène* ». Ainsi, si un humoriste de métier fait, lors d'un spectacle, une blague raciste, il ne sera probablement pas condamné puisque le fait même de se trouver dans un spectacle d'humour inclut une mise en scène de facto « *second degré* ».

À cet égard, Stéphane Guillon, autre humoriste qui sévissait à l'époque sur France Inter, en est l'exemple topique. Il est intéressant de noter, d'ailleurs, l'argumentation de Jean-Michel Royère (Fondateur de l'association « *Mobilité réduite* ») pour qui les blagues sur les handicapés sont acceptables dans un cabaret « *parce que l'on est venu pour cela et on est en comité restreint* », autrement dit parce que le second degré est évident, « *mais qui sont inacceptables sur une radio de grande écoute* », sur laquelle 5 minutes avant on parlait très sérieusement de politique[27] [28].

---

27 L'on pourrait faire valoir à l'encontre de cette argumentation du représentant des personnes à mobilité réduite que le concept de dignité permet de fonder des obligations juridiques *envers soi-même*. Non seulement la dignité fonde des obligations qui jouent à l'égard des tiers, mais également envers son propre dépositaire. Le débiteur de l'obligation a en quelque sorte « *deux corps* » : celui en vertu duquel il est obligé et celui en vertu duquel il est digne. En d'autres termes, si les obligations fondées dans la *dignitas* semblent jouer à l'encontre de son propre dépositaire, il faut en réalité affiner : elles ne s'exercent que vis-à-vis de la fonction en lui ; elles n'ont pour objet que la fonction et non la personne. Lire en ce sens S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *Une dignitas humaine ? Vieilles outres, vin nouveau* » : « *La dignité dont il s'agit est en réalité celle de la fonction ; elle n'est pas liée à la personne qui l'incarne. La dignité est statutaire avant que d'être humaniste* ». En sens contraire, lire J.-Ph. FELDMAN, « *Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La Dignité, l'Homme et la Personne humaine* » : « *la protection de l'individu contre lui-même témoigne du conformisme croissant qui irradie les sociétés contemporaines… […] Elle démontre la lucidité de John Stuart Mill qui se lamentait déjà de la chasse à l'excentricité : "Que si peu de gens osent maintenant être excentriques, voilà qui révèle le principal danger de notre époque"* (*De la liberté*, trad. LAURENCE LENGLET à partir de la trad. DE DUPOND WHITE, Gallimard, 1990, p. 164) ».

28 Pour une affaire similaire qui s'est déroulée au Canada, V. *Gabriel c. Ward* analysée par G. BOND ROUSSEL de l'Université de Montréal, *Quand le rire se heurte au droit* (2 août 2017, en ligne) ; on relèvera l'argument suivant du Tribunal pour retenir l'atteinte à la dignité du handicapé par l'humoriste : « *[…] les plaisanteries discriminatoires ont clairement eu pour conséquence d'affecter le droit à l'honneur de M. Gabriel (la victime) et son droit à la dignité dans un sens subjectif, c'est-à-dire que sa perception de lui-même a*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Mais alors, pourquoi la Cour de cassation condamna Patrick Sébastien ? Eh bien justement, elle lui reproche un aspect « *second degré* » discutable : « *il ressort du contexte dans lequel la séquence litigieuse s'est déroulée que, contrairement à ce qui est soutenu par les prévenus, on ne se trouve pas dans un registre purement fantaisiste mais dans un cadre hybride où le débat politique est très présent ; (…) qu'en fait, l'émission a tourné, de façon implicite, à un débat sur les opinions concernant les étrangers ;* » (…) « *que, sans doute, elle est parodique, mais rien n'est fait pour prendre une distance à son égard* » (…) « *que, contrairement à ce que soutiennent les prévenus, rien n'a été fait pour que le téléspectateur ait une interprétation "au second degré" de cette séquence ainsi que du texte incriminé* ».

Par ailleurs la Cour retient l'intention volontaire d'inciter à la haine raciale et à la discrimination, élément essentiel du délit car « *il ne s'agit pas d'une émission en direct, mais d'une production préparée et préenregistrée, […] et n'est pas le fruit d'improvisations mal contrôlées* ». D'autres cas auraient pu être évoqués : plus récemment, c'est Laurent Gerra qui a été condamné[29] pour un sketch sur la famille Le Pen utilisant le nom d'une mineure, la Cour estimant que, même si cette fois l'humour était explicite (il s'agissait d'une émission satirique), l'excuse d'humour ne pouvait être invoquée dans une parodie comportant des atteintes à la vie privée où l'enfant mineur était facilement identifiable.

Les juridictions judiciaires ont également utilisé la notion de dignité de la personne humaine, dans une affaire qu'on peut rapprocher du thème de l'humour. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a confirmé, le 24 novembre 2004, l'ordre donné à une société de cesser la commercialisation d'une peluche, surnommée poétiquement « *Nazo le Skizo* », qui ressemblait à un singe, qualification à « *connotation péjorative puisqu'elle signifie, dans le langage familier, en mauvais état, fichu* ». Elle ajoute que « *l'association de ce qualificatif péjoratif au mot skizo qui renvoie directement à la schizophrénie a pour effet de stigmatiser le malade atteint de schizophrénie en l'associant à un animal dont les humeurs sont traduites par quinze voix différentes dès que l'on presse sur les*

été ébranlée. Il s'est senti humilié et diminué au point de vivre un sentiment de dépression et d'isolement social et de se questionner sur sa valeur comme être humain. De plus, ses droits à la réputation et à la dignité au sens objectif ont aussi été touchés, c'est-à-dire que la perception de sa personne par les autres a été altérée négativement. Le juge a retenu dans cette affaire que les sketchs de M. Ward ont participé à exposer le jeune homme à la moquerie et au ridicule, notamment auprès de ses collègues écoliers qui avaient repris les propos de l'humoriste ».

29 Cass. civ. 1re, 20 mars 2014, n° 13-16829, publiée au bulletin.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

capteurs contenus dans le corps de la peluche », et qu'en conséquence se trouvait caractérisée une « *atteinte à la dignité* » contraire au Code civil[30].

L'on ne saurait passer sous silence les différentes affaires qui ont mené le désormais tristement célèbre Dieudonné M'Bala M'Bala devant les prétoires. La liste est longue des dérapages incontrôlés (?) dudit humoriste en matière de rire, aussi l'on s'en tiendra à une seule, connue sous le nom « *Shoah nanas*[31] » dans laquelle M. M'Bala M'Bala a été condamné à verser 20 000 euros d'amende à la LICRA plaignante : dans une interview sur un site se présentant comme ayant pour mission « *d'éveiller la conscience des musulmans* », l'humoriste affirmait que « *les gros escrocs de la planète, ce sont les juifs* » ; il était poursuivi à ce titre pour diffamation, injure et provocation à la discrimination. L'auteur n'en était pas resté-là, puisqu'il avait parallèlement diffusé une vidéo d'une chanson d'Annie Cordy, « *Chaud cacao* », qu'il avait transformée en « *Shoah nanas* ». Les juges de la 17e chambre retinrent, outre une provocation à la haine raciale, une atteinte à la dignité.

Si les limites de la critique admissible sont plus larges pour un homme ou une femme politique, précisément en raison de ses fonctions, qui l'exposent au contrôle étroit du public et des médias, la liberté d'expression elle-même, bien qu'essentielle dans une société démocratique[32], ne saurait être illimitée, même en matière de débat politique au sens large. L'article 10 de la Convention européenne contient lui-même une clause de restriction à la liberté d'expression en son paragraphe 2, et l'on comprend aisément que le respect de la dignité constitue une limite légitime, justifiant la mise en jeu de la responsabilité des auteurs de certaines publications.

En outre, si l'article 10 de la Convention européenne garantit bien un droit à la satire dans le domaine du discours portant sur des questions d'intérêt général, la satire étant entendue comme « *une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de*

---

30 Versailles, 24 nov. 2004, *D.* 2005, n° 6, IR, p. 388 ; V. : J.-M. BRUGUIERE, « La dignité schizophrène ? », *D.* 2005, n° 18, « Tribune », p. 1169 qui n'hésite cependant pas à éreinter le « *marché* », responsable de la commercialisation de jeux ou d'images susceptibles de porter atteinte à la dignité… Pour une critique sévère de la décision, V. : J.-Ph. FELDMAN, « *Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La Dignité, l'Homme et la Personne humaine* », qui dit que le critère de l'indignité a été utilisé « *de manière indue* ».

31 TGI Paris, 17e ch., 27 nov. 2012, *LP* 303-21.

32 V. CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49 ; CEDH, 8 juill. 1986, *Lingens c/ Autriche*, n° 9815/82, § 41.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter[33] », il ne saurait par exemple s'appliquer à un spectacle[34] exprimant une idéologie allant à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention.

Ces affaires visant Dieudonné méritent qu'on s'y arrête en ce que nous écrivons cette contribution à l'intention de Beyrouth[35] d'une part, d'une université catholique[36] d'autre part. En effet, nous voulons pointer par-là que le rire est toujours définissable dans un contexte. Les formes culturelles d'humour sont extrêmement différentes les unes des autres, ce qui fait rire une population laisse les autres de marbre, car il y a quelque chose de contextuel systématiquement[37]. Au point que ce qui est perçu comme une offense intolérable peut déboucher sur le meurtre. Les journalistes de Charlie Hebdo, par exemple, l'illustrent tragiquement[38].

Dieudonné a été condamné neuf fois, dont sept de façon définitive. Jamais à de la prison ferme, et il n'a pas payé ses amendes. Cela ne l'a pas empêché de continuer. Là comme ailleurs, la répression ne suffit pas à empêcher la récidive : devait-on le laisser faire ? Le Conseil d'État a ainsi validé la décision préfectorale d'interdiction a priori d'un spectacle antisémite et négationniste de Dieudonné, « *Le Mur* », en se fondant sur « *les risques […] pour l'ordre public mis en péril par l'atteinte à la dignité*[39] ».

---

33 V. CEDH, 25 janv. 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche*, n° 68354/01, § 33 ; V. par ex., pour la reconnaissance de ce droit au profit de l'auteur d'une pancarte « *Casse-toi pov'con* » adressée à un Président de la République, CEDH, 14 mars 2013, *Eon c/ France*, nº 26118/10, *Dalloz actualité* 19 mars 2013, obs. O. Bachelet ; *AJDA* 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013, p. 968, obs. S. Lavric, note O. Beaud.

34 V. CEDH, 10 nov. 2015, *Mbala Mbala c/ France*, n° 25239/13, § 39, *Dalloz actualité* 13 nov. 2015, obs. J.-M. Pastor ; *AJDA* 2015, p. 2118 ; *ibid.* 2512, note X. Bioy ; *RSC* 2015, p. 877, obs. J. Francillon.

35 Le contexte géopolitique du Liban, bordé par la Syrie au nord et Israël au sud, appelle nécessairement une vigilance particulière sur la matière du rire : les propos repoussants d'un Dieudonné ne résonneraient-ils pas de manière différente s'ils avaient été prononcés à Beyrouth ?

36 E. DERIEUX, « Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la CEDH », *LEGICOM* 2015/2, n° 55, p. 71-82.

37 L'on renverra aux déboires de Gad Elmaleh, humoriste français d'origine juive marocaine, contraint en 2012 d'annuler sa participation au Festival de Beiteddine, suite à une polémique sur ses liens présumés avec Israël soulevée par Al-Manar [la chaîne du Hezbollah].

38 D. LE BRETON, « Le rire peut restaurer l'humain dans sa dignité », *Le Temps*, 26 janv. 2019, (en ligne).

39 CE, 9 janv. 2014.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Le tribunal administratif de Nantes avait dans un premier temps appliqué la règle dégagée par l'arrêt Benjamin du 9 mai 1933[40], qui estimait que c'est seulement la menace établie de troubles à l'ordre public, au sens de la protection de la sécurité, de la salubrité publique, qui peut permettre d'interdire, et encore, à la condition que les autorités publiques ne disposent pas des moyens nécessaires propres à en assurer le maintien. Le tribunal, constatant que ces éléments n'étaient pas réunis, suspendit l'exécution de l'arrêté. À l'opposé, pour le valider en appel, le Conseil d'État s'est rallié aux motivations de la circulaire du ministre de l'Intérieur, qui évoquait un autre arrêt célèbre du Conseil d'État[41]. Celui-ci validait l'interdiction d'un spectacle au cours duquel on lançait le plus loin possible, sur un tapis de réception, un nain protégé par son costume. Il rappelait que, selon cet arrêt, le respect de la dignité était une composante de l'ordre public.

La censure du spectacle de Dieudonné est, selon lui, justifiée par « *le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes*, *notamment de dignité de la personne humaine*, *consacrés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et par la tradition républicaine* ».

Le plus inquiétant, dans cet événement, ce sont sans doute les portes qu'a ouvertes le Conseil d'État. « *Le concept de dignité humaine*, *incontestable et aujourd'hui reconnu par de nombreux textes internationaux et nationaux*, *reste néanmoins un concept juridique pour le moins flexible*, *et on est en droit de s'interroger sur des dérives maintenant envisageables. Déjà les fondamentalistes de*

---

40 Arrêt *Benjamin*, CE 19 mai 1933, *Rec. Lebon*, p. 541. Par l'arrêt *Benjamin*, le Conseil d'État donne toute sa portée à la liberté de réunion, consacrée par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907 en exerçant un contrôle rigoureux des atteintes qui peuvent légalement lui être portées par des mesures de police, notamment pour le maintien de l'ordre public. Comme l'indiquait le commissaire du gouvernement, suivant une formule souvent reprise : « *la liberté est la règle*, *la restriction de police l'exception* ». M. Benjamin devait donner une conférence à Nevers sur le thème « Deux auteurs comiques : Courteline et Sacha Guitry ». Devant les nombreuses protestations de syndicats d'instituteurs, qui reprochaient au conférencier de les ridiculiser à l'occasion de chacune de ses interventions, le maire de Nevers décida finalement d'interdire la réunion. Cette décision fut annulée par le Conseil d'État au motif que les risques de troubles à l'ordre public allégués par le maire pour interdire cette réunion n'étaient pas tels qu'ils aient pu justifier légalement l'interdiction de cette réunion, alors que la liberté de réunion est garantie par les lois du 30 juin 1881 et du 28 mars 1907. Depuis lors, le Conseil d'État a toujours maintenu le principe de cette jurisprudence, suivant laquelle le souci du maintien de l'ordre public doit être mis en balance avec le nécessaire respect de la liberté de réunion.

41 CE, arrêt commune de Morsang-sur-Orge, 27 oct. 1995.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

tout poil, les partisans de l'ordre moral, au nom de la "moralité publique", relèvent la tête et sont aux aguets. La vigilance est nécessaire tant contre les idées repoussantes qu'exprime Dieudonné, que pour la défense de la liberté d'expression[42] ». L'on ne compte pas les exemples où la liberté d'expression, posée comme absolue dans son principe, cesse de l'être dans ses applications particulières, à plus forte raison lorsqu'il s'agit du rire : le droit de rire (ou la liberté de rire) devient « *un artifice politique* » s'apparentant davantage à « *un mythe essentiel de l'État démocratique* » qu'à un principe absolument consacré[43].

Conclusion : non, en France, on ne peut pas tout à fait rire de tout et c'est tant mieux puisqu'on peut presque rire de tout ! Le droit à l'humour se présente comme le corollaire implicite de la liberté d'expression. Il suppose la conjonction d'une liberté et d'un droit : la liberté de faire rire et le droit à l'excès. Or, dans notre état de droit, la question ne consiste pas à savoir si l'humour peut aller trop loin – par principe, il en a le droit –, mais de déterminer jusqu'où il le peut : la dignité humaine constitue l'une de ces limites ; elle suffit à justifier une mesure d'interdiction. Au juge de déterminer le contenu variable d'une notion mouvante, floue, évolutive suivant les circonstances et les époques[44]. Nous ne voudrions pas être à sa place.

II. … Mais pas avec n'importe qui ; assurément !

Le rire est foncièrement malsain, Bergson l'a bien affirmé : « *(Le rire) a pour fonction d'intimider en humiliant. Il n'y réussirait pas si la nature n'avait laissé à cet effet, dans les meilleurs d'entre les hommes, un petit fond de*

---

42 H. LECLERC (Président de la Ligue des Droits de l'Homme), « Dieudonné : l'acte de censure du CE », *Hommes & Libertés* mars 2014, n° 165, p. 12

43 L. JOSENDE, *Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, Bruylant, 2010, p. 224.

44 Ch. PERELMAN, « L'usage et l'abus des notions confuses », *in Les notions à contenu variable*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER-ELST, Bruylant, 1984, p. 3 ; J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* Ch. PERELMAN et R. VANDER-ELST, *Les notions à contenu variable*, p. 99 ; J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *ibid*., p. 77 ; R. LEGROS, « Les notions à contenu variable en droit pénal », *ibid*., p. 21 : « *Une notion dont la dénomination, le signifiant, restent constants, mais dont le domaine, le champ, le signifié sont mouvants, évoluent, plus spécialement en fonction de facteurs spatio-temporels* » ; Ch. JAROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 223, n° 462. – Parmi les notions à contenu variable, il est possible de citer la bonne foi, la fraude, les bonnes mœurs, l'équité, la bonne justice, l'ordre public, l'abus… et, nous semble-t-il, la dignité.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

méchanceté, ou tout au moins de malice[45] ». Mais, il convient de préciser ici que, contrairement à la volonté de systématisation de la philosophie, l'approche interactionniste que nous souhaitons adopter pour notre part quant aux sujets : ces « *n'importe qui…* » ou ces « *M. tout le monde…* », a moins le rire que les rires en ligne de mire[46]. Ainsi, à la multiplicité des rires répond aussi la multiplicité des rieurs ; la « *dignité (quant à elle) est un mot qui ne comporte pas de pluriel*[47] ». Le portrait que livre Bergson du rieur est implacable. Pas de rieur sans cette « *insensibilité*[48] », cette « *anesthésie du cœur*[49] ». Le rire exile de l'éthique. Le rieur met de côté le respect (A) pendant qu'autrui perd sa dignité (B). Cela ne peut durer que l'espace d'un instant, mais pendant ce court laps de temps une déchirure se crée dans les rapports humains en place[50] ; pas sûr que « *l'humour soit alors ce plus court chemin d'un homme à un autre* » (Georges Wolinski) ! Il pourrait tout aussi bien être la voie directe à la fâcherie, voire à la sentence de mort. Le rire n'existe qu'en interaction, il s'inscrit dans une situation précise, avec un public précis et cela en fonction de son émergence ou de sa rétention.

A. Le rieur

Une chose est de rire de…, une tout autre de rire avec… (… des amis, un public, des spectateurs), généralement sur le dos de l'Autre (quelqu'un d'identifié, un groupe ciblé, par exemple).

---

45 H. BERGSON, *Le Rire* (1899), PUF, 2004, p. 151.

46 V. JANKELEVITCH, *L'ironie*, chap. III, § 4, rééd. Champs-Flammarion, 1991, p. 171-172 : L'usage, remarque Jankélévitch, « *donne au mot "humour" une nuance de gentillesse et d'affectueuse bonhomie qu'il refuse parfois à l'ironiste. Il y a, dans l'ironie cinglante, une certaine malveillance et comme une rosserie amère qui excluent l'indulgence ; l'ironie est quelquefois fielleuse, méprisante et agressive. L'humour, au contraire, n'est pas sans la sympathie. C'est vraiment le "sourire de la raison", non le reproche ni le dur sarcasme. Alors que l'ironie misanthrope garde par rapport aux hommes l'attitude polémique, l'humour compatit avec la chose plaisantée ; il est secrètement complice du ridicule, se sent de connivence avec lui…* ». Le même individu, répétons-le, peut bien sûr mêler l'humour et l'ironie, mais les deux choses n'en demeurent pas moins différentes. C'est ce que souligne L. PIRANDELLO, *L'humour et autres essais*, trad. franç., Éd. Michel de Maule, 1988, p. 15 : « *De l'ironie, même quand elle est utilisée à des fins bénéfiques, on ne peut dissocier l'idée de quelque chose de persifleur et d'acerbe. Or, persifleurs et acerbes, des écrivains indubitablement humoristiques peuvent assurément l'être, mais leur humour ne consiste pas dans cet acerbe persiflage* ».

47 P. CLAUDEL, *Journal.*

48 H. BERGSON, *Le Rire*, p. 3.

49 *Ibid.*, p. 4.

50 T. REGIS, « Le plaisir de rire ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Proches de la liberté d'expression, voire inextricablement liés dans le cas Dieudonné, on trouve le droit de réunion et la liberté de création artistique. Le premier fut consacré par la loi, quasiment concomitante, du 30 juin 1881. La seconde se fonde sur la liberté particulière dont doit jouir l'artiste. L'art permet de tout dire. Le délicieux film de Roberto Benigni, « *La vie est belle* », traite de la déportation et du massacre des juifs, mais nul ne songerait à lui reprocher de faire rire autour d'une horreur qui n'en apparaît que plus bouleversante. Quant à Desproges, son fameux sketch « *On me dit que des juifs se sont glissés dans la salle ?* » restitue de façon cocasse la parole des antisémites, pour en faire apparaître le ridicule odieux. Personne ne s'y trompe, il rit des antisémites. Dieudonné, lui, fait rire des juifs parce qu'ils sont juifs, et ridiculise l'holocauste qui ne serait qu'une farce. L'art ne peut être réduit à être le faux masque de l'abus interdit[51].

Rien de plus faux que de vouloir assimiler le rire à une réaction indépendante de sa volonté. Le rieur a toujours le souci de ménager son image ou celle d'autrui. Ainsi, si Dieudonné dans l'affaire du spectacle précité « *Le Mur* » s'est incliné formellement, l'on ne saurait en dire autant de son public qui, aujourd'hui encore, le considère comme une victime et se tord de rire aux allusions dont, paraît-il, son nouveau spectacle est rempli. Ce qui en dit long sur notre engouement de spectateurs… Mais l'on peut difficilement censurer des sous-entendus.

Le rire n'est pas un réflexe mais une réflexivité, il traduit une intelligence du monde. On peut rire par politesse ou par amitié, pour signifier une forme de connivence. À l'opposé, lorsqu'un supérieur hiérarchique se ridiculise, on fera semblant de n'avoir rien vu ou entendu. Le rire, comme le sourire, est toujours inscrit dans les rites de civilité, de vie commune. En effet, si l'on rit avec les siens, l'on peut raisonnablement penser que ça ne va pas déborder dans la violence. Comme il a été dit, « *il y a alors une sorte de complicité qui s'instaure entre le rieur et les autres. Très souvent, on rit avec les autres de quelqu'un. Mais ceci n'est pas forcément négatif. On peut rire d'un travers d'un ami, de personnes qui nous sont proches, car on a à faire à un rire d'amitié, voire de reconnaissance de l'autre*[52] ».

Mais, pas systématiquement ! L'entrisme nauséeux, c'est ce que l'on a trouvé dans le rire du harcèlement, à l'image de la « *Ligue du LOL* » dont on a parlé. Si on se moque comme l'a fait la « *Ligue du LOL* », on se retrouve

51 T. REGIS, « *Le plaisir de rire* », p. 11.

52 V. *supra*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

dans une situation où l'on rit uniquement contre, avec un effet de groupe (ici un « *groupe de machos* »), qui cherche à piétiner sous couvert du rire : le rire devient une manière symbolique d'écraser l'autre, de le salir, de détruire sa dignité et son sentiment de dignité. Ce rire brise la complicité parfois tacite et toujours essentielle du rire avec l'autre.

B. L'Autre

Parmi les victimes de ce que nous désignons comme « *rire de supériorité* », l'on fera un focus sur celui des juifs. Or, comme d'autres cibles de la haine, les juifs ont souvent répliqué par… le rire.

L'on observe cette faculté chez les personnes qui, pour court-circuiter la moquerie qu'elles redoutent, se font fort d'être drôles, d'amuser la galerie. Le rire leur sert d'armure. Pour ce qui concerne les juifs en particulier, l'oppression subie innerve leur humour. Il s'agit d'un rire de résistance pour des hommes qui, confrontés à la pire adversité, comme la Shoah, relèvent la tête grâce au rire. Dans l'ouvrage qu'il consacre au rire, David Le Breton rapporte cette interrogation malicieuse d'Isaac Babel[53] concernant les pogroms, alors qu'il est interviewé par un journal suisse : « *N'était-ce pas une erreur de la part du bon Dieu d'établir les juifs en Russie pour qu'ils y soient tourmentés comme en enfer ? Qu'y aurait-il eu de mal à ce que les juifs vivent en Suisse ?* ». Quant à Romain Gary, autre auteur juif ashkénaze, il se plaisait à dire que l'humour, c'était « *l'arme blanche des hommes désarmés* », « *une affirmation de la dignité, une déclaration de la supériorité de l'homme face à ce qui lui arrive*[54] ». Entre autres exemples, l'on évoquera celui de Germaine Tillion, cette résistante française déportée à Ravensbrück qui, en cachette, écrivit une opérette très drôle sur la vie au camp pour la partager avec ses compagnes d'infortune. Les dictateurs de tout poil tentent d'étouffer le rire, mais il résiste. En détournant des slogans officiels, comme « *Heil Hitler !* » (« *Vive Hitler !* ») qui devient « *Heilt Hitler !* » (« *Soignez Hitler !* »). Ou encore à travers les caricatures qui circulent sous le manteau.

Il y a une capacité subversive du rire qui, si elle ne peut pas modifier une situation objective, agit puissamment sur les individus. Le rire libère

---

53 Auteur juif russe (1894-1940) qui se définit lui-même de la façon suivante : « *Je suis un écrivain russe. Si je ne vivais pas dans le peuple russe, je cesserais d'être un écrivain, je serais comme un poisson hors de l'eau* ».

54 R. GARY, *La promesse de l'aube*. Le même Romain Gary qui écrira dans *Les enchanteurs* : « *Les chemins qui mènent à la liberté et à la dignité humaine passent par bien des abîmes et ne sauraient donc mener d'un seul coup aux sommets* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

du sens, il offre un autre regard sur ce qu'on vit. En redonnant l'initiative aux individus, il les restaure dans leur dignité. C'est précisément le cas dans l'exemple de cet Autre que nous prenons en exemple où comme l'arroseur arrosé, le rieur originel est à son tour moqué par sa victime. Le rire serait ainsi la part irréductible de liberté de la victime, une déclaration d'insoumission. Une volonté de ne pas donner le dernier mot au bourreau. Ou à la maladie quand elle nous ronge – comme c'était le cas pour Pierre Desproges – ; le rire n'est-il pas alors notre dernière souveraineté, une manière de reprendre la main, de sauvegarder quelque chose d'une dignité personnelle ?

En témoignent, Mata-Hari devant le peloton d'exécution en 1917 : « *C'est bien la première fois qu'on m'aura pour douze balles* », les juifs de Vienne après l'Anschluss : « *La situation est catastrophique mais pas grave* » ou Pierre Desproges rongé par le cancer : « *Plus cancéreux que moi tu meurs* ». Les virtuoses de l'humour, l'expérience l'atteste avec l'humour juif ou l'humour tchèque[55] sont les peuples persécutés, humiliés, confrontés à la bêtise et à l'oppression. Quand on ne peut pas changer le monde, il reste encore une arme, celle d'en rire. Les divers totalitarismes ont montré leur horreur pour la liberté de l'esprit. Une boutade circulant au sein du bloc communiste au temps de sa puissance est éloquente : « *Le journal officiel annonce l'organisation d'un concours de blagues politiques. Premier prix : vingt ans de goulag* ».

Le rire apparaît comme une forme de retournement de stigmates et tous les groupes stigmatisés ont su transformer en humour la violence dont elles étaient l'objet. C'est en cela que l'on peut affirmer que le rire est toujours définissable dans un contexte. À l'exception peut-être de l'humour juif à la fois le plus célébré et plus extraordinaire, pour ne pas dire le plus universel aussi – peut-être avec l'humour anglais. C'est le seul humour qui fonctionne partout, avec des auteurs traduits dans le monde entier, que ce soit Woody Allen[56] ou Philip Roth, qui font rire aux quatre coins de l'Univers, et ceci indépendamment des circonstances sociales, religieuses, de genre ou autres. Les blagues juives ont souvent fait le tour du monde et sont reprises à leur

55 N'est-il pas curieux que pas moins de quatre titres des ouvrages de Milan Kundera fassent référence au rire : *Le livre du rire et de l'oubli* (1987) ; *La plaisanterie* (1975) ; *Risibles amours* (1986) ; *Le jour où Panurge ne fera plus rire* (1992)… ?

56 V. : A. COMTE-SPONVILLE, *Traité du désespoir et de la béatitude*, PUF, rapportant nombre de traits d'humour de W. Allen.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sauce par d'autres cultures. Raison pour laquelle nous avons opté pour cet Autre-là[57] !

Faut-il pour autant légiférer, aller plus avant en la matière, alors que la ligne de démarcation entre l'admis et l'interdit peut se révéler des plus ténue[58] ? Est-ce qu'un texte supplémentaire empêcherait les délinquants grimaciers, spécialistes des gestes obscènes (bras d'honneur, pieds de nez, pouce renversé, tirage de langue), les ricaneurs de l'entre-soi, de prospérer ? Montesquieu avait, par avance, répondu : « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* ». Et les textes de loi actuels, notamment ceux visant le respect de la dignité de la personne, sont, à notre avis, suffisants pour englober les rires indignes, à condition toutefois d'y recourir avec circonspection et à bon escient.

L'ambiguïté du rire, voire son aliénation, ne doit pas être méconnue. S'ensuit-il que le scrupule moral doive se traduire sous forme juridique ? C'est bien la tentation qu'on voit poindre dangereusement à une époque où sévit la mode du « *politiquement correct* ». « *Les chiennes de garde*[59] » sont aux aguets, prêtes à nettoyer le territoire de toute plaisanterie sexiste ou machiste. Les diverses ligues de « *vertu* » aussi. Le délit de diffamation ou d'injure ne suffit plus pour protéger les personnes. Le respect de la dignité de la personne, s'il était mis lui aussi à toutes les sauces, risquerait d'encourager

---

57 V. : D. LE BRETON, *Rire. Une anthropologie du rieur*, qui rapporte : « *Il y a avait aussi beaucoup d'humour dans la Russie soviétique de Staline et après : avant que le mur de Berlin ne s'effondre, il y avait une manière subtile de se moquer des dirigeants, de se moquer du communisme, de Marx ou d'Engels, se constituant à chaque fois comme une forme de résistance redoutablement efficace. Parfois, ces formes de résistances par le rire peuvent être tragiques, notamment si on pense à Alexandre Soljenitsyne qui raconte comment une blague pouvait aboutir au goulag pendant 10 ou 15 ans ou à la mort. Je fais référence […] à des clowns qui interviennent dans un cabaret à Moscou et qui sont poursuivis, jusqu'à leur tirer dessus dans les couloirs du théâtre, parce qu'ils ont osé se moquer du pouvoir soviétique qui était en train de s'installer. Parfois ça passe ou ça casse, mais quand ça passe, cela crée une cristallisation, une opposition, une manière de sauvegarder quelque chose de soi, de sa dignité* ».

58 « *La quenelle* » (geste inventé en 2005 par Dieudonné : bras tendu vers le bas, la main gauche touchant l'épaule droite, censé signifier au départ « *on va leur mettre jusque-là* », devenu un geste antisémite) telle qu'elle figurait sur l'affiche du spectacle de Dieudonné pouvait s'interpréter aussi bien comme un symbole antisystème (acceptable en droit) que comme une provocation à la haine raciale (réprimée par le Code pénal).

59 « *Le mouvement des "Chiennes de garde", réseau de vigilance défendant des femmes publiques contre des insultes sexistes, a été lancé le 8 mars 1999 par l'historienne Florence Montreynaud. Il est féministe, mixte et international* », ainsi se définissent elles-mêmes les Chiennes de garde.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

toutes les susceptibilités à porter plainte. La question est donc maintenant de savoir s'il est légitime d'interdire de rire de tout, autrement dit s'il faut remettre en cause la liberté de pensée et d'expression. Le rire peut être indigne, non pas tant parce qu'il supprimerait la dignité d'un individu – c'est un pouvoir qu'il n'a pas – mais parce qu'il la nie ou lui manque de respect.

Conclusion : si l'on doit rire de (presque) tout, c'est assurément : « *pas avec n'importe qui* » non plus ! Le sérieux s'en offense et nous fait des ennuis. Il convient donc de comprendre que le droit de rire de tout est certes un droit fondamental, puisqu'il est le droit à la liberté de penser et de s'exprimer, mais ce droit doit être exercé publiquement avec prudence. La prudence est pour les Anciens la vertu de sagesse pratique. Puisque le monde dans lequel l'homme a à vivre n'est pas un monde d'êtres moralement et intellectuellement libres, il faut en tenir compte. Non point, parce qu'il est irrespectueux d'exercer ce droit, (respecter les personnes n'a jamais signifié respecter la bêtise et s'interdire de l'épingler là où elle prospère), mais parce qu'il faut se préoccuper de la paix civile et de sa propre tranquillité. On ne peut pas davantage rire avec ceux qui, englués dans le pathos, n'ont plus de liberté spirituelle. Ils souffrent trop pour être capables de recul. Il convient avec bienveillance de ménager leur sensibilité, ce qui est pour Bergson la définition de la politesse. En droit « *on peut se moquer de tout et rire de tout. Je dis d'un rire sain et libre*, *sans aigreur*, *sans tristesse*, *sans la moindre trace de méchanceté* » (Alain). Mais en fait, la prudence exige de faire attention. Il faut compter avec les susceptibilités humaines et le goût des idoles.

Miséricorde pour la raideur pathétique. Quant à la raideur bien-pensante chacun est libre dans son for intérieur d'en rire. Pour notre part, nous prendrons le parti d'en rire plutôt que d'en pleurer, c'est là la fonction palliative du rire. Avec La Bruyère, « *Rions avant d'être heureux*, *de peur de mourir sans avoir ri* » !

Le rire prend donc de multiples visages. Répressif, comme chez Bergson, il se met au service de la société contre l'individu. Révolté, il se met au service de l'individu contre la société. Les dictatures ont depuis longtemps compris que le plaisir de rire n'a rien d'innocent et que la censure se doit de couper court à toute velléité satirique. Comme l'écrivait Wittgenstein, « *l'humour n'est pas une humeur*, *c'est une vision du monde. Et c'est pourquoi*, *si l'on a raison de dire que l'humour fut banni de l'Allemagne nazie*, *cela ne signifie pas simplement que l'on n'y était pas de bonne humeur*, *mais quelque chose de beaucoup plus profond et beaucoup plus important*[60] ».

60 L. WITTGENSTEIN, *Remarques mêlées*, trad. G. GRANEL, TER, 1990, p. 97 (réd. Flammarion, 2002), cité par T. REGIS, « *Le plaisir de rire* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Voilà pourquoi, il faut rire de tout, de ce qui se prétend Vérité, de Dieu, du sacré, de soi-même, du sérieux, etc. ; c'est pourquoi, nous clamons haut et fort avec Pierre Desproges : « *Il faut rire de tout. C'est extrêmement important. C'est la seule façon de friser la lucidité sans tomber dedans* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE – POUR ALLER PLUS LOIN

Ouvrages sur le rire

BAAS B., *Le rire inextinguible des dieux*, Peeters-Accent Vrin, 2003.

BATAILLE G., *Œuvres Complètes*, T. V, Gallimard, 1973.

BERGSON H., *Le Rire ; essai sur la signification du comique*, Alcan, 1900, PUF, Quadrige, 1985.

BIRNBAUM J., *Pourquoi rire ?*, Gallimard, coll. Folio-essai, 2011.

CIORAN E., *De l'inconvénient d'être né*, Gallimard, 1989.

CIORAN E., *Sur les cimes du désespoir*, LGF, 1991.

COMTE-SPONVILLE A., « L'humour », *Rev. Palimpsestes*, Chap. 17 [en ligne].

COMTE-SPONVILLE A., *Dictionnaire philosophique*, PUF, 200, V° « Rire ».

COMTE-SPONVILLE A., *Petit traité des grandes vertus*, PUF, 1995.

DESCLOS M.-L., *Le rire des Grecs*, *Anthropologie du rire en Grèce ancienne*, Éd. Millon, 2000.

ELGOZY G., *De l'humour*, Denoël, 1979.

ESCARPIT R., *L'humour*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1987.

FOURASTIE J., *Le rire*, Denoël/Gonthier, 1983.

FREUD S., *L'humour*, Imago, 1928, vol. XIV, fasc. 1, reproduit dans : *Le mot d'esprit et ses rapports avec l'inconscient*, Gallimard Idées, 1971.

HIPPOCRATE, *Sur le rire et la folie* (trad. et préface HERSANT Y.), Rivages, coll. Poche Petite Bibliothèque, 1991.

JANKELEVITCH V., *L'ironie*, Flammarion, 1964.

KANT E., *Critique de la faculté de juger*, Flammarion, 2000.

KUNDERA M., *Les testaments trahis*, Gallimard, 1993.

MONGIN O., *De quoi rions-nous ?*, Plon, 2006.

NIETZSCHE F., *Œuvres*, R. Laffont, coll. Bouquins, 1993, « Ainsi parlait Zarathoustra », T. II ; *Par-delà le bien et le mal*, Aubier Montaigne, 1978.

ROSSET C., *Logique du pire*, IV, 4, PUF, Quadrige, 2013.

SIBONY D., *Les sens du rire et de l'humour*, O. Jacob, 2010.

SMADJA E., *Le rire*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

SPINOZA B., *Éthique*, trad. R. MISRAHI, PUF, 1993, III, Définition, XI et Explication.

STORA-SANDOR J., *L'humour juif dans la littérature : de Job à Woody Allen*, PUF, 1984.

VAILLANT A., *Le rire*, « *Expliquer les textes* », éd. Quintette, dist. Distique, 1991. (V. son interview dans le Figaro : publié le 6 févr. 2019 par Nathalie Simon, « Ce n'est pas le rire qui change, c'est ce qu'on a le droit de dire ou de ne pas dire »).

VAILLANT A., *La civilisation du rire*, CNRS Éditions, 2016.

Revues sur le rire

BEN MANSOUR M., « Rire en Islam », *La vie des idées*, Collège de France, 2016.

BOUQUET B. et RIFFAULT J., « L'humour dans les diverses formes du rire », *Vie sociale* 2010/2, n° 2, p. 13-22.

GUINHUT Th., « Peut-on rire de tout ? D'Aristote à San-Antonio… », *Contrepoints*, 17 janv. 2014 [en ligne].

Le Philosophoire 2002/2, n° 17, entièrement consacré au Rire philosophique.

LEFEBVRE F., *L'éclat de rire ou le suicide ? – Comique*, *humour*, *ironie dans le théâtre d'Arthur Adamov*…, Mémoire de Master 2012 ,2, [en ligne].

NAHOUM-GRAPPE V., « Le rire du méchant », *Esprit*, oct. 2013.

NOGUEZ D., « Structure du langage humoristique », *Revue d'esthétique* 1969, t. 22, p. 37-54.

NOUAILHAT R., « Le rire chrétien », *Médium* 2015, n° 43.

RAPHAËL F., « L'injonction au rire. Marcel Mauss et les "parentés à plaisanterie" », *Revue des Sciences sociales*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2010, Humour et dérision, p.32-33, <ffhttp://www.revue-des-sciences-sociales.com/ff. ffhal-01286966f>.

RAVET J.-C., « Le rire de Dieu : entrevue avec Richard Kearney », *Relations* 2012, n° 761.

REGIS T., « Le plaisir de rire », *Multitudes* 2007.

Revue du monde musulman et de la Méditerranée 1995, n° 77-78, 1995, dossier « L'humour en Orient ».

ZIMMERMANN L., « De l'humour dans la théorie littéraire », *Littérature* 2003, n° 132, Littérature et phénoménologie, p. 100-111.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Ouvrages, revues, articles sur le droit, la dignité et le rire

BOND ROUSSEL G., « Quand le rire se heurte au droit », *Dire*, Université de Montréal, 2 août 2017.

CHAUMONT C., *Le droit à l'humour face à la liberté d'expression : les limites juridiques apportées au discours humoristique*, mémoire de Master 2, Université catholique de Louvain, 2015.

DUPRE DE BOULOIS X., « Rire est-il une liberté fondamentale ? », *RDLF* 2016, chron. n° 01.

GIMENO-CABRERA V., *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, LGDJ, 2005.

QUIVIGER P.-Y., « L'inquiétante protection de la dignité humaine », *Klesis* (Revue philosophique), 2011, Philosophie analytique du droit, 15 p.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

PARTIE III

LA DIGNITÉ EN FIN DE VIE

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

Dignité et peine de mort / Dignity and Death Penalty

***Dominique Breillat**, Professeur émérite de droit public à l'Université de Poitiers, Doyen honoraire*

Abstract

This paper draws the parallel between the recent development of the concept of Human Dignity, and the endeavor to abolish capital punishment. Can Human Dignity be considered as a basis or foundation to the abolition of death penalty?

The article answers this question in two sections. The first section retrieves the recent history of the codification of the concept of Human Dignity. First, it shows how the concept of Dignity was adopted by international conventions, and what place or status it was given compared to other fundamental rights. Then, the article shows how this concept found its way through national constitutions and the jurisprudence of constitutional councils, establishing distinctions between different types of constitutional consecration of the concept. This first part builds upon a thorough study of a wide array of international and national official texts and jurisprudence.

In a second section, the article goes on to focus on the narrower subject of capital punishment. The article reminds that the question of abolition of death penalty is older than the introduction of Human Dignity in international or national texts, and therefore asks the question of whether this concept can be considered as a theoretic basis for the abolition of capital punishment. This second section begins by examining the relation between the right to life, and the abolition of death penalty, as shown by a detailed study of numerous provisions of international and national foundational texts. Then, the article stresses the relation between the concept of Human Dignity and abolition of death penalty, based on recent texts that link this abolition to the inherent dignity of every human.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

The article recalls the condemnation of death penalty by the Catholic church, and observes that the abolition of death penalty is a logical consequence to Human Dignity and to the Right to life. The article ends with a call for a total disappearance of capital punishment.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La peine de mort connaît depuis les années 1990 un fort mouvement en vue de son abolition. Ce mouvement en réalité trouve réellement son point de départ au XVIIIe siècle avec l'ouvrage majeur de Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, en 1764, dans lequel il affirme son analyse abolitionniste : « *Il me paraît absurde que les lois, qui ne sont que l'expression de la volonté publique, laquelle déteste et punit l'homicide, en commettent un elles-mêmes, et que pour détourner les citoyens du meurtre, elles ordonnent un meurtre public*[1]». Et il conclut : « *Si donc je démontre que, dans l'état ordinaire de la Société, la mort d'un citoyen n'est ni utile ni nécessaire, j'aurai gagné la cause de l'Humanité*[2] ». Beccaria s'appuie sur la raison, démontrant l'inutilité de la peine de mort. Mais il n'invoque nullement l'atteinte à la dignité de l'homme qui sera l'un des arguments utilisés au XXe siècle. Beccaria avait lancé un mouvement et réussi à convaincre le Grand-duc de Toscane Léopold qui abolit la peine de mort dans son Grand-duché le 30 novembre 1786[3], après un moratoire depuis 1769. Mais il faut souligner que chez Beccaria il n'y avait aucune référence philosophique ou religieuse dans son argumentation.

Aujourd'hui, l'action est forte dans le combat contre la peine de mort avec le soutien de certains États, notamment en Europe, devenus pionniers, des organisations internationales, des ONG comme Amnesty International ou la Communauté Sant'Egidio ou Ensemble contre la peine de mort mais aussi le soutien des courants religieux, pourtant hostiles à l'abolition dans le passé, jouant, chacun à sa façon, un rôle déterminant. Pour justifier cette abolition l'argument de la dignité de l'homme a servi de support.

Le bilan est certainement encourageant puisque ce sont plus des deux tiers des États qui ont fait disparaître en droit ou en fait la peine capitale. Rappelons qu'en 1945, sur 51 États membres de l'ONU, 8 seulement étaient abolitionnistes. On compte 106 États et territoires qui ont aboli pour tous les crimes et 9 pour les crimes de droit commun. On ajoutera 29 États respectant un moratoire. Ce sont donc 144 États dans lesquels la peine de mort est absente[4]. Mais il en reste 55 qui la prévoient toujours et

---

1 C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines, d'après la troisième édition*, Philadelphie, 1766, p. 109-110.

2 *Ibid.*, p. 97-98.

3 Sur l'initiative de la Communauté Sant'Egidio, le 30 novembre est la « *Journée des Villes pour la Vie* ».

4 « La peine de mort dans le monde », *France-Diplomatie*, <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/droits-de-l-homme/peine-de-mort/la-peine-de-mort-dans-le-monde/>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

on a enregistré des exécutions dans 20 États en 2018. En outre on peut connaître des reculs. Ainsi le 25 juillet 2019, l'administration américaine a annoncé la prochaine reprise des exécutions au niveau fédéral. La dernière exécution remontait à 2003[5]. Cinq exécutions sont prévues en décembre 2019 et janvier 2020.

L'Europe ignore ce châtiment, à l'exception fâcheuse de la Biélorussie. En Afrique les États francophones sont devenus abolitionnistes[6]. L'Amérique latine a depuis le XIXe siècle une tradition abolitionniste. Malheureusement l'Amérique anglophone[7] et notamment les États-Unis[8] ignorent cette avancée humaniste. Enfin c'est l'Asie[9] qui demeure le continent le plus réfractaire avec même des risques de retour en arrière comme aux Philippines.

Si la dignité de la personne humaine a pu préoccuper depuis longtemps les philosophes ou les théologiens, elle n'a que récemment fait son entrée dans le monde du droit et notamment des Droits de l'Homme. Il a fallu les horreurs de la seconde guerre mondiale pour qu'il y ait une réaction touchant notamment le droit international mais aussi le droit interne dans les constitutions insérant le droit à la dignité parmi les droits fondamentaux.

---

5 Depuis 45 ans, trois condamnés ont été exécutés. *Le Monde*, 27 juillet 2019.

6 En revanche elle persiste au Botswana, aux Comores, en Égypte, en Éthiopie, en Guinée Équatoriale, au Lesotho, en Libye, au Nigeria, en Ouganda, en République démocratique du Congo, en Somalie, au Soudan, au Soudan du Sud, au Tchad (exception francophone) et au Zimbabwe.

7 Cuba est une exception hispanophone. Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Dominique, Guyana, Jamaïque, Sainte-Lucie, Saint-Kitts-Et-Nevis, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Trinité-et-Tobago, maintiennent ce châtiment.

8 Aux États-Unis, cependant 21 États (Alaska, Connecticut, Dakota du Nord, Delaware, Hawaii, Illinois, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan – État pionnier depuis 1847 -, Minnesota, New Hampshire, New Jersey, New York, Nouveau Mexique, Rhode Island, Vermont, Virginie occidentale, Washington et Wisconsin) ainsi que le District of Columbia et Porto Rico ont aboli la peine de mort. En outre, les exécutions sont suspendues en Arizona, Caroline du Nord, Kentucky et Montana. Un moratoire existe en Californie, Colorado, Oregon et Pennsylvanie. Enfin il y a une abolition *de facto* en Indiana, Nevada et Wyoming. Malheureusement, sur le plan fédéral, l'*Attorney general* William Barr a réinstitué la peine de mort alors qu'aucune exécution n'avait eu lieu depuis 2003. Cinq exécutions sont programmées.

9 Afghanistan, Arabie saoudite, Autorité palestinienne, Bahreïn, Bangladesh, Chine, Corée du Nord, Émirats arabes unis, Inde, Indonésie, Iran, Irak, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Malaisie (mais l'abolition est programmée), Oman, Pakistan, Qatar, Singapour, Syrie, Taïwan, Thaïlande, Vietnam, Yémen.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

I. L'émergence juridique du principe de dignité

A. L'apport des organisations internationales

Ce sont les organisations internationales dans l'œuvre de reconstruction de la société mondiale après la seconde guerre mondiale qui vont mettre en avant le principe de dignité, évoquant celle-ci soit de façon incidente, soit voulant en faire un principe fondamental.

Les textes antérieurs relatifs aux Droits de l'Homme ignoraient totalement l'idée d'un droit à la dignité n'évoquant ce terme qu'en tant qu'une « *fonction*, *titre ou charge qui donne à quelqu'un un rang éminent*[10] », nos textes évoquant le plus souvent ce terme au pluriel ainsi que l'a fait la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen dans son article 6[11].

Jusqu'alors l'idée de dignité était avant tout l'objet des réflexions des philosophes ainsi que des théologiens. Chez les philosophes, on insiste plus particulièrement sur Kant dont la définition de la dignité est régulièrement citée comme un « *principe selon lequel un être humain ne doit jamais être traité comme un moyen*, *mais comme une fin en soi*[12] », « *Agis de façon telle que tu traites l'humanité*, *aussi bien dans ta personne que dans tout autre*, *toujours en même temps comme fin*, *et jamais simplement comme moyen* ».

Cependant il faut souligner que le décret français du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage se référait à la dignité dans son préambule en proclamant que « *l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine* ».

Un des tout premiers textes venant reconnaître la dignité est la Déclaration de Philadelphie adoptée le 10 mai 1944 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, à Philadelphie, sorte de refondation de l'Organisation. Son article II affirme que « *tous les êtres humains*, *quels que soient leur race*, *leur croyance ou leur sexe*, *ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité*, *dans la sécurité économique et avec des chances égales* ».

---

10 *Dictionnaire culturel en langue française* (dir. A. REY), Dictionnaires Le Robert, 2005, t. 2, V° « Dignité ».

11 « *Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités*, *places et emplois publics*, *selon leur capacité*, *et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». L'article 16 de la Constitution roumaine évoque « *les dignités publiques*, *civiles ou militaires* ».

12 Ainsi pour Kant, la dignité « *est le fait que la personne ne doit jamais être traitée comme un moyen*, *mais comme une fin en soi* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Mais l'insertion la plus significative vient dans la Charte des Nations Unies le 26 juin 1945, dès le préambule, qui après avoir souligné le contexte en voulant « *préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances* », proclame « *à nouveau* » la foi « *dans les droits fondamentaux de l'homme*, *dans la dignité et la valeur de la personne humaine*, *dans l'égalité de droits des hommes et des femmes*, *ainsi que des nations*, *grandes et petites* ».

Cette référence est certainement fondamentale puisque la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 s'appuie sur le Préambule de la Charte. Elle considère, et cela dès le premier paragraphe « *que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté*, *de la justice et de la paix dans le monde* ». Et ensuite ce préambule rappelle dans son cinquième paragraphe que « *dans la Charte*, *les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi… dans la dignité et la valeur de la personne humaine* ». Et la dignité apparaît immédiatement dans le premier article qui affirme que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ». L'article 22 s'y réfère également, « *Toute personne*, *en tant que membre de la société*, *a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques*, *sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité*, *grâce à l'effort national et à la coopération internationale*, *compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* », ainsi que l'article 23 alinéa 3, « *Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée*, *s'il y a lieu*, *par tous autres moyens de protection sociale* ». Le Pacte sur les droits civils et politiques de 1966 l'évoque immédiatement dans son préambule : « *Considérant 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 constitue le fondement de la liberté*, *de la justice et de la paix dans le monde ; Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine* ». Il l'évoque aussi dans son article 10 d'une façon incidente : « *1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* » alors que compte tenu de la place dans le préambule on aurait pu imaginer que le premier article du Pacte lui soit consacré. On a l'impression que la reconnaissance de la dignité n'a plus la même force que dans l'immédiat après-guerre.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Cependant on constate que la Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, adoptée la veille de la Déclaration universelle n'évoque nullement la dignité de la personne humaine.

L'Acte constitutif de l'UNESCO du 16 novembre 1945 insiste dans son préambule sur la dignité considérant que « *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 et par la volonté de lui substituer, en exploitant l'ignorance et le préjugé, le dogme de l'inégalité des races et des hommes* ».

On se demande cependant s'il n'y a pas eu une sorte de traversée du désert du principe de dignité de 1948 aux années 1990 même s'il peut y avoir une petite mention de la dignité, sans conséquence juridique dans certains textes[13].

Ignorée par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la « *dignité humaine* » ne sera reconnue par la Cour qu'en 1995 dans une affaire de viol entre époux, la Cour déclarant que « *l'essence même* [de la Convention] *est le respect de la dignité et de la liberté humaines*[14] » ; et quelques jours plus tard dans une affaire de garde à vue[15]. La Cour de Justice de l'Union européenne a elle aussi retenu le principe en 2004[16], mais la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avait été adoptée en 2000, encore qu'elle n'avait pas de valeur contraignante, celle-ci n'intervenant qu'avec le Traité de Lisbonne de 2007.

Il faut attendre la fin des années 1980 en effet pour que le principe de dignité humaine réapparaisse solennellement. Ce sera le cas avec la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant dont le

---

13 La Convention internationale des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, dans son préambule ; Déclaration des Nations Unies sur les droits du déficient mental du 20 décembre 1971, dans son préambule ; Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées du 9 décembre 1975, préambule et article 3 ; Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, préambule ; Déclaration des Nations Unies sur les principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir du 29 novembre 1985, point 4, etc.

14 CEDH, 22 novembre 1995, n° 20166/92, *S. W. c. Royaume-Uni.*

15 CEDH, 4 décembre 1995, n° 18 896/91, *Ribitsch c. Autriche.*

16 CJUE, 14 octobre 2004, Aff. C-36/02, *Omega c. Oberbürgermeister der Bundestadt Bonn.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

préambule immédiatement souligne « *conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* ». L'article 37 à propos de « *l'enfant privé de liberté* » exige qu'il « *soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine* ». Mais on ne trouve pas d'article proclamant solennellement ce droit à la dignité. Il figure toujours de façon incidente.

Ce sont les textes relatifs à la bioéthique intervenant après 1990 qui insistent sur ce droit à la dignité. On peut évoquer le Préambule et les articles 1 alinéa 1 et 2, 6, 10, 11 et 12 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les Droits de l'Homme du 11 novembre 1997. Dès le début du Préambule la dignité est évoquée.

La dignité est également fortement présente dans la Déclaration universelle sur la bioéthique et les Droits de l'Homme, dans le préambule et les articles 3 et 10.

Ces textes sont tout à fait révélateurs car ils touchent immédiatement à la vie humaine et à son respect.

Le Conseil de l'Europe lui a aussi donné quelque force dans ce domaine avec la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997, Convention pour 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 : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Le Conseil de l'Europe souligne que c'est « *le premier instrument juridique international contraignant en ce qui concerne la protection de la dignité, des droits et des libertés de l'être humain contre toute application abusive des progrès biologiques et médicaux* ». La convention affirme la protection de la dignité de l'être humain dès son premier article.

À son tour l'Union européenne a intégré solennellement le principe de dignité avec la Charte de l'Union européenne dans une approche certainement d'inspiration allemande. L'article 1 pose que « *la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». On croit lire l'article 1 de la Loi fondamentale allemande de 1949.

D'autres continents ou régions ont reconnu le principe. Ainsi la Commission africaine des Droits de l'Homme a pu affirmer un droit à l'alimentation estimant qu'il est « *implicitement garanti* » car « *inextricablement lié à la dignité des êtres humains*[17] ».

---

17 S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2e éd., 2015, p. 125.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

La Charte arabe des Droits de l'Homme, de son côté a affirmé l'égalité de l'homme et de la femme et mentionné qu'ils « *sont égaux sur le plan de la dignité humaine*[18] ».

Étant apparu tardivement, le principe de dignité ne figure pas dans le « *noyau dur* » des droits protégés, c'est-à-dire, les droits auxquels il ne peut être dérogé en cas de situation d'exception que peuvent admettre certaines conventions. Cependant on retrouvera le droit à la vie dans ce noyau dur de la Convention européenne des Droits de l'Homme[19], de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples n'évoque pas les situations de crise et la Charte arabe n'évoque ni l'idée de dignité ni le droit à la vie dans le noyau dur.

B. Les reconnaissances constitutionnelles

Il faudra plus de temps aux textes nationaux pour intégrer le droit à la dignité, en remarquant une certaine répulsion des pays anglo-saxons. C'est l'Allemagne qui est certainement le pays fondateur en la matière et à cet égard la Loi Fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949. Son premier article pose :

> « *(1) La dignité (Die Würde) de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.*
>
> *(2) 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.*
>
> *(3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable*[20] ».

La France a été beaucoup plus lente, sans doute prisonnière de sa Déclaration de 1789 qu'il était impensable de compléter, les tentatives de 1989 à l'occasion du bicentenaire, s'étant révélées sans succès.

Pourtant, le Conseil constitutionnel, à l'instar des autres pays européens et des conventions internationales a sans doute ressenti le besoin de l'affirmer

---

18 Article 3 Charte arabe des Droits de l'Homme.

19 « *Sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre* ».

20 <https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf>; dans l'excellente traduction en français réalisée par les professeurs : Christian Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe et Olivier Jouanjan.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ce qu'il a fait dans sa décision du 27 juillet 1994[21] lorsqu'il a « *découvert*[22] » ce droit. Pour réaliser ce « *coup de maître*[23] », il a utilisé, ce qui n'était pas évident, le début du Préambule de la Constitution de 1946 proclamant « *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 religion ou de croyance*, *possède des droits inaliénables et sacrés* ». De cette disposition, alors que le mot de dignité n'y figure pas, il a tiré un principe à valeur constitutionnelle, « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* ». Il considère que « *tout être humain possède à l'égard de la société des droits qui garantissent dans l'intégrité et la dignité de la personne*, *son plein développement physique*, *intellectuel et moral* ».

Peut-être peut-on y voir une influence du rapport de la Commission Vedel qui, en 1993 avait proposé d'insérer dans l'article 66 le « *respect de sa vie privée et de la dignité humaine*[24] ». On notera que cette Commission ne fait pas de la dignité un principe premier, la citant après la vie privée. Cette Commission, malheureusement, n'a pas eu de suite.

C'est une loi ordinaire qui vient pour la première fois intégrer l'idée de dignité avec la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain en insérant un article 16 nouveau du Code civil posant 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* ». Cette loi touche à la vie comme nombre de celles invoquant le principe de « *dignité humaine* ». Et aujourd'hui il y a plus de cinquante textes législatifs se référant à la dignité[25].

---

21 Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

22 J. ARLETTAZ, « Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine », *in Le Grand Oral* (dir. S. GUINCHARD), La Gazette du Palais, 14e éd., 2019, p. 681.

23 F. KERNALEGUEN, « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? », *in La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (dir. B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI), Bruylant, 2016, p. 96.

24 Commission Vedel, rapport du 15 février 1993 remis au Président de la République le 15 février 1993 par le comité consultatif pour la révision de la constitution, *J.O.* 14 février 1993, p. 2547.

25 La Commission Veil en donne de nombreux exemples. *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Documentation française, 2008, p. 88, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000758.pdf>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Pourtant la révision constitutionnelle de 2008 préparée par la Commission Balladur[26] n'a pas franchi le pas. La Commission a même refusé expressément de proposer l'insertion du principe de « *dignité de la personne humaine* » dans le Préambule de la Constitution avec une argumentation très critiquable. Avec d'autres principes, elle a considéré qu'ils étaient « *soit trop récents pour que leur contenu juridique soit figé dans un texte aussi solennel que le Préambule*, *soit déjà consacrés par une jurisprudence constante et désormais bien admise qu'il serait inutile sinon fâcheux de perturber* ». La Commission Veil postérieure à la révision, a été encore plus décevante et n'a débouché sur aucune proposition. Pourtant dans son rapport remis le 17 décembre 2008, cette Commission consacrait de longs développements au principe de dignité de la personne humaine qu'elle qualifiait de « *concept d'une actualité prégnante* » remarquant que « *de partout*, *l'appel à la dignité fait partie des formes les plus incontournables du discours public*[27] ». En revanche la Commission Jospin n'a pas été saisie en 2012 de cette question des droits fondamentaux[28].

L'année suivante, le Conseil d'État a fait usage de ce principe à propos d'un spectacle de « *lancer de nain* ». En jugeant que « *le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* », dans un arrêt d'assemblée, la Haute juridiction a renforcé ce principe dans une affaire très médiatisée[29] alors que la personne participant au spectacle était volontaire.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de s'appuyer sur ce principe de droit à la dignité dans de nombreuses décisions, par exemple en matière de bioéthique[30] qui avait été le domaine fondateur, l'avortement[31] ou les traitements en fin de vie[32].

---

26 Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, 29 octobre 2007, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000697.pdf>.

27 *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*.

28 *Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, Documentation française, 2012, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000596.pdf>.

29 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*. Sur l'apport des juridictions administratives, V. : M. CANEDO-PARIS, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public ; l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA* 2008, p. 79 et F. LLORENS, « Justice administrative et dignité », *RDP* 2011, p. 308.

30 Cons. const., n° 343-344 DC précité ; Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-498 DC ; Cons. const., 1er août 2013, n° 2013-674 DC.

31 Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC ; Cons. const., 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC.

32 Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-632 DC.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Aujourd'hui la dignité de la personne humaine est à la source de tous les Droits de l'Homme[33]. Cette approche peut être critiquée comme le fait Anne-Marie Le Pourhiet qui s'en méfie et considère que « *les décisions juridictionnelles récentes les plus intellectuellement indigentes et tirées par les cheveux ont été rendues sur le fondement de cette notion fourre-tout et galvaudée*[34] ».

Le droit à la dignité peut apparaître comme le premier des Droits de l'Homme voire comme le principe qui fonde tous les Droits de l'Homme, la « *matrice* » des Droits de l'Homme selon l'expression de Bertrand Mathieu[35].

Mais il peut être utilisé de multiples façons, et « *justifier tout et son contraire*[36] ».

La dignité apparaît comme « *un axiome indémontrable et indérogeable et sans doute même aussi indicible*[37].

La terminologie peut être variable[38]. On parlera de « *dignité humaine* » ou « *dignité de l'homme*[39] », « *dignité de l'être humain*[40] », « *dignité de la personne* »,

---

33 Nous utiliserons l'expression Droits de l'Homme plutôt que droits humains qui est en fait une anglicisation de l'expression issue de *human rights.*

34 A.-M. LE POURHIET, « Touche pas à mon préambule ! », *Le Figaro*, 24 mai 2008.

35 B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des Droits de l'Homme », *D.* 1995, p. 221.

36 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses Universitaires d'Aix Marseille 2013, p. 176.

37 M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, vol. 58, n° 1, p. 7.

38 Notre inventaire se limite aux États membres du Conseil de l'Europe réunissant tous les États européens à l'exception de la Biélorussie (non abolitionniste) et du Vatican (abolitionniste). Il s'appuie le plus souvent sur les textes publiés par la Digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan, outil très précieux : <https://mjp.univ-perp.fr/mjp.htm>. Sans doute certaines approches peuvent être discutées en raison de questions de traduction et d'actualisation.

39 Albanie (Préambule) ; Andorre, art.4, la Constitution andorrane utilisant deux expressions ; Arménie, art. 14 ; Belgique, art. 23 ; Bosnie-Herzégovine, Préambule ; Estonie, art. 10 ; Finlande, art.7 ; Grèce, art. 7 ; Hongrie, Préambule (profession de foi nationale) et art. II du chapitre Liberté et responsabilité ; Liechtenstein, art. 27bis ; Lituanie, art. 21 ; Moldavie, préambule et aussi indirectement, art. 54 ; Monaco, art. 20 ; Pologne, art.30 ; Portugal, art. 26 ; Russie, art. 21 ; Serbie, art. 19 et 23 ; Slovénie art. 21 ; Suisse, art. 7 ; Tchèque (République), Préambule, art.10 Charte ; Turquie, art. 17.

40 Allemagne, Loi fondamentale, art. 1 ; Arménie, art. 3 al.1 ; Ukraine, art. 3.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

« *dignité personnelle* » ou « *de toute personne*[41] », « *dignité de l'individu*[42] », « *dignité individuelle*[43] », « *dignité propre à la nature de l'homme*[44] » « *existence digne*[45] », « *qualité de vie digne*[46] » « *dignité de chacun*[47] », « *dignité sociale*[48] » ; cela peut être l'« *égalité en dignité*[49] ».

L'Allemagne peut apparaître comme l'État fondateur du principe de dignité en matière constitutionnelle, la Cour de Karlsruhe ayant fait de ce principe « *le principe constitutionnel fondateur du système des droits fondamentaux*[50] ». On soulignera bien évidemment la « *clause d'éternité* » (*Ewigkeitsklausel*) posée par l'article 79 alinéa 3 qui affirme que « *toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite* ». Or l'article 1 est précisément celui relatif au droit à la dignité, l'article 20 évoquant les « *fondements de l'ordre étatique, droit de résistance* ».

D'autres États, souvent avec beaucoup de retard, ont suivi cette voie. On la retrouve affirmée en Belgique (art. 23), en Espagne (art. 10), en Italie (art. 3), en Suisse (art. 7).

Les « *vieilles* » constitutions européennes ne contiennent aucune disposition sur le droit à la dignité. Nous l'avons déjà souligné pour la France, mais c'est aussi le cas en Autriche, au Danemark, en Islande, au Luxembourg, en Norvège dont la Constitution de 1814 n'évoque pas plus l'abolition de la peine de mort, aux Pays-Bas, à Saint-Marin. Bien évidemment le Royaume-Uni est absent.

En revanche, le droit à la dignité figure dans la quasi-totalité des constitutions postérieures à 1990. Il y a cependant des exceptions (Macédoine

---

41 Andorre, article 1 al. 2 ; Bulgarie, art. 32 al. 1 ; Espagne, art. 10 ; Géorgie, art. 17 ; Monténégro, art. 25, 26 et 28 ; Portugal, art. 26 ; Slovénie, art. 34.

42 Bulgarie, Préambule, art. 4 al. 2 et 6 al. 1 ; Russie, art. 21 ; Suède, art. 2.

43 Croatie, art. 25.

44 Pologne, Préambule.

45 Chypre, art. 9.

46 Espagne, Préambule.

47 Croatie, art. 35 ; Irlande, Préambule ; Lettonie, art. 95; Ukraine, art. 28.

48 Italie, art. 3.

49 Slovaquie, art. 12 ; République tchèque, art. 1 Charte ; Ukraine, art. 21.

50 BVerfGE, 87, 209 (228), 10 octobre 1992.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

du Nord, Roumanie…). C'est que très souvent elles ont été élaborées avec l'aide d'experts constitutionnalistes allemands et la Loi fondamentale allemande a pu souvent servir de modèle, ce qui expliquera aussi l'insertion de l'abolition de la peine de mort. Les États au régime autoritaire, en revanche, « *oublient* » le droit à la dignité dans les constitutions récentes comme en Azerbaïdjan. On peut aussi souligner que la Constitution espagnole élaborée après une abominable dictature, a été fortement influencée par l'Allemagne et le premier des droits fondamentaux (expression empruntée à l'Allemagne) est « *la dignité de la personne* ».

L'importance peut apparaître avec la clause d'éternité déjà évoquée mais aussi des formulations comme en Andorre avec « *l'intangibilité de la dignité humaine* » (art. 4).

À cet égard, la Pologne est certainement l'un des États lui accordant l'importance la plus ferme. Dans le préambule, « *le respect de la dignité propre à la nature de l'homme* », figure parmi les principes qui sont « *le fondement inébranlable de la République de Pologne* ». Dans le titre relatif aux libertés, aux droits et aux devoirs de l'homme et du citoyen, le premier article (article 30) vise la dignité de façon ferme en posant que « *la dignité inhérente et inaliénable de l'homme constitue la source des libertés et des droits de l'homme et du citoyen. Elle est inviolable et son respect et sa protection sont le devoir des pouvoirs* ». La dignité est à la source de tous les libertés et droits.

II. La dignité humaine fondement de l'abolition de la peine de mort

Où le fort mouvement abolitionniste depuis les années 1990 peut-il trouver sa source ? Certains ont pu la voir dans l'affirmation du droit à la vie. Mais où celui-ci, à son tour peut-il trouver sa source ? Pour beaucoup ce sera dans le droit à la dignité humaine qui peut ainsi apparaître à l'origine de tous les Droits de l'Homme. Mais parfois on se référera uniquement au principe de dignité sans affirmer le principe du droit à la vie. Mais aussi on posera l'abolition uniquement en termes de rationalité. Ce fut sans doute le cas en France. En 1981, dans le débat sur l'abolition de la peine de mort, le rapporteur du texte, Raymond Forni, et le Garde des Sceaux, Robert Badinter, n'évoquent pas le principe de dignité humaine. On se contente de plaider pour un débat digne ce qui est tout à fait différent. Seuls quelques parlementaires feront mention de la dignité sans trop insister comme Bernard Stasi, Colette Goeuriot, ou Gisèle Halimi dont c'est la courte conclusion.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Mais on constatera que l'Europe a sans doute préféré établir un lien entre démocratie et peine de mort. Depuis 1989, l'abolition est une condition de l'adhésion au Conseil de l'Europe à côté de la démocratie pluraliste et de l'engagement dans la Convention européenne des Droits de l'Homme.

En outre certains États abolitionnistes depuis longtemps l'ignorent dans leur constitution. Le cas le plus marquant est Saint-Marin où la dernière exécution eut lieu en 1468. Heureuse république ! Il en est ainsi au Danemark où la peine de mort a été abolie le 1er janvier 1933 pour les crimes de droit commun et en mai 1978 pour tous les crimes. Rétablie pendant la seconde guerre mondiale alors qu'il n'y avait pas eu d'exécution depuis 1892, elle fut abrogée à nouveau en 1950 après la dernière exécution. C'est aussi le cas de l'Islande, de la Norvège dont la constitution date de 1814 et où l'abolition pour les crimes de droit commun datait de 1905, année de l'indépendance ce qui montre le lien entre abolition et démocratie. La dernière exécution a eu lieu le 29 août 1948. La dernière exécution en temps de paix avait eu lieu le 25 février 1876[51].

D'autres États, même s'ils ont aboli plus récemment, n'ont pas constitutionnalisé l'abolition comme la Lettonie qui avait rétabli sa constitution de 1922 mais n'abolira qu'en 1999, trois ans après la dernière exécution. Il en est de même en Lituanie où l'abolition a été la conséquence d'une décision de la Cour constitutionnelle en 1998.

A. Peine de mort et droit à la vie

On peut imaginer que l'abolition s'appuie sur l'idée de droit à la vie affirmé depuis longtemps. Et on peut même imaginer que le droit à la vie soit le premier de tous les droits car sans la vie, c'est une évidence, aucun droit ne peut être acquis et exercé.

Les grands textes internationaux posent depuis longtemps le droit à la vie. C'est le premier droit particulier affirmé par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dans son article 3 « *Tout individu a droit à la vie*, *à la liberté et à la sûreté de sa personne* ».

Le Pacte international sur les droits civils et politiques affirme aussi dans son article 6 alinéa 1 : « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie* ». Mais il n'est pas pour autant abolitionniste, même s'il encourage les États à aller dans ce sens.

51 <https://fr.wikipedia.org/wiki/Peine_de_mort_en_Norv%C3%A8ge>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Il en est de même avec l'article 2 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et libertés fondamentales qui affirme « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi* », mais immédiatement évoque la possibilité d'une « *sentence capitale* ».

La Convention américaine relative aux Droits de l'Homme affirme aussi le droit à la vie dans son article 4 : « *Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie* ». Et là aussi, le maintien de la peine de mort même si c'est avec des préoccupations abolitionnistes, est visé.

De son côté, la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples, dans son article 4 en affirmant que « *la personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit* » et la Charte arabe des Droits de l'Homme de mai 2004 affirme aussi dans son article 5 que « *a) Le droit à la vie est un droit inhérent à toute personne humaine ; b) La loi protège ce droit et nul ne sera privé arbitrairement de sa vie* ». Mais immédiatement après dans son article 6 évoque les conditions d'application de la peine de mort.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en 2000 est le seul texte logique car dans le même article 2 il pose que « *1. Toute personne a droit à la vie ; 2. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté* ». Il n'y a aucune ambiguïté.

Cela signifie que dans le passé, jusqu'à la Charte de l'Union européenne on affirmait le droit à la vie sans en tirer la conséquence logique qu'est l'abolition de la peine de mort.

Pour remédier à ces incohérences, ces textes ont été complétés par des Protocoles additionnels permettant de donner tout son sens à l'affirmation du droit à la vie. Mais ces protocoles sont facultatifs n'étant qu'une incitation forte à abolir mais nullement une contrainte absolue.

La Convention européenne des Droits de l'Homme a été complétée par les protocoles n° 6 pour l'abolition en temps de paix, qui a été ratifié par tous les États et n° 13 prohibant en tout temps. Un protocole (n° 2) a été proposé pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Un projet de protocole existe pour la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples.

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des Droits de l'Homme fini par aller jusqu'au bout de la logique du droit à la vie. Elle a insisté sur le droit à la vie comme « *valeur suprême dans l'échelle des Droits de l'Homme au plan*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

international[52] ». Déjà elle avait préparé le terrain en considérant en 1989 que la peine de mort ne « *cadrait plus avec les normes régionales de justice*[53] ». Mais dans cet arrêt elle ne s'était pas référée à l'idée de dignité[54].

Après la ratification du Protocole n° 6 elle est allée plus loin, en se fondant « *sur l'accord des États contractants pour abroger ou du moins modifier l'article 2 § 1* » et elle constate que « *la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable… qui n'est plus autorisée*[55] ». À propos de l'expulsion vers un pays non abolitionniste, la Cour a jugé qu'il y avait violation du droit à la vie[56]. Elle est même allée plus loin en estimant que la peine de mort constituait en toute circonstance un traitement inhumain et dégradant en contradiction avec l'article 3 de la Convention[57].

Les États ont progressivement inséré, principalement à partir des années 1990, l'interdiction de la peine de mort. Parfois ce sont les juridictions constitutionnelles ou autres qui ont joué un rôle déterminant. Ce fut le cas en Albanie le 10 décembre 1999. Le cas de la Bosnie-Herzégovine est intéressant dans un État marqué par les drames d'une abominable guerre civile. Ce fut l'œuvre de la Chambre des Droits de l'Homme de la Commission des Droits de l'Homme de Bosnie-Herzégovine qui le 5 septembre 1997, dans l'arrêt « *Damjanovic vs Bosnia and Herzegovina*[58] » a jugé que l'utilisation de la peine de mort en temps de paix était inconstitutionnelle. Elle était contraire à l'article II paragraphe 4 de la Constitution de 1995, qui garantit le respect des Droits de l'Homme à l'égard des conventions internationales et notamment du Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort. Elle a jugé aussi que la peine de mort en temps de paix violerait

52 CEDH, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, §87 et 94, *RTDH* 2001, p. 1109, note Tavernier.

53 CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.

54 C. GREWE, « La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue générale du droit online*, 2014, numéro 18323 (<www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18323>).

55 CEDH, Gr. Ch., 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, n° 46221/99.

56 CEDH, 8 novembre 2005, *Bader c. Suède*, n° 13284/03.

57 CEDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mudhi c. Royaume Uni*, n° 61 498/08.

58 Chambre des Droits de l'Homme pour la Bosnie et Herzégovine, 5 septembre 1997, Sretko Damjonovic against The Federation of Bosnia and Herzegovina, CH/96/30, <https://www.refworld.org/cases,HRCBIH,3ae6b69418.html>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

l'article 1 de l'accord de paix de Bosnie Herzégovine qui fait référence au Protocole numéro 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort.

On peut aussi évoquer la Lituanie où l'action de la Cour constitutionnelle a été déterminante. Dans son arrêt du 9 décembre 1998, elle a considéré que l'article 105 du Code pénal qui prévoyait la peine de mort était contraire à la Constitution. Le 22 décembre, sur l'initiative du Président Adamkus, le Parlement abolissait la peine de mort.

Aujourd'hui nombre de constitutions proclament le droit à la vie. En Andorre, l'article 7 pose le droit à la vie et conclut avec l'abolition de la peine de mort. Il en est de même en Arménie (art.15), en Croatie (art. 21), en Espagne (art. 15) avec une exception en matière militaire disparue en 1995, en Géorgie, après avoir dans un premier temps envisagé des exceptions. Il en est de même en Russie (art. 20), en Slovaquie (art. 15), en Slovénie (art. 21), République tchèque (art. 6). La Hongrie lie droit à la vie et dignité humaine mais ignore l'abolition de la peine de mort (art. II) qui cependant est en vigueur. En 2008, le Liechtenstein a établi ce lien avec l'article 27 ter amendé dans un pays qui a connu la dernière exécution en 1785. La Macédoine du Nord pose l'abolition après avoir affirmé que « *la vie des hommes est sacrée* » dans l'article 10. Il en va de même en Moldavie (art. 24), en Roumanie (art. 22), en Suisse (art. 10). Ce lien est très fort au Portugal. L'article 24 pose que « *la vie humaine est inviolable. En aucun cas, il n'y aura de peine de mort* » est le premier du chapitre I du titre consacré aux « *droits, libertés et garanties fondamentales* ».

L'article 17 de la Constitution turque pose le droit à la vie mais n'évoque pas la prohibition de la peine de mort, s'étant contenté de supprimer l'exception évoquant la peine capitale en 2004. Cet article fait référence à la dignité humaine.

Pourtant le lien peut être bien plus nuancé. Ainsi en Azerbaïdjan après avoir rappelé avec force le droit à la vie – qui est « *intangible* », art. 27 –, on prévoit des exceptions, tout comme à Chypre (art. 7)… Malte prévoit aussi de nombreuses exceptions.

D'autres constitutions ne tirent pas toutes les conséquences du droit à la vie. Elles l'affirment mais ne mentionnent pas l'abolition de la peine de mort comme en Bosnie-Herzégovine (art. II), en Bulgarie (art. 28), en Estonie (art. 16), en Ukraine (art. 27), en Hongrie où l'article II pose que « *chacun a droit à la vie et à la dignité humaine ; la vie de l'embryon et du fœtus est protégée dès le moment de la conception* » mais ne dit rien sur la peine de mort. Il est vrai

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

que la Cour constitutionnelle en 1990 en avait affirmé l'inconstitutionnalité de cette peine[59]. Ce fut le cas en Irlande jusqu'au référendum du 25 mai 2018 où l'article 40.3 posait que « *l'État reconnaît le droit à la vie du fœtus et, en respectant pleinement le droit égal de la mère à la vie, garantit dans sa législation le respect de ce droit et, dans la mesure du possible, de le défendre et de le faire valoir par ses lois*[60] ». Désormais la Constitution pose : « *Des dispositions peuvent être prises par la loi pour la réglementation de l'interruption de grossesse* ». En Lituanie, l'abolition ne figure pas dans l'article 19 qui pose le principe du droit à la vie. La Constitution ignore l'abolition. La Pologne est un autre exemple car après avoir affirmé dans l'article 38 que la République « *garantit à tout homme la protection juridique de la vie* » aucune disposition ne mentionne l'abolition de la peine de mort.

B. Peine de mort et dignité humaine

Si toutes les démocraties européennes ont renoncé à la peine de mort, la préoccupation majeure se situe outre-Atlantique avec les États-Unis qui pratiquent le plus la peine de mort parmi les démocraties. Mais les juristes anglo-saxons et notamment américains sont peu ouverts à l'idée de dignité. Pourtant l'idée a pu pénétrer la Cour suprême avec certains juges, notamment Felix Frankfurter lorsqu'il considéra en 1942 que le Bill of Rights – les 10 premiers amendements – contenait « *des clauses de sauvegarde de la liberté et de la dignité*[61] ». La Cour suprême aurait pu s'emparer de l'idée de dignité, comme elle l'a souvent fait en matière pénale, pour considérer la peine de mort comme contraire au huitième amendement qui prohibe les « *châtiments cruels et inhabituels* ». En 1972 dans le célèbre arrêt Furman v. Georgia qui avait pu laisser espérer l'abolition de la peine de mort, le juge Brennan avait considéré l'inconstitutionnalité de la peine de mort. Il

59 V. *supra*.

60 Mais il permettait l'avortement à l'étranger en précisant que « *L'État reconnaît le droit à la vie du fœtus et, en respectant pleinement le droit égal de la mère à la vie, garantit dans sa législation le respect de ce droit et, dans la mesure du possible, de le défendre et de le faire valoir par ses lois. Cet alinéa ne limite pas la liberté de se déplacer entre l'État et un autre pays. Cet alinéa ne limite pas la liberté d'obtenir des informations sur les services légalement disponibles dans un autre pays ou de rendre ces informations disponibles dans l'État, sans préjudice des dispositions établies par la loi* ».

61 Glasser v. United Sates 315 U.S. 60 (1942) cité *in* E. ZOLLER, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue générale du droit online* 2014, n° 18319 (<www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18319>).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

s'appuyait sur l'idée de dignité considérant que « *a punishment must not be so severe as to be degrading to the dignity of human beings*[62] ».

En 2002 dans Atkins v. Virginia, la Cour utilise l'idée de « *dignité de l'homme* » pour juger contraire à la Constitution l'exécution des handicapés mentaux[63]. Depuis 1986, un arrêt de la Cour suprême pose qu'un condamné doit être capable de « *comprendre de manière rationnelle* » qu'il va être exécuté et pourquoi.

Des juridictions constitutionnelles ont pu établir le lien entre dignité humaine et abolition de la peine de mort.

Ainsi la Cour constitutionnelle hongroise en 1990 comme le souligne Paolo Passaglia[64], a « *posé l'unité indissociable de la vie et de la dignité humaine* », la Constitution affirmant alors que « *tout être humain a le droit inhérent à la vie et à la dignité humaine* ». Pour la Cour hongroise, « *vie et dignité humaine forment ainsi un droit fondamental qui est à la fois indivisible et absolu, naturel, inviolable et inaliénable, susceptible de limiter les pouvoirs répressifs de l'État, voire d'imposer à celui-ci de faire en sorte d'en assurer le respect et la protection*[65] ».

Paolo Passaglia mentionne dans le même type de raisonnement la Cour constitutionnelle sud-africaine qui s'est fondée sur les articles 9 (droit à la vie) et 10 (dignité), les considérant comme le fondement des autres droits[66].

Mais ce lien apparaît aussi dans les constitutions. On peut penser qu'en Allemagne l'importance donnée au principe de dignité a pu expliquer l'abolition constitutionnelle de la peine de mort. Pourtant on peut être étonné que l'abolition ne figure pas dans le premier chapitre consacré aux droits fondamentaux mais dans le chapitre IX consacré au pouvoir judiciaire dont elle est le dernier article. S'il n'y a pas de lien de proximité avec le droit à la dignité, il y a certainement un lien intellectuel.

---

62 Supreme Court, 29 juin 1972, 408 U.S. 238 (1972).

63 Supreme Court, 20 juin 2002, Atkins v. Virginia 536 U.S. 304 (2002).

64 P. PASSAGLIA, *L'abolition de la peine de mort ; Une étude comparée*, Mnémosyne, Pisa, 2012, p. 130 ; V. aussi J. SANDOR, « La dignité humaine, fondement des droits en Hongrie », *in La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (dir. B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI), p. 160.

65 Cour const. hongroise, 23/1990.

66 P. PASSAGLIA, *L'abolition de la peine de mort ; Une étude comparée*, p. 130. Cour Afrique du Sud, State v. Makwanyane and another.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Mais en Allemagne, si la réaction à la barbarie nazie peut expliquer cette disposition, l'abolition a été longtemps un grand débat, dès le XIXe siècle et on peut également évoquer les initiatives des Habsbourg en Toscane et en Autriche à la fin du XVIIIe siècle.

Les tentatives d'abrogation apparaissent très tôt. En 1848-49, l'Assemblée de Francfort proclame l'abolition générale par 288 voix contre 146 le 28 décembre 1848 : article 3 : « *La peine de mort est supprimée, excepté dans les cas où le droit de la guerre la prescrit et dans les cas de révolte où le droit maritime l'autorise*[67] ». Malheureusement, cette constitution n'est jamais entrée en vigueur du fait de l'hostilité de la Prusse, de la Bavière du Hanovre et de l'Autriche. Pourtant dès 1849, l'Oldenbourg, Nassau, Anhalt et Brème avaient aboli. Puis en 1864 ce fut le Grand-duché de Bade, en 1866 le royaume de Wurtemberg et en 1868 celui de Saxe. Mais le Code pénal de l'Empire allemand entré en vigueur le 1er janvier 1872 mit à bas ces abolitions.

Si la peine de mort a été abolie en 1949 en République fédérale, elle ne l'a été qu'en 1987, en République démocratique allemande, avant la réunification. Mais il faut souligner qu'elle a été la première des démocraties populaires à abolir la peine de mort, avant la chute du communisme.

Une remarque. Un référendum a eu lieu dans le Land de Hesse le 28 octobre 2018 pour abolir la peine de mort qui figurait encore dans la Constitution : « *En cas de crime grave, la peine de mort peut être appliquée*[68] ». Les électeurs ont approuvé l'abolition par %83,2 des voix contre %16,7. Mais en réalité le principe *Bundesrecht bricht Landesrecht*[69] rendait inopérante la disposition surannée.

L'Union européenne a contribué à établir ce lien entre dignité et abolition de la peine de mort[70].

Le 12 avril 1989, était adoptée par le Parlement européen la Déclaration des droits et libertés fondamentales[71]. 1989 apparaît sans doute l'année de

---

67 <https://abolition.hypotheses.org/388>.

68 Désormais l'article 21 de la Constitution de Hesse affirme simplement « *La peine de mort est abolie* ».

69 *Le droit fédéral casse le droit local.*

70 M. DURAND MERCEREAU, *La dignité de la personne humaine en droit de l'Union européenne*, Thèse Paris-X, 2011.

71 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1989_120_R_0040_01&from=FR>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

l'irruption du principe de dignité humaine. Cette déclaration, certes, n'est qu'une résolution. En conséquence elle n'a pas de valeur contraignante. Mais elle est annonciatrice.

Le préambule, immédiatement, évoque la dignité : « *Considérant que, en vue de poursuivre et de relancer l'œuvre d'unification démocratique de l'Europe, eu égard à la création d'un espace intérieur sans frontières et compte tenu de la responsabilité particulière qui incombe au Parlement européen quant au bien-être des hommes et des femmes, il est indispensable pour l'Europe de réaffirmer l'existence d'une communauté de droit fondée sur le respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux*, ». L'article 1 pose que « *la dignité humaine est inviolable* » et immédiatement après l'article 2 pose le droit à la vie en affirmant que « *toute personne a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Mais il faut attendre l'article 22 pour voir l'abolition de la peine de mort. Il n'en reste pas moins qu'on peut penser que le principe de dignité est source de tous les éléments de cette déclaration.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne va plus précisément établir ce lien entre abolition de la peine de mort et dignité humaine. On n'en sera pas surpris car ce texte a été élaboré par une commission de 62 personnes, dite Convention et adoptée à Nice dans une bien trop grande discrétion le 7 décembre 2000. La Convention était présidée par Roman Herzog, ancien Président de la République fédérale d'Allemagne et surtout ancien Président de la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe. On devine qu'avec un tel président à la compétence incontestable, l'influence des principes figurant dans la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne a été déterminante.

La Charte, dans son préambule, évoque très vite les « *valeurs indivisibles et universelles* » au premier rang desquelles elle place la « *dignité humaine* ». Et elle insiste tout particulièrement sur celle-ci puisque le Chapitre I est intitulé « *Dignité* » et que l'article 1 affirme que « *la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». Puis elle énumère les composantes de cette dignité humaine avec, dans cet ordre, le droit à la vie ; le droit à l'intégrité de la personne, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé.

L'article relatif au droit à la vie établit le lien avec l'abolition de la peine de mort posant que « *toute personne a droit à la vie. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Cette force du principe de dignité et aussi de l'abolition de la peine de mort se retrouve dans le Traité de Lisbonne[72] qui donne à la Charte une portée juridique contraignante pour 25 des États membres[73] car malheureusement le Royaume-Uni, la Pologne[74] et la République tchèque bénéficient d'une dérogation quant à son application. La Charte ne figure qu'en annexe sous forme de déclaration. Il n'en reste pas moins que le Traité de Lisbonne dès son article 2 affirme que « *l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine…* ».

On retrouve le même lien à l'ONU lorsqu'en 2014, le Secrétaire général Ban Ki-moon a affirmé que la peine de mort est une pratique cruelle contraire au principe de la dignité humaine.

L'idée de l'abolition de la peine de mort résultant du principe de dignité a été considérablement renforcée par le Pape François. Si le christianisme avait, dans son esprit, été abolitionniste à son origine comme l'avait souligné Jean Jaurès lors du grand débat de 1908 (« *La peine de mort est contraire à ce que l'humanité depuis deux mille ans a pensé de plus haut et de plus noble. Elle est contraire à la fois à l'esprit du christianisme et à l'esprit de la Révolution*[75] ») des théologiens comme Saint-Augustin[76] ou Saint-Thomas d'Aquin, ont soutenu la possibilité de la peine de mort, sa légitimité et les Papes, jusqu'à Pie XII l'ont admise.

Le Pape François a fait modifier l'article 2 267 du Catéchisme de l'Église catholique. Auparavant la peine de mort n'était pas exclue. L'article 2267 posait :

---

72 La Charte constituait le titre II du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Mais on sait que suite aux refus français et néerlandais, le Traité ne fut pas ratifié.

73 Article 6 al. 1 TUE : « *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ».

74 Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2007.306.01.0001.01.FRA&toc=OJ:C:2007:306:FULL#C_2007306FR.01015602> ; Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la République tchèque, <https://www.cvce.eu/content/publication/2013/10/30/917b1af2-6eff-4935-a8b1-e5a078700faa/publishable_fr>.

75 Propos rappelés par R. BADINTER, *JO Déb. Assemblée nationale*, 17 septembre 1981, p. 1139.

76 SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, I, 21.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

> « *L'enseignement traditionnel de l'Église n'exclut pas, quand l'identité et la responsabilité du coupable sont pleinement vérifiées, le recours à la peine de mort, si celle-ci est l'unique moyen praticable pour protéger efficacement de l'injuste agresseur la vie d'êtres humains.*
>
> *Mais si des moyens non sanglants suffisent à défendre et à protéger la sécurité des personnes contre l'agresseur, l'autorité s'en tiendra à ces moyens, parce que ceux-ci correspondent mieux aux conditions concrètes du bien commun et sont plus conformes à la dignité de la personne humaine.*
>
> *Aujourd'hui, en effet, étant données les possibilités dont l'État dispose pour réprimer efficacement le crime en rendant incapable de nuire celui qui l'a commis, sans lui enlever définitivement la possibilité de se repentir, les cas d'absolue nécessité de supprimer le coupable "sont désormais assez rares, sinon même pratiquement inexistants"* (*Evangelium vitae*, n° 56)[77] ».

Le Pape François a voulu aller plus loin. Le 11 octobre 2017, dans son discours à l'occasion du 25e anniversaire de la promulgation du Catéchisme de l'Église catholique, il a demandé de reformuler l'enseignement sur la peine de mort. Un lien étroit est établi avec la dignité de l'Homme. La peine de mort « *blesse la dignité personnelle* ». Les derniers papes, inlassablement ont appelé à la grâce des condamnés à mort. Jean-Paul II avait déjà affirmé à propos de Caïn que « *meurtrier, il garde sa dignité personnelle et Dieu lui-même s'en fait le garant*[78] ».

Benoît XVI lors d'une audience le 30 novembre 2011 appelait déjà à l'abolition de la peine de mort et il demandait « *de poursuivre les progrès importants accomplis afin de rendre le droit pénal plus conforme à la dignité humaine des prisonniers* ».

Le Pape François, très vite, a affirmé une position abolitionniste ferme s'appuyant à chaque fois sur « *le primat de la vie et de la dignité de la personne humaine* », notamment le 30 mai 2014 dans sa lettre aux participants au XIXe Congrès de l'Association internationale de droit pénal et du IIIe Congrès de l'Association latino-américaine de droit pénal et de criminologie[79], et le 23 octobre 2014 dans son Discours à une délégation internationale de droit pénal. Il met à chaque fois en exergue le « *respect de la dignité humaine*[80] »

---

77 <http://www.vatican.va/archive/FRA0013/_P7U.HTM>.

78 <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae .html>.

79 <http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/letters/2014/documents/papa-francesco_20140530_lettera-diritto-penale-criminologia.html>.

80 <http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_ associazione-internazionale-diritto-penale.html>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

pour justifier son opposition à la peine de mort. Il va même très loin car le 23 octobre 2014 non seulement il condamne les exécutions extrajudiciaires, mais il qualifie la détention à perpétuité de « *peine de mort cachée* ». Dans son discours du 11 octobre 2017, le Pape François demandait et affirmait que « *quelle que puisse être la gravité de la faute commis, la peine de mort est inadmissible car elle attente à l'inviolabilité et à la dignité de la personne* ». C'est que « *la condamnation à la peine de mort est une mesure inhumaine qui blesse la dignité personnelle, quel que soit son mode opératoire* ». « *Elle est par elle-même contraire à l'Évangile* ».

C'est sans doute une magnifique évolution, car dans le passé la peine de mort a pu être admise même si dans le Décalogue figure de façon semblant absolue « *Tu ne tueras point* ». Mais dans l'Ancien Testament figurent beaucoup d'affirmations pouvant laisser à certains la justification de la peine de mort[81]. Avec le Nouveau Testament on devrait pouvoir trouver une justification de la condamnation de la peine de mort, mais les théologiens, surtout avec l'Église triomphante, admettront la peine de mort.

Avec mesure le Pape François assume « *la responsabilité du passé* » l'expliquant par « *la pauvreté des possibilités de défense* » et parce que « *la maturité sociale n'était pas encore pleinement développée* ». Il n'en regrette pas moins que « *même dans les États Pontificaux, on a eu recours à ce remède extrême et inhumain, faisant disparaître le primat de la miséricorde sur la justice* ». Il veut aussi se relier au passé en affirmant que « *la défense de la dignité de la vie humaine du premier instant de la conception jusqu'à la mort naturelle, a toujours été portée dans l'enseignement de l'Église, par une voix cohérente et autorisée* ».

Dans les propos du Pape, l'accent est mis sur le lien entre dignité de la personne humaine et abolition de la peine de mort.

Désormais la peine de mort est « *inadmissible* ».

L'article 2 267 nouveau insiste sur le fait que « *la personne ne perd pas sa dignité après avoir commis des crimes très graves* ». Jamais le lien entre dignité et peine de mort n'a pu paraître aussi fort. « *L'Église enseigne à la lumière de l'Évangile que "la peine de mort est une mesure inadmissible qui blesse la dignité personnelle" et elle s'engage de façon, déterminée, en vue de son abolition partout dans le monde* ».

81 <http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_ associazione-internazionale-diritto-penale.html>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Lors d'une audience à la Commission internationale contre la peine de mort, le 17 décembre 2018, jour de son anniversaire, le Pape François réaffirme la position de l'Église : « *La certitude que chaque vie est sacrée et que la dignité humaine doit être cultivée sans exceptions m'a poussé, depuis le début de mon ministère à travailler à différents niveaux pour l'abolition universelle de la peine de mort* ».

Dans ce discours il rappelle qu'il a « *exprimé l'engagement de l'Église pour la cause de l'abolition dans* [son] *discours devant le Congrès des États-Unis le 24 septembre 2015* ».

Il est évident que la décision du Pape François a suscité quelque trouble aux États-Unis. Ainsi, le gouverneur catholique du Nebraska Pete Ricketts, qui trouvait confortable d'invoquer son appartenance religieuse lorsque l'Église tolérait la peine de mort revendique maintenant la séparation des ordres temporel et spirituel[82].

Aujourd'hui certains États mêlent abolition de la peine de mort et droit à la dignité comme la Finlande qui dans son article 7 pose que « *nul ne peut être condamné à mort, torturé, ni se voir infliger des traitements portant atteinte à la dignité humaine* ». À Monaco, le même article évoque la dignité humaine et l'abolition de la peine de mort. La Constitution du Monténégro inverse même l'ordre dans son article 26, affirmant la dignité et l'inviolabilité de la personne après avoir posé que la peine de mort est interdite au Monténégro. La même démarche figure dans les articles 20 et 21 en Russie, les exceptions pouvant exister pour la peine de mort.

Mais le plus souvent il y a affirmation d'abord du droit à la dignité puis du droit à la vie avec sa conséquence logique qui est l'abolition de la peine de mort. La Constitution serbe de 2006 en est un excellent exemple. Après avoir affirmé dans l'article 23 que « *la dignité humaine est inviolable* » elle affirme dans l'article 24 que « *la vie humaine est inviolable* » et que « *la peine de mort est interdite en République de Serbie* ». C'est la démarche qu'on devrait rencontrer dans tous les textes constitutionnels mais malheureusement tel n'est pas le cas.

En dépit de reculs dans certains États, la peine de mort semble s'acheminer de façon déterminée vers son abolition.

---

82 *Le Monde*, 15 août 2019. Il a ordonné l'exécution de Carey Dean Moore le 14 août, la première depuis 21 ans dans l'État et la première par injection létale.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

À cet égard la meilleure garantie se trouve dans les organisations internationales qui rendent difficile tout recul. On le constate en Europe. Pour qu'elle soit éradiquée partout dans le monde il faut que ce soit dans le cadre onusien que s'affirme cette abolition. Le deuxième protocole au Pacte international sur les droits civils et politiques offre un instrument juridique.

L'ONU poursuit son combat pour l'abolition en se fondant sur la dignité humaine. Le 18 décembre 2007, l'Assemblée générale adoptait à une très large majorité – 104 pour, 54 contre et 29 abstentions –, une résolution demandant un moratoire sur l'application de la peine de mort[83]. À cet effet elle estimait « *que l'application de la peine de mort porte atteinte à la dignité humaine* » et s'affirme « *convaincue qu'un moratoire contribue au renforcement et à l'élargissement progressif des droits de l'homme* » et considère « *qu'il n'y a pas de preuve irréfutable que la peine de mort a un effet dissuasif et que toute erreur judiciaire dans l'application de la peine de mort est irréversible et irréparable* ».

Le 17 décembre 2018 une nouvelle résolution[84] était adoptée à une majorité toujours plus forte – 121 pour, contre 35 et 32 abstentions, 5 non-votants –.

Les derniers secrétaires généraux de l'ONU se sont prononcés en faveur de l'abolition.

Le 11 octobre 2016, Ban Ki-moon déclarait « *La peine de mort est une pratique cruelle et inhumaine. Elle n'a pas sa place au XXIe siècle* ». Issu d'un pays pionnier en matière d'abolition, Antonio Guterres reprenait le propos de son prédécesseur avec force. « *La peine de mort n'a pas sa place au XXIe siècle*[85] » laissant espérer sa disparition totale. Si tel devait être le cas ce serait le signe que le principe de dignité humaine a pénétré tous les esprits.

83 ONU, A/RES/62/149.

84 ONU, A/RES/73/161.

85 <https://news.un.org/fr/story/2017/10/365862-antonio-guterres-la-peine-de-mort-na-pas-sa-place-au-21e-siecle>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ARLETTAZ J., « Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine », *in Le Grand Oral* (dir. S. GUINCHARD), La Gazette du Palais, 14e éd., 2019, p. 681.

BECCARIA C., *Traité des délits et des peines*, *d'après la troisième édition*, Philadelphie, 1766.

CANEDO-PARIS M., « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public ; l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA* 2008, p. 79.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses Universitaires d'Aix Marseille 2013, p. 176.

Commission Vedel, Rapport du 15 février 1993 remis au Président de la République le 15 février 1993 par le comité consultatif pour la révision de la constitution, *J.O.* 14 février 1993, p. 2547.

Dictionnaire culturel en langue française (dir. A. REY), Dictionnaires Le Robert, 2005, t. 2, V° « Dignité ».

Digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <https://mjp.univ-perp.fr/mjp.htm>.

DURAND MERCEREAU M., *La dignité de la personne humaine en droit de l'Union européenne*, Thèse Paris-X, 2011.

FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, vol. 58, n° 1, p. 7.

GREWE C., « La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue générale du droit online*, 2014, numéro 18323 (<www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18323>).

HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2e éd., 2015.

KERNALEGUEN F., « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? », *in La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (dir. B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI), Bruylant, 2016, p. 96.

« La peine de mort dans le monde », *France-Diplomatie*, <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/droits-de-l-homme/peine-de-mort/la-peine-de-mort-dans-le-monde/>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

LE POURHIET A.-M., « Touche pas à mon préambule ! », *Le Figaro*, 24 mai 2008.

LLORENS F., « Justice administrative et dignité », *RDP* 2011, p. 308.

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 221.

PASSAGLIA P., *L'abolition de la peine de mort ; Une étude comparée*, Mnémosyne, Pisa, 2012.

Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, Documentation française, 2012, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000596.pdf>.

Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Documentation française, 2008, p. 88, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000758.pdf>.

SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, I, 21.

SANDOR J., « La dignité humaine, fondement des droits en Hongrie », *in La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (dir. B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI), Bruylant, 2016, p. 160.

ZOLLER E., « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue générale du droit online* 2014, numéro 18319 (<www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18319>).

Jurisprudence

CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.

CEDH, 22 novembre 1995, n° 20166/92, *S. W. c. Royaume-Uni.*

CEDH, 4 décembre 1995, n° 18 896/91, *Ribitsch c. Autriche.*

CEDH, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, §87 et 94, *RTDH* 2001, p. 1109, note Tavernier.

CEDH, Gr. Ch., 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, n° 46221/99.

CEDH, 8 novembre 2005, *Bader c. Suède*, n° 13284/03.

CEDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mudhi c. Royaume Uni*, n° 61 498/08.

Chambre des Droits de l'Homme pour la Bosnie et Herzégovine, 5 septembre 1997, Sretko Damjonovic against The Federation of Bosnia and Herzegovina, CH/96/30, <https://www.refworld.org/cases,HRCBIH,3ae6b69418.html>.

CJUE, 14 octobre 2004, Aff. C-36/02, *Omega c. Oberbürgermeister der Bundestadt Bonn.*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.

Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-498 DC.

Cons. const., 1er août 2013, n° 2013-674 DC.

Cons. const., 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC.

Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-632 DC.

CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge.*

Supreme Court, 20 juin 2002, Atkins v. Virginia 536 U.S. 304 (2002).

Supreme Court, 29 juin 1972, 408 U.S. 238 (1972).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

La fin de vie : Mourir dans la dignité / The End of Life: Dying with Dignity

Céline Baaklini, *Docteur en droit, professeur associé à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, Pro-Recteur aux Affaires Estudiantines, coordinatrice du développement de la recherche, avocate à la cour, ORCID iD : https://orcid.org/0000-0001-7885-4696*

Reine Daou, *Docteur en droit, chef de département et professeur assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, coordinatrice de la Revue Juridique de l'USEK, chef de laboratoire « Personne et Droit », ORCID iD : https://orcid.org/0000-0001-9370-811X*

Bechara Karam, *Docteur en droit, professeur assistant, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, ORCID iD : https://orcid.org/0000-0002-5874-6409*

Abstract

Respect for fundamental and moral values, in particular that of dignity, existed since the time of Hippocrates. Most of European and international texts have generally referred to it, through the right to the integrity of the person or the prohibition of torture and degrading treatment or punishment. It has also been mentioned in medical ethics and bioethics fields.

But the concept of dignity really became established recently. Indeed, it arose in France in two occurrences: firstly, in the matter of bioethics law where it was inserted in the block of constitutionality, then, in connection with crimes against humanity where it contributed to the definition of the concept of humanity. This notion, which rebels against any spatial, temporal or personal framework, feeds disputes and gives rise to lively controversies on the human rights scale at the international level. Its guarantee is a prerequisite for the exercise of all other rights. In this context, evoking the idea of a right to death would be paradoxical and even provocative. Indeed, the law protects life, then how can we aspire to the recognition of a right to death as a corollary of the right to life?

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

French and Lebanese laws have so far refused to recognize it. However, the rights of patients at the end of life have been recognized and strengthened.

« *Je ne provoquerai jamais la mort délibérément*

Je ne prolongerai pas abusivement les agonies

Je ferai tout pour soulager les souffrances… ».

Telle est la version moderne du serment d'Hippocrate.

En effet, le respect des valeurs fondamentales et morales notamment celui de la dignité ne date pas d'hier. Il existait déjà depuis l'époque d'Hippocrate. Certains textes européens et internationaux s'y sont référés de façon générale[1], à travers le droit à l'intégrité de la personne[2] ou la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels inhumains et dégradants[3]. Il a également été évoqué dans les travaux relatifs à la déontologie médicale[4] et à la bioéthique[5]. Mais le concept de dignité ne s'est vraiment établi que récemment[6]. En effet, il a surgi en France en deux occurrences : tout d'abord, en matière de loi sur la bioéthique où il fut inséré dans le bloc de constitutionalité[7], ensuite, à propos de crimes contre l'humanité où il a contribué à la définition du concept d'humanité[8]. Cette notion rebelle à tout encadrement spatial, temporel ou personnel alimente les contentieux et suscite de vives controverses dans l'échelle des Droits de l'Homme sur

1 P. ARDANT, *Textes sur les Droits de l'Homme*, PUF, 1993.

2 Article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

3 Article 3 de la Convention EDH ; F. SUDRE « Commentaire de l'article 3 de la Convention EDH », *in La Convention européenne des Droits de l'Homme*, *commentaire article par article* (dir. L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), Economica, 1995, p. 155.

4 M. LONG, « Conférence inaugurale du congrès international d'éthique médicale », *RFD adm*. 1991, p. 395.

5 T. DOURAKI, « Principes des droits du patient en Europe », *RTDH* 1996, p. 157.

6 B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185.

7 Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94- 34 344, *D.* 1995, p. 237, note B. Mathieu ; B. EDELMAN, « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205.

8 B. EDELMAN, « Le concept juridique d'humanité », *in Le droit*, *la médecine et l'être humain*, PUAM, 1996, p. 245.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

le plan international[9]. Sa garantie s'impose comme un préalable à l'exercice de tous les autres droits. Dans ce contexte, évoquer l'idée d'un droit à la mort serait paradoxal et même provocateur. En effet, le droit protège la vie[10]. Comment peut-on donc aspirer à la reconnaissance d'un droit à la mort comme corollaire du droit à la vie ?

Le droit français et son homologue libanais refusent, jusqu'à présent, de le reconnaitre (I). Toutefois, les droits des malades en fin de vie ont été reconnus et renforcés (II).

I. La réfutation du droit à la mort

En cas de souffrances atroces, le bon Dieu est perçu lointain, injuste, inaccessible, silencieux. L'homme tend alors à mettre fin à sa vie. La question qui se pose est de savoir s'il peut décider son destin du seul fait de sa volonté. En d'autres termes, l'homme dispose-t-il de lui-même jusqu'à sa destruction ? Cette question intéresse tant la situation du suicide (A) que celle de l'euthanasie (B).

A. Dans le cadre du suicide

Le suicide se définit comme « *l'action de causer volontairement sa propre mort (ou de le tenter), pour échapper à une situation psychologique intolérable, lorsque cet acte, dans l'esprit de la personne qui le commet, doit entrainer à coup sûr la mort*[11] ».

D'après Paul Ricœur « *l'acte de se donner la mort devient celui qui fait coïncider, une seule fois, la vie et la mort, l'acte de vivre et l'acte de mourir*[12] ». Qu'on le nomme « *mort volontaire* » ou « *mort libre* », le suicide est donc l'acte commis par une personne dans le but de supprimer sa vie. Cet acte a longtemps été considéré comme un pêché réprouvé par la religion, une faute sanctionnée par la morale, une infraction condamnée par le droit. En effet, dans l'ancien droit français, il était fréquent de faire comparaître une

---

9 CEDH, 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz c./ Allemagne, n° 34044/ 96, 35532/97 et 44861/98.

10 L'article 2 de la Convention EDH dispose : « *Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi* ».

11 *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2013, V° « Suicide ».

12 P. RICOEUR, « Accompagner la vie jusqu'à la mort », *Esprit* 2006, p. 320.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

personne ayant tenté de se suicider ou de juger une personne qui s'était suicidée *post-mortem* afin de la priver de sépultures[13]. Ce châtiment inspiré de la religion visait la privation du repos éternel.

L'instauration du Code pénal français en 1810 a emporté la dépénalisation du suicide[14]. Ni l'acte du suicide ni sa tentative ne sont désormais punis par la loi[15]. En effet, la sanction pénale étant personnelle et individuelle, il est inutile de la prononcer si le suicide aboutit. Même si la tentative est ratée, il ne serait pas logique d'infliger une sanction qui probablement pousserait la personne vers une autre tentative pouvant aboutir cette fois.

Dans cet esprit, le suicide serait admis, ou du moins justifié sans être autorisé. Toutefois, sa dépénalisation n'emporte pas automatiquement la reconnaissance d'un droit au suicide. En effet, le droit au suicide débattu depuis des millénaires par les philosophes et les juristes peut sembler une fausse question en raison de l'apparente contradiction qui existe entre le fait de mettre fin à sa vie et l'instinct primitif qu'ont toutes les espèces vivantes de survivre en dépit de toutes les circonstances.

En réalité, à travers cet acte, le suicidé recherche le début d'une nouvelle vie aspirant à la justice de l'autre monde plutôt que la fin de sa vie actuelle[16]. L'Église catholique a de tout temps manifesté son hostilité à l'égard du suicide et le considérait comme étant un péché mortel. Cependant, cette position rigide fut atténuée au fil des années. En effet, de nos jours, il est assimilé à une mort naturelle vu qu'il serait immoral de juger l'état d'âme qui a mené la personne à accomplir cet acte[17].

Sur le plan européen, la prérogative absolue de l'individu sur sa vie a été refusée par la Cour européenne à l'occasion de l'affaire Pretty[18]. En

---

13 J. RICO, « Les procès aux cadavres dans l'ancien droit français », *Encyclopédie de l'Agora [en ligne]*, < http://agora.qc.ca/documents/cadavre--les_proces_aux_cadavres_dans_lancien_droit_francais_par_jose_m_rico>, consulté le 2/8/2019.

14 E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012, n° 24, nous lisons : « *Le droit pénal républicain et laïque n'ose plus pénétrer au cœur des consciences et demander à un juge de condamner cette décision intime qui a pu pousser un individu à essayer de mettre fin à ses jours* ».

15 Cass. crim., 3 janvier 1973, *Bull. crim*. n° 2; *D*. 1973, p. 591, note Levasseur ; Cass. crim., 23 avril 1971, *Bull. Crim*. n° 116.

16 Ph. NASR, « Le suicide ou le droit à la mort », *Revue Juridique de l'USEK*, n° 6, 1998, p. 89.

17 *Le Catéchisme de l'Église Catholique*, Mame, Paris, 1992, n° 2283.

18 CEDH, 29 avril 2002, *JCP* G. 2003. II. 10062, note C. Girault; *RTD civ*. 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2002, p. 1131, note Ph. Malaurie ; *RDSS* 2002, p. 475,

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

l'espèce, Diane Pretty, ressortissante britannique, souffrait d'une maladie neurodégénérative qui l'a condamnée à une mort certaine par asphyxie. Elle demanda alors aux juridictions britanniques de pouvoir accéder à une assistance à la mort par ses médecins ou son mari. Déboutée par les juridictions internes, elle se tourna vers la Cour européenne des Droits de l'Homme afin de lui reconnaitre son droit à la mort. Son argumentation reposait sur une interprétation à contrario de l'article 2 : en interdisant de porter atteinte à la vie d'autrui, toute personne à le droit de mettre fin à sa vie. Toutefois, la Cour européenne des Droits de l'Homme l'a déboutée en rejetant ses arguments tout en déniant l'existence d'un droit à la mort[19]. En effet, l'article 2 crée une obligation de protection de la vie et ne peut être interprété à contrario comme autorisant un droit à la mort, mais dans le prolongement de cette jurisprudence, elle lui reconnait à partir de l'article 8 le droit à pouvoir opérer de véritables choix sur son corps. Le droit d'éviter une fin de vie indigne et pénible à condition que sa décision soit prise librement et en toute connaissance de cause.

B. Dans le cadre de l'euthanasie

Selon le Petit Robert, l'euthanasie[20] vient du mot grec « *eu* » (bonne) et « *thanatos* » (mort) et qui signifie « *la mort douce et sans souffrance. Usage de procédés qui permettent d'anticiper ou de provoquer la mort pour abréger l'agonie d'un malade incurable, ou lui épargner des souffrances extrêmes*[21] ». Cette notion pose une problématique bien particulière. En effet, si le pronostic vital d'une personne est compromis, et que tous les soins visant à le guérir sont voués à l'échec, la poursuite des actes médicaux est-elle licite[22] ? Ainsi, nous nous

---

obs. Ph. Pedrot ; *Gaz. Pal.*, n° 170 à 171, p. 37, note D. Rocher.

19 CEDH, 29 avril 2002, *JCP* G. 2003. II. 10062, note C. Girault ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2002, p. 1131, note Ph. Malaurie ; *RDSS* 2002, p. 475, obs. Ph. Pedrot ; *Gaz. Pal.*, n° 170 à 171, p. 37, note D. Rocher, nous lisons : « *l'article 2 ne crée pas un droit à l'autodetermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie* ».

20 – ع. ع. **غصن**، المسؤولية الجزائية للطبيب، منشورات زين الحقوقية، ط ١، ٢٠١٢، ص ٣٥١: "ظهرت كلمة القتل الرحيم في القرن السابع عشر وهي كلمة يونانية الأصل، تعني الموت دون الم".

– أ. **شرف الدين**، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط ٢، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٨٤: "القتل الرحيم، انه ذلك الموت الذي يخلص مريضا، لا يرجى شفاؤه من الامه المبرحة".

21 *Le Petit Robert*, V° « Eugénique ».

22 S. WELSCH, *Responsabilité du médecin, risques et réalités judiciaires*, éd. Litec, 2000, p. 130.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

interrogeons si l'euthanasie n'est pas un droit pour toute personne en fin de vie, voulant obtenir la mort afin d'apaiser ses souffrances, une sorte de délivrance. Peut-on donc bénéficier d'une aide pour mettre un terme à ses jours ?

Aide au suicide, homicide sur demande, euthanasie, divers termes qui traduisent la même situation menant à s'interroger sue le risque qu'encourt la personne ayant fourni une telle assistance.

L'euthanasie, en dehors de son cadre juridique, est un acte qui touche à la société et à la religion et qui connait une condamnation presque unanime surtout des autorités religieuses. En effet, l'un des dix commandements de l'Église précise « *Tu ne tueras pas* ». Ceci découle du caractère sacré que l'Église accorde à la vie, qui est un don de Dieu, c'est lui qui en est le maître, et donc c'est à lui seul que revient la décision de la reprendre. « *L'être humain ne saurait exercer ou même tenter d'exercer un pouvoir et un contrôle sur ces deux réalités (la vie et la mort). Il demeure au contraire, un être soumis au destin divin qu'il ne maitrise pas, auquel il n'a pas même le droit de tenter de résister et encore moins de s'opposer*[23] ». C'est dans cet esprit que l'euthanasie et le suicide sont tous les deux condamnés par la religion chrétienne. Plus encore depuis 1951, le Pape Pie XII se révélait ainsi : « *Tout être humain tient le droit à la vie essentiellement de Dieu, non de ses parents ni de quelque société ou autorité humaine que ce soit. Il n'y a donc aucune autorité humaine, aucune indication médicale, eugénique, sociale, économique, morale, qui puisse conférer un titre juridique valable pour disposer directement et délibérément d'une vie humaine innocente en vue de sa destruction*[24] ». Cette même conception sacrée de la vie humaine existe chez les musulmans.

Quant à la loi, elle ne vise pas directement l'assistance médicale au suicide. En effet, la liberté de se donner la mort affirmée par l'absence de texte réprimant le suicide assure indirectement l'impunité de ceux qui y participent. Il serait donc illogique de sanctionner l'aide au suicide au titre de complicité en l'absence d'infraction principale punissable.

Toutefois, cette faille législative ne devrait pas laisser sans punition ceux qui assistent les malades au suicide quel que soit le mobile qui les a poussés à le faire.

---

23 J.-L. BAUDOUIN. et D. BLONDEAU, *Éthique de la mort et droit à la mort*, PUF, 1993.

24 C. BONHOMME, « L'euthanasie d'hier à aujourd'hui », *Revue hospitalière de France* 1992, n° 5, p. 569.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Un criminel s'est-il jamais trouvé acquitté ayant commis son acte par forte passion ? Une réponse négative s'impose : il pourrait seulement être compris et bénéficier par la suite de circonstances atténuantes. Il en est de même de toute personne ayant assisté une autre au suicide, par amour, par pitié, par compassion, par compréhension…

Le nouveau Code pénal français, comme l'ancien, ainsi que le Code pénal libanais de 1943 permettent la répression de l'euthanasie active par le biais de son assimilation à un meurtre voire un assassinat (meurtre avec préméditation) ; le meurtre étant un homicide commis volontairement[25] . Cette infraction est dès lors constituée lorsque sont réunis, en plus de l'élément légal, un élément matériel et un élément intentionnel.

L'euthanasie active consiste dans une action positive, une obligation de faire, par exemple injecter des produits vénéneux entrainant la mort. En France et au Liban, le sujet de l'euthanasie est longtemps resté tabou. Pourtant il y a quelque temps, un médecin, Bernard Kouchner, a déclaré à l'hebdomadaire néerlandais *Vrij Nederland* avoir « *plusieurs fois […] commis l'euthanasie pour les gens qui avaient trop mal*[26] » pendant les guerres du Liban et du Vietnam. Signalons que les pays du Benelux ont une approche diamétralement opposée à celle de la France en matière d'euthanasie. En effet, la loi du 10 avril 2001 a légalisé l'euthanasie aux Pays Bas[27], et a été suivie un an plus tard par la loi du 16 mai 2002 autorisant l'euthanasie sous certaines conditions en Belgique[28]. Aux États-Unis, la Cour suprême a rendu le 26 juin 1997 une décision dans laquelle elle a refusé de considérer l'aide au suicide un droit essentiel, et a refusé de donner la permission

---

25 Selon l'article 547 du Code pénal libanais paru en 1943 « *Quiconque aura intentionnellement donné la mort à autrui sera puni des travaux forcés de quinze à vingt ans* ». Lui correspond l'article 221-1 du Code pénal français.

26 جاء في كتاب ع. ع. **غصن**، المسؤولية الجزائية للطبيب، ص ٣٥٩: "تعتبر هولندا، أول دولة شرعت القتل الرحيم، للمرضى الذين يعانون الاما لا تحتمل، مع انعدام الأمل في شفائهم، فأجاز مجلس الشيوخ الهولندي ذلك بشروط محددة هي:

أن يعاني المريض من مرض لا يرجى شفاؤه منه.

أن يكون الألم غير محتمل.

أن يمنح المريض موافقته في حالة عقلية سليمة."

27 « Faut-il une loi pour l'euthanasie? », <http://www.lexpress.fr/actualite/societe/faut-il-une-loi-pour-l-euthanasie_492553.html>, consulté le 2/8/2019.

28 A. C. AUNE, « Peut-on légaliser l'euthanasie ? », *Gaz. Pal.* 2004. I. 7.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

aux médecins d'aider leurs patients à mettre fin à leurs vies[29]. Nous ne pouvons que signaler à cet égard, l'exemple typique de l'euthanasie active effectuée pendant de longues années par Dr Jack Kevorkian, médecin américain d'origine arménienne, connu sous le nom de Dr « *mort*[30] ». En effet, ce médecin a lutté toute sa vie pour la légalisation de l'euthanasie et la proclamation du droit à une mort digne. Dans son ouvrage datant de 1993, intitulé « *Prescription Medicine*, *The Goodness of Planned Death* », « *Les bienfaits de la mort planifiée* », il précise : « *l'euthanasie ne présentait pas grand intérêt pour moi jusqu'à mes années d'internat*, *quand j'ai vu à quel point le cancer pouvait ravager un corps. Le patient était une femme complètement immobile*, *d'âge moyen*, *dont le corps souffrait de jaunisse pour devenir presque marron*, *sa peau aussi fine que du papier et son abdomen rempli de fluide qui le faisait gonfler jusqu'à quatre ou cinq fois la taille normale* ». Au début des années 1990, il a fabriqué ce qui a été appelé la « *death machine* ». Cette « *machine de la mort* » permettait aux patients de mettre fin à leurs jours. Mais bien sûr, il fut condamné à une peine d'emprisonnement de 10 à 25 ans.

En ce qui concerne l'élément matériel de l'euthanasie active, c'est le geste d'une personne qui donne la mort, c'est à dire c'est le fait de tuer un être humain. En effet, l'acte commis par le meurtrier doit causer la mort du patient et il doit exister un lien de causalité entre l'acte et le décès. Cet acte peut être unique ou le fruit de plusieurs moyens étalés sur le temps. De plus, il peut être le fait d'une ou de plusieurs personnes tant que leurs interventions personnelles avaient suffi à tuer. Plus encore, la tentative est punie comme le crime. Cependant, si l'euthanasie constitue un homicide volontaire en droit français et libanais, il convient de signaler qu'il se peut que les médecins soient poursuivis sur la base de l'homicide involontaire. En effet, par un arrêt du 9 février 1997 la Cour de cassation française a affirmé que : « *le légitime désir de lutter contre l'euthanasie*, *homicide volontaire*, *conduit à sanctionner la faute d'imprudence*, *au titre de 1'homicide involontaire*[31]». Cet arrêt est évidemment un arrêt d'espèce vu que l'euthanasie constitue sans doute un homicide volontaire et non involontaire.

En ce qui concerne le troisième élément qui caractérise l'infraction de l'euthanasie, à savoir, l'élément intentionnel, notons que le meurtre n'est réalisé que si l'auteur a eu l'intention de donner la mort. Peu importe le

29 Ph. HUBERT, *Le décalage entre l'opinion et la législation*, déc. 2002, <www.ipo-sos.fr>, consulté le 2/8/2019.

30 Death Doctor.

31 Cass. crim., 18 février 1997, *JCP* G. 1997. II. 22889, note J. Y. Chevalier.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

caractère charitable ou noble du mobile. De même, le consentement de la victime est sans effet, puisque l'euthanasie relève du droit pénal qui ne justifie pas la commission de l'infraction par le consentement de la victime.

Le nouveau Code pénal français, assimile l'euthanasie active - par injection ou médication– à l'homicide et la punit sévèrement. En effet, ce « *meurtre* », est parmi les crimes susceptibles d'un recours devant les assises. Ces crimes sont punissables de peines allant de 30 ans de réclusion criminelle à la perpétuité. Le nouveau Code pénal précité prévoit aussi l'interdiction d'exercer la profession de médecin pour ceux qui se rendent coupables de cet acte considéré comme criminel (art. 13-226). Mais pratiquement, les médecins sont rarement condamnés à des peines si lourdes. Le droit européen[32] sanctionne lui aussi l'euthanasie active. En effet, il prime sur le droit français, c'est pourquoi il est important de citer le texte européen qui s'applique dans les cas d'euthanasie active. Ainsi, le Conseil de l'Europe a adopté le 26 juin 1999 une recommandation sur la protection des Droits de l'Homme et de la dignité des malades incurables et des mourants[33], condamnant l'euthanasie active, c'est-à-dire l'homicide volontaire.

En ce qui concerne le droit libanais[34], l'article 547 du Code pénal punit l'homicide intentionnel de travaux forcés de quinze à vingt ans et pouvant aller jusqu'à la peine de mort. Mais à l'image du droit français, nous ne voyons pas pratiquement les médecins, condamnés à des peines si lourdes, ou même à toute autre peine dans de pareilles hypothèses, c'est-à-dire, lorsqu'ils pratiquent l'euthanasie.

Plus encore, les articles 223-13 à 223-15 du nouveau Code pénal français punissent d'une peine d'emprisonnement et d'amende la provocation au suicide. C'est le cas du médecin qui met à la disposition de son patient les moyens de mettre fin à sa vie en lui indiquant le mode d'emploi. Le Code pénal libanais traite à son tour cette question. En effet, l'article 552 dudit code dispose : « *Sera puni de la détention pour dix ans au plus celui qui*, *dans un sentiment de compassion*, *aura intentionnellement donné la mort à une personne*

---

32 <http://lci.tf1.fr/monde/europe/euthanasie-comment-legiferent-nos-voisins-europeens-7732695.html >.

33 Extrait de la Gazette officielle du Conseil de l'Europe – juin 1999 : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/FREC1418.htm>, consulté le 29 juillet 2019.

34 س. **عاليه**، قانون العقوبات، القسم العام، المسؤولية والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع والاعلان، ط ١، ١٩٩٣، ص ٢٦٢.
– ح. م. **نجيب**، قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، م. ١، ص ٢٢٢-٢٢٣.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

sur sa demande insistante ». De plus, l'article 553 dispose : « *Celui qui aura, par quelque moyen que ce soit, déterminé une personne au suicide, ou qui l'aura, de l'une des manières exprimées à l'article 219 -1ère, 2ème et 4ème aidée à se donner la mort, sera puni : de la détention pour dix ans au plus si le suicide a été consommé ; de l'emprisonnement de trois mois à deux ans en cas de tentative de suicide ayant entraîné une lésion ou une incapacité permanente. Si la personne incitée ou aidée à se donner la mort est un mineur de moins de quinze ans ou un déficient mental, les peines de l'instigation au meurtre et de la complicité de ce crime seront appliquées* ». Nous constatons, qu'en droit libanais la pitié ressentie envers l'autre ou la compassion ne rentrent pas en compte pour caractériser l'élément intentionnel. La responsabilité pénale de celui qui assiste un autre à la mort est donc engagée. Il en est de même de sa responsabilité disciplinaire[35].

Le droit commun permet aussi de réprimer l'aide au suicide par le biais de l'infraction de l'omission de porter secours ou non-assistance à la personne suicidaire. Cette infraction n'est dès lors constituée que lorsque sont réunis un élément matériel ainsi qu'un élément intentionnel.

Dans cette hypothèse qualifiée d'euthanasie passive, le médecin se heurte à un refus de soins de la part de son patient, ce qui pourrait constituer le délit de non-assistance à personne en danger. En d'autres termes, la question qui se pose est celle de savoir si nous pouvons poursuivre un médecin du chef d'homicide par omission, s'il s'est abstenu de prodiguer les soins nécessaires à un mourant ? En effet, tout citoyen est tenu de porter secours à une personne en péril. Le médecin plus que tout autre en raison de ses devoirs moraux et professionnels. Encore faut-il que le délit de non-assistance soit constitué. Pour qu'il le soit, trois conditions sont nécessaires,

---

35 L'article 38 alinéa 2 du Code de déontologie médicale français (art. R. 4127-38 Code de la santé publique) dispose : « *Le médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la vie du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort* ».

– تنص المادة ٢٧-١١ من قانون الآداب الطبية اللبناني المعدل بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٢٥ على ما يلي:

"١١- لا يحق للطبيب انهاء حياة المريض بعامل الاشفاق حتى ولو طلب المريض ذلك، أي الموت الرحيم.

اذا كان المريض مصابا بمرض ميؤوس من شفائه منه، تنحصر مهمة الطبيب بتخفيف الامه الجسدية والنفسية وباعطائه العلاجات الملائمة للحفاظ قدر الإمكان على حياته. ويستحسن عدم اللجوء الى الوسائل التقنية والمبالغة في العلاج بموافقة الأهل بناء على تقرير مشترك من الطبيب المعالج ورئيس القسم المعني. يبقى من الضروري اعانة المريض حتى النهاية بشكل يحفظ له كرامته".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

telles que prévues à l'article 223-6 du Code pénal français[36], à l'article 9 du Code de déontologie médicale français (art. R4127-9 du Code de la santé publique)[37] et enfin à l'article 5 du Code de déontologie médicale libanais[38]. Il convient d'abord que le péril existe. Il s'agit d'un danger grave, imminent, constant. La deuxième condition est le secours. Le médecin, même s'il est dans l'impossibilité de porter lui-même secours, doit, ayant eu connaissance du péril, prévoir les moyens afin de l'organiser. Enfin, la troisième condition est celle de l'abstention volontaire. En effet, le refus de porter secours est volontaire lorsqu'il a été voulu en pleine connaissance de cause. De la sorte, quand un médecin a eu connaissance d'un danger imminent qui peut entrainer la mort immédiate d'un patient et refuse sciemment de lui donner ou lui faire administrer les soins nécessaires, il commet l'infraction de non-assistance à personne en péril, aussi gravement incriminé que l'homicide par action ; toutefois sa preuve serait plus difficile à rapporter.

Néanmoins, tout en refusant de reconnaitre un droit à la mort, tant dans le cadre du suicide que dans celui de l'euthanasie, la reconnaissance de droits des malades en fin de vie serait envisageable.

II. La reconnaissance de droits en fin de vie

Nous avons évoqué, à plusieurs reprises, le droit au respect de la dignité humaine, qui semble avoir pour corollaire le droit de mourir dans la dignité. Un tel droit n'est-il pas en contradiction avec le fait de laisser le patient subir des souffrances insupportables et qui ne vont aboutir qu'à la survie de quelques jours de plus ? En effet, l'obligation du médecin de respecter la volonté du malade s'est progressivement établie (A). Toutefois, la cessation du traitement ne signifie pas qu'il a droit à l'abandon de son

---

36 L'article 223-6 du Code pénal français condamne l'abstention volontaire de porter assistance à une personne en péril.

37 L'article 9 du Code de déontologie médicale français dispose : « *Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires* ».

38 – تنص المادة الخامسة من قانون الآداب الطبية على ما يلي:

"١- على كل طبيب مهما كان عمله أو اختصاصه، اذا كان متواجدا مع مريض أو جريح في حالة خطر، أو ابلغ بوجود مريض أو جريح في حالة خطر، أن يساعد هذا المريض أوالجريح أو أن يتأكد من حصوله على الاسعافات اللازمة، الا في حالة القوة القاهرة.

٢- لا يجوز للطبيب أن يمتنع عن تلبية نداء لحالة طارئة الا اذا تأكد من انتفاء أي خطر محدق بالمريض أو اذا كان محجوزا لسبب طارئ يعادل في الأهمية حالة هذا المريض، وعليه في الحالتين الاجابة دون ابطاء بعدم التلبية وبالسبب".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

patient. Il a l'obligation de l'accompagner en lui procurant les soins palliatifs adéquats (B).

A. Dignité et refus de soins

Horace, un poète latin, écrivait : « *Sauver un homme contre sa volonté c'est quasiment le tuer* [39]». Le médecin peut être parfois confronté à des choix difficiles et des décisions délicates face à des patients atteints d'une infection grave et incurable à un stade avancé. En effet, des patients plongés dans un coma éternel sans aucun espoir de guérir, ou se trouvant dans des souffrances intolérables, poursuivant des traitements voués certainement à l'échec, souhaitent à l'évidence mettre fin à cette vie qu'ils ne gagneront plus jamais. Poussé par la pitié envers de telles personnes, le médecin pourrait être tenté de mettre fin à leur souffrance tout en se conformant aux lois et règlements en vigueur. Il semble bien hésiter avant de procéder à de tels actes, pour éviter d'engager sa responsabilité. Cependant, un autre médecin, pourrait au contraire tout faire et mettre en œuvre tous les moyens afin de garder cette personne en vie, même si finalement elle va subir une mort inévitable. Il le fait dans l'espoir de la revoir vivre, quitte à lui faire subir des souffrances atroces. Dans ce contexte, il est légitime de s'interroger sur la licéité de l'acharnement thérapeutique. Le fait de s'entêter contre toute raison à lutter pour maintenir une personne en vie sans le moindre espoir de guérir ne porte-t-il pas atteinte au droit de mourir dans la dignité ?

Afin de comprendre les développements qui suivent, signalons que l'acharnement thérapeutique « *est l'attitude qui consiste à poursuivre une thérapeutique lourde à visée curative alors même qu'il n'existe aucun espoir réel d'obtenir une amélioration de l'état du malade et qui a pour résultat de prolonger simplement la vie*[40] ».

---

39 <http://www.espacefrancais.com/citations/?searchq=mal&show=10000>, consulté le 29 juillet 2019.

40 *Dictionnaire permanent de bioéthique et biothechnologies*, éditions législatives, t. 1 et 2, p. 880, Dans le même sens :
Le Petit Robert, V° « Acharnement thérapeutique » : « *Utilisation systématique de tous les moyens médicaux pour garder en vie quelqu'un qui est perdu* ».
جاء في التعميم رقم ١٠٠ الصادر عن وزارة الصحة العامة اللبنانية بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٣ ما يلي: "تعرّف المبالغة في العلاج بأنها الاستمرار في توفير أسباب المعالجة المكثّفة لمريض ميؤوس من تحسّن حالته، بحيث لا تؤدي المبالغة في العلاج إلاّ إلى إطالة أمدّ حياته بدون أي أمل بشفائه، وبدون اعتبار لمصلحته الذاتية وحقه بان يموت بكرامة."

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Malgré le développement continu de la science et de la médecine, les médecins se trouvent parfois confrontés à des cas pathologiques, où aucun traitement ne réussit à guérir le patient. Comme dans certains cas de cancer, ou la maladie connue sous le nom de « *flesh eating bacteria* ». Les soins apportés à de tels cas ne peuvent que susciter des douleurs atroces en contrepartie de la prolongation de la vie de quelques jours sans aucune espérance de vie. Ainsi, le patient, s'il est à même de le faire, peut parfois demander la cessation des traitements, au lieu de leur poursuite inutile. De la sorte un problème se pose, devant de tels cas, les médecins sont-ils tenus d'effectuer des actes visant à allonger au maximum la vie des patients, ou au contraire, limiter ces actes dans le but d'atténuer la souffrance et anticiper la mort ?

En effet, l'article L. 1110-5 al. 2 du Code de la santé publique affirme que « *les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort* ». À l'occasion d'un arrêt du 21 mai 1999, cette disposition fut interprétée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans le sens où « *respecter et protéger la dignité d'un malade incurable ou d'un mourant c'est avant tout créer autour de lui un environnement approprié lui permettant de mourir dans la dignité* ». C'est par le refus de soins que s'est manifesté le droit au respect de la dignité de la personne.

La loi française du 4 mars 2002[41], intégrée au Code de la santé publique à l'article L.1111-4[42] , ainsi que la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie[43] (loi Léonetti) et celle du 2 février 2016 créant

---

41 Loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, publiée au *JORF* le 5 mars 2002.

42 L'article L. 1111-4 modifié du Code de la santé publique dispose : « […] *Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif.*
Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut faire appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrit dans le dossier médical du patient. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10 […]».

43 Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, publiée au *JORF* n° 95 du 23 avril 2005.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie[44] (loi Claeys-Léonetti) ont consacré le droit du patient de refuser la poursuite des traitements. De même, en droit libanais, le patient n'est pas obligé d'accepter le diagnostic et la démarche thérapeutique. Il a en effet, la liberté de rompre à tout moment la relation avec son médecin, comme le souligne largement l'article 7 de la loi libanaise du 11 février 2004[45], relative aux droits des malades et au consentement éclairé, et le médecin est alors obligé d'acquiescer alors même que cette décision viendra mettre la vie du patient en danger, mais seulement une fois qu'il a entrepris un certain nombre de démarches pour le convaincre d'accepter les soins indispensables.

En effet, la cessation des traitements, même voulue et demandée par le patient, constitue certes un fardeau lourd et une décision grave dont les implications tant morales qu'éthiques sont considérables. D'où, tout en consacrant le droit du patient au refus des soins, la loi a strictement encadré sa mise en œuvre.

Ainsi, si le médecin a désormais l'obligation de respecter la volonté de la personne qui refuse un traitement, il doit néanmoins avoir auparavant informé le malade des conséquences et de la gravité de son choix. De plus, si la personne met sa vie en danger par ce refus de soins, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable, et peut faire appel à un autre médecin. L'ensemble de cette procédure est inscrit dans le dossier médical pour éviter la poursuite du médecin.

Cet encadrement a le mérite d'éviter le cercle vicieux d'un acharnement qui ferait prévaloir le fonctionnement du système de soins sur le respect de la personne.

Une fois la décision du patient de refuser les mesures curatives est devenue irrévocable, le médecin est tenu de l'accompagner psychologiquement dans ses derniers moments et de respecter sa dignité.

Qu'en est-il si le patient n'a pas déjà exprimé sa volonté, et n'est plus en mesure de le faire ? La loi française (art. L. 1111-4 du Code de

---

44 Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, publiée au *JORF* n° 0028 du 3 février 2016.

45 – تنص المادة السابعة من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة في لبنان والمذكور انفا، على ما يلي: "يستطيع أي شخص مريض أن يرفض عملا طبيا أو علاجيا معينا، كما يستطيع أن يوقف هذا العلاج على مسؤوليته الخاصة. والطبيب ملزم باحترام هذا الرفض، بعد أن يكون قد أعلم المريض بعواقبه، ولذلك يستطيع ان يقترح هو نفسه على المريض استشارة طبيب اخر. اما في حال رأى انه لا يستطيع ان يؤمن العناية الطبية اللازمة وفقا للشروط التي يحددها المريض، فيمكنه ان يطلب هذا الاخير ان يعفيه من مسؤوليته".

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

la santé publique) permet au médecin de décider de l'arrêt des soins devenus déraisonnables, après consultation d'une personne de confiance ou de l'entourage du malade. Le cas très médiatisé de Vincent Lambert a questionné les limites de ce système : qu'est-ce qu'un soin déraisonnable ? Si le Conseil d'Etat avait confirmé, le 24 avril 2019, l'arrêt des soins, nous savons que l'affaire n'était pas pour autant close, avec maints revirements-surprise, jusqu'au décès de Vincent Lambert le 11 juillet 2019[46].

B. Dignité et accompagnement

Assurer le respect de la dignité de la personne ne se limite pas à lui reconnaitre le droit au refus de soins. En effet, la cessation des traitements curatifs doit être accompagnée de la fourniture de soins secondaires ou palliatifs que la loi définit comme suit :

> « *Des soins actifs dans une approche globale de la personne en phase évoluée ou terminale d'une maladie potentiellement mortelle. Ils s'attachent à prendre en compte et à soulager les douleurs physiques ainsi que la souffrance psychologique, morale et spirituelle. Les soins palliatifs et l'accompagnement considèrent le malade comme un être vivant et sa mort comme un processus normal. Ils ne hâtent ni ne retardent le décès. Leur but est de préserver la meilleure qualité de vie possible jusqu'à la mort* [47]».

Face à une mort certaine et imminente, le médecin se doit d'apporter au patient le réconfort de mourir en paix et dans la dignité en lui évitant des souffrances inutiles si celui-ci le souhaite. Ainsi, la loi française du 9 juin 1999[48] visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs assure l'accès pour tous à ces soins. Ils sont destinés à traiter les symptômes d'une maladie

---

46 CE, Juge des référés, formation collégiale, 24 avril 2019, n° 428117. V. *infra*.

47 Loi n° 99-477 du 9 juin 1999, publiée au *JORF*, n° 132 du 10 juin 1999, p. 8487.

48 *Dictionnaire permanent de bioéthique et biothechnologies*, p. 872.
Dans le même sens :
- Ph. PEDROT, *Dictionnaire du droit de la santé et de la biomédecine*, ellipses, 2006, V^is^ : « Soins palliatifs », p. 426 : « *Selon l'Organisation mondiale de la santé, les soins palliatifs constituent l'ensemble des soins actifs donnés aux malades dont l'affectation ne répond pas au traitement curatif. La lutte contre la douleur et d'autres symptômes comme la prise en considération des problèmes psychologiques, sociaux et spirituels sont primordiaux. Le but des soins palliatifs est d'obtenir la meilleure qualité de vie possible pour les malades et leur famille* ».
- A. CASTELLETTA, *Responsabilité médicale*, Dalloz, 2002, p. 195 : « *Ce sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité du patient et à soutenir son entourage* ».

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

lorsque les divers traitements à portée curative sont devenus inefficaces et que la guérison du malade ne peut plus être raisonnablement espérée. Ces soins vont au-delà de la simple administration de médicaments antidouleur, ils s'étendent vers un soutien moral de la personne mourante mais aussi de ses proches. La formulation du Code de déontologie médicale français est claire à cet égard : « *en toutes circonstances*, *le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances de son malade*, *l'assister moralement et éviter toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique*[49] ». À travers cet article, s'inscrit la responsabilité du médecin, où une injonction lui est faite : « *doit* » … Il n'en demeure pas moins que le médecin ne doit pas renoncer trop vite et trop tôt au risque de laisser décéder une personne curable. Il se doit d'exercer son meilleur jugement, de se montrer raisonnable et intelligent quant aux choix et décisions qu'il doit prendre après mûre réflexion, sous peine de voir sa responsabilité engagée. Ainsi, tout examen, tout traitement doivent être conduits uniquement s'ils sont en accord avec l'intérêt du malade. Dans cet esprit, sont également proscrits les actes inutiles et/ou disproportionnés. Cette notion met en relief l'exigence faite au médecin de pondérer la portée des investigations envisagées ou des traitements prescrits par leur effet sur le malade[50]. Il s'agit de comparer les résultats escomptés aux inconvénients de l'action thérapeutique sur le malade, tels que les effets secondaires, les conséquences durables ou irréversibles, les douleurs et inconfort ainsi que le stress, la privation des proches, le coût etc. Les actes deviennent inutiles lorsqu'ils sont conduits sans espérance d'amélioration pour le patient, ils seront disproportionnés si leurs effets néfastes dépassent largement les bénéfices qui en sont attendus.

Néanmoins, l'apport majeur de la loi Leonetti de 2005 ainsi que la loi Clayes-Leoneti de 2016 réside dans la possibilité offerte au médecin de recourir à un soin dont on sait qu'il provoquera indirectement la mort[51]. Toutefois, la situation est à distinguer de celle de l'euthanasie en raison de la diversité de mobile vu que l'intention du médecin réside dans ce cas dans le soulagement des douleurs de son patient sans l'intention de le tuer.

De plus, la loi de 2016 a renforcé la notion de « *demande usager* » et a amené le malade en position de décideur chaque fois que possible. Ainsi, la loi accentue la prise en compte de la volonté de la personne en matière

---

49 Article 37 du Code de déontologie médicale francais, tel qu'introduit au Code de la santé publique à l'article *R. 4127-37*.

50 *Dictionnaire permanent de bioéthique et biothechnologies*, p. 872.

51 Article L. 1110-5 du Code de la santé publique.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de refus de traitement, la portée des directives anticipées et le rôle de la personne de confiance.

Au Liban, l'article 27, alinéa 11[52] du Code de déontologie médicale tel qu'amendé par la loi de 2012[53], précise que si le patient est atteint d'une maladie incurable, la mission du médecin se réduit à limiter les souffrances physiques et psychologiques, et à l'administration des traitements convenables pour le maintenir en vie, et qu'il est préférable de ne pas recourir à des moyens techniques et à l'exagération du traitement dans le seul but de prolonger l'agonie. Il convient pour le médecin d'assister la personne mourante, jusqu'à la fin, de sorte à lui sauvegarder sa dignité. C'est le seul article en droit libanais qui fait référence clairement aux notions d'euthanasie, d'acharnement thérapeutique et de soins palliatifs. Finalement, le but de ces soins étant la sauvegarde de la dignité humaine et éviter des actes thérapeutiques inutiles. Ce qui nous étonne, c'est que la majorité de la doctrine libanaise a étudié la notion d'euthanasie mais est passée outre le cas de l'acharnement thérapeutique et des soins palliatifs. À cet égard, nous ne pouvons que mentionner l'association libanaise appelée Sanad[54], créée en janvier 2010, qui a pour mission d'accompagner la vie, et non la mort, en attendant cette dernière, et cela en prenant en compte les besoins psychologiques, sociaux et spirituels des patients, tout en respectant leur volonté, leur culture et leur religion[55].

En dépit du quasi-vide législatif dans ce domaine, la responsabilité tant pénale que disciplinaire du médecin qui transgresse l'article susvisé[56] peut être engagée. Toutefois, le problème c'est que le Code de déontologie médicale libanais omet de prévoir les sanctions correspondantes. Ainsi, il revient au

---

52 – تنص المادة ٢٧-١١ من قانون الآداب الطبية اللبناني المعدل بتاريخ ٢٥/١٠/٢٠١٢ على ما يلي:
«١١- لا يحق للطبيب انهاء حياة المريض بعامل الاشفاق حتى ولو طلب المريض ذلك، أي الموت الرحيم.
اذا كان المريض مصابا بمرض ميؤوس من شفائه منه، تنحصر مهمة الطبيب بتخفيف الامه الجسدية والنفسية وباعطائه العلاجات الملائمة للحفاظ قدر الإمكان على حياته. ويستحسن عدم اللجوء الى الوسائل التقنية والمبالغة في العلاج بموافقة الأهل بناء على تقرير مشترك من الطبيب المعالج ورئيس القسم المعني. يبقى من الضروري اعانة المريض حتى النهاية بشكل يحفظ له كرامته».

53 Loi n° 288 du 22 février 1994, publiée au JO n° 9 le 3 mars 1994, modifiée par la loi n° 240 du 22 octobre 2012, publiée au JO le 25 octobre 2012, n ° 45, p. 4877 et s.

54 <http://www.sanadhospice.org/>, consulté le 29 juillet 2019.

55 <http://www.lorientlejour.com/article/821885/sanad-accompagner-la-vie-pas-la-mort.html>, consulté le 29 juillet 2019.

56 Article 27, alinéa 11 du Code de déontologie médicale tel qu'amendé par la loi de 2012.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Conseil de l'Ordre, selon une procédure bien précise[57], de déterminer la sanction la plus appropriée à l'égard du médecin récalcitrant. Ces sanctions pouvant aller d'un simple avertissement jusqu'à la radiation définitive du tableau de l'Ordre[58].

En guise de conclusion, la vie qui est aussi importante pour soi que pour son entourage, et qui est un don de Dieu, mérite d'être respectée, notamment à sa fin. De la sorte, comme nous l'avons déjà exposé au cours de l'étude de l'euthanasie, le médecin, ne peut point, en dépit du consentement même expresse du patient mettre fin à sa vie de façon active ou passive. Bien qu'il se trouve entre l'enclume de son devoir de prodiguer les soins les plus consciencieux et le marteau de la volonté du patient, le médecin ne peut cependant pas obliger ce dernier à vivre quelques jours en plus par voie d'acharnement thérapeutique. Toutefois, l'abstention de traiter ne doit pas générer en l'abandon du patient. En effet, le médecin doit l'accompagner et le soutenir, voire lui administrer les soins palliatifs nécessaires à une fin de vie digne et confortable.

Ainsi, nous souhaitons que le législateur libanais, et partout dans le monde où existent encore des lacunes législatives, mette l'accent sur la prohibition de l'acharnement thérapeutique de façon claire nette et précise, et de ne pas se contenter de faire allusion à cette notion. Plus encore, il faudrait prévoir pour chaque acte la sanction disciplinaire adéquate pour ôter au Conseil disciplinaire le soin discrétionnaire de le faire. Le législateur libanais est également invité à réglementer davantage la notion des soins palliatifs en mettant en relief ses buts, l'étendue de leur réalisation et la responsabilité en cas de fautes commises lors de leur administration, qui

57 Article 39 de la loi n° 313 du 6 avril 2001 (dans le même sens, art. L. 4123 du Code de la santé publique français).

58 Les peines disciplinaires que la chambre disciplinaire de première instance peut appliquer sont les suivantes :
L'avertissement ;
Le blâme ;
L'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme, conférées ou rétribuées par l'État, les départements, les communes, les établissements publics, les établissements reconnus d'autorité publique ou des mêmes fonctions accomplies en application des lois sociales ;
L'interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis ; cette interdiction ne pouvant pas excéder trois années ; La radiation du tableau de l'ordre.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

devrait être supérieure aux cas généraux, puisqu'il y va de la dignité d'une personne en fin de vie. Plus encore, des sanctions pénales devraient être imposées au même titre que celles disciplinaires. Le but de la médecine étant la protection de la vie, elle s'inscrit donc à son début ainsi qu'à sa fin, dans un esprit d'imposition d'une responsabilité alourdie, plus sévère et plus rigoureuse, qui sera même évoquée dans la médecine pour l'amélioration de la qualité de la vie.

Enfin, tout ceci peut être remis en cause par le récent arrêt de la Cour de cassation française relatif à l'affaire Vincent Lambert. Est-il nécessaire de rappeler les faits et les tortueux développements judiciaires[59], monsieur Lambert, devenu tétraplégique suite à un accident, s'est trouvé entre la volonté de sa femme de mettre fin à sa vie et la volonté de ses parents de le laisser en vie. L'arrêt des soins est décidé, et au terme d'un contentieux administratif, il est confirmé par le Conseil d'État et la CEDH. S'ensuit une saisine du Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU qui somme la France à suspendre l'arrêt des soins. Devant le refus de la France, un processus judiciaire est déclenché, à l'occasion duquel la cour d'appel se déclare compétente, interprétant l'agissement de la France comme une voie de fait, portant atteinte au droit à la vie, « *valeur suprême dans l'échelle des Droits de l'Homme*, *et donc dans celle des libertés individuelles* ». La cour d'appel ordonne par conséquent l'arrêt des soins. Mais voilà que la Cour de cassation, saisie, casse sans renvoi, décidant que le droit à la vie n'entre pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution[60]…

59 V.-O. DERVIEUX, « Monsieur Vincent Lambert ou la double tentation du juge », *Dalloz actualité* 2 juillet 2019.

60 Ass. Plén., 28 juin 2019, n° 19-17330 19-17342; *D.* 2019, p. 1344.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ARDANT P., *Textes sur les Droits de l'Homme*, PUF, 1993.

AUNE A.-C., « Peut-on légaliser l'euthanasie ? », *Gaz. Pal.* 2004. I. 7.

BAUDOUIN J.-L. et BLONDEAU D., *Éthique de la mort et droit à la mort*, PUF, 1993.

BONHOMME C., « L'euthanasie d'hier à aujourd'hui », *Revue hospitalière de France* 1992, n° 5, p. 569.

CASTELLETTA A., *Responsabilité médicale*, Dalloz, 2002.

DERVIEUX V.-O., « Monsieur Vincent Lambert ou la double tentation du juge », *Dalloz actualité*, 2 juillet 2019.

Dictionnaire permanent de bioéthique et biothechnologies, éditions législatives, t. 1 et 2.

DREYER E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2e éd., 2012.

EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185.

EDELMAN B., « Le concept juridique d'humanité », *in Le droit, la médecine et l'être humain*, PUAM, 1996.

EDELMAN B., « Le conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205.

Le Catéchisme de l'Église Catholique, Mame, 1992.

Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2013.

LONG M., « Conférence inaugurale du congrès international d'éthique médicale », *RFD adm.* 1991, p. 395.

NASR Ph., « Le suicide ou le droit à la mort », *Revue Juridique de l'USEK*, n° 6, 1998.

OURAKI T., « Principes des droits du patient en Europe », *RTDH* 1996, p. 157.

RICOEUR P., « Accompagner la vie jusqu'à la mort », *Esprit*, 2006.

SUDRE F., « Commentaire de l'article 3 de la Convention EDH », *in La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article* (dir. L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), Economica, 1995, p. 155.

WELSCH S., *Responsabilité du médecin, risques et réalités judiciaires*, Litec, 2000.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

شرف الدين أ.، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط ٢، القاهرة، ١٩٨٧.

غصن ع.، المسؤولية الجزائية للطبيب، منشورات زين الحقوقية، ط ١، ٢٠١٢.

عاليه س.، قانون العقوبات، القسم العام، المسؤولية والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع والاعلان، ط ١، ١٩٩٣.

نجيب ح. م.، قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.

Codes et conventions

Code de déontologie médicale

Code de la santé publique

Loi libanaise n° 288 du 22 février 1994, publiée au *JO* n° 9 le 3 mars 1994, modifiée par la loi n° 240 du 22 octobre 2012, publiée au *JO* le 25 octobre 2012, n° 45, p. 4877 et s.

Loi libanaise n° 313 du 6 avril 2001

Loi française n° 477-99 du 9 juin 1999, publiée au *JORF*, n° 132 du 10 juin 1999, p. 8487.

Loi française n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, publiée au *JORF* n° 0028 du 3 février 2016.

Loi française n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, publiée au *JORF* le 5 mars 2002.

Jurisprudence

Ass. Plén., 28 juin 2019, n° 19-17330 19-17342 ; *D.* 2019, p. 1344.

Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94- 34 344, *D.* 1995, p. 237, note B. Mathieu.

Cass. crim., 18 février 1997, *JCP* G. 1997. II. 22889, note J. Y. Chevalier.

Cass. crim., 3 janvier 1973, *Bull. crim*. n° 2; *D.* 1973, p. 591, note Levasseur.

Cass. crim., 23 avril 1971, *Bull. Crim*. n° 116.

CE, Juge des référés, formation collégiale, 24 avril 2019, n° 428117.

CEDH, 29 avril 2002, *JCP* G. 2003. II. 10062, note C. Girault; *RTD civ*. 2002, p. 482, obs. J. Hauser; *Defrénois* 2002, p. 1131, note Ph. Malaurie; *RDSS* 2002, p. 475, obs. Ph. Pedrot ; *Gaz. Pal*., n° 170 à 171, p. 37, note D. Rocher.

CEDH, 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz c./ Allemagne, n° 34044/96, 35532/97 et 44861/98.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Sites

<http://www.sanadhospice.org/>.

<http://www.lorientlejour.com/article/821885/sanad-accompagner-la-vie-pas-la-mort.html>.

<http://www.espacefrancais.com/citations/?searchq=mal&show=10000>.

<http://lci.tf1.fr/monde/europe/euthanasie-comment-legiferent-nos-voisins-europeens-7732695.html >.

Extrait de la Gazette officielle du Conseil de l'Europe – juin 1999 : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/FREC1418.htm>.

« Faut-il une loi pour l'euthanasie? », <http://www.lexpress.fr/actualite/societe/faut-il-une-loi-pour-l-euthanasie_492553.html>.

J. RICO, « Les procès aux cadavres dans l'ancien droit français », *Encyclopédie de l'Agora [en ligne]*, <http://agora.qc.ca/documents/cadavre--les_proces_aux_cadavres_dans_lancien_droit_francais_par_ jose_m_rico>.

HUBERT Ph., *Le décalage entre l'opinion et la législation*, déc. 2002, <www.ipo-sos.fr>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

USEK
Holy Spirit University
of Kaslik Press

Revue juridique de l'USEK
*USEK **Law Journal***
Nº Spécial 19 | 2020

(OA) Open Access

eISSN 2664-8156

La dignité post-mortem / Post-Mortem Dignity

Céline Baaklini, *Docteur en droit, professeur associé à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, Pro-Recteur aux Affaires Estudiantines, coordinatrice du développement de la recherche, avocate à la cour; ORCID iD : https://orcid.org/0000-0001-7885-4696*

Reine Daou, *Docteur en droit, chef de département et professeur assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, coordinatrice de la Revue Juridique de l'USEK, chef de laboratoire « Personne et Droit », ORCID iD : https://orcid.org/0000-0001-9370-811X*

Bechara Karam, *Docteur en droit, professeur assistant, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, ORCID iD : https://orcid.org/0000-0002-5874-6409*

Abstract

Does Human Dignity extend beyond life to death? Can the dead be protected by Human dignity? If we were to consider dignity as a right – as any other subjective right – it must be attached to a legal subject; however dead subjects are no longer legal subjects, as the legal personality of the living human dissolves with his death. Yet, there is something innate to us that makes us repulsed by any disrespect to the dead, to their cadavers, their tombs, even more, to their memory.

In order to answer this question, we tried to explore the many instances in which the concept of dignity was solicited to legally protect the dead and their memory, through a thorough study of Lebanese and French laws and jurisprudence. Our hypothesis is that the concept of Human dignity is ill-adapted to the protection of the dead, and when it does protect them, it is never at the expense of the living.

We start theoretically, in a first part, by questioning the solidity of the concept of Human Dignity when applied to the dead. First, we stress the legal obstacle consisting in the absence of a legal persona of the dead and

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

its implications in jurisprudence. This objection cannot be satisfyingly rebutted by claiming that dignity is a kind of meta-right. Second, we point out the insufficient legislative consecration of post-mortem dignity, especially in civil law.

Then, in a second part, we assess the standing of this post-mortem dignity, in a situation where the dignity of the dead is confronted to the rights of the living: we find out that in some cases, the legislator tend to preserve the memory and the "peace" of the dead: for instance, in post-mortem genetic tests, yet in other cases, such as transplants, it is clear that the dignity of the dead must yield to the needs of the living, showing an inferiority of post-mortem dignity, which leads us to rethink whether is it a real dignity at all.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Le professeur Sergio Givone avait écrit que la mort semble restituer sa dignité à l'homme ayant vécu une vie indigne[1]. Nous pouvons en douter, tant que la propagation des réseaux sociaux en ce début de millénaire n'a été égalée que par la prolifération de conflits meurtriers, et comme résultat, nous sommes devenus les témoins, consentants ou non, de milliers de photos de morts, de cadavres déchiquetés, mutilés, pourrissants. Devant ces images, nous nous indignons. Or, le contraire de l'indignité, n'est-ce pas la dignité ? Terme polysémique, que nous comprenons, dans le cadre de cet ouvrage collectif, dans le sens de dignité humaine. Ce qui a commencé comme un concept religieux avec saint Thomas d'Aquin, se sécularisa avec Kant, et devint une notion juridique reconnue nationalement et internationalement[2]. Malgré la difficulté d'une définition juridique[3], il est possible de dire que la dignité de la personne humaine se base sur la proposition morale que tout humain a une valeur intrinsèque[4], indépendamment de tout autre critère, racial, ethnique, économique, social, ou même génétique. Aucun humain ne peut en être exclu, de là, elle est démocratique et inaliénable[5].

Quand nous disons personne humaine, nous sous-entendons l'humain vivant, jouissant d'une personnalité juridique. Or, la mort est un évènement qui met fin à la personne. Qu'est-ce que la mort ? Sa définition n'est pas moins problématique que celle de la dignité. Longtemps, l'on se passait d'une définition juridique de la mort[6], jusqu'à ce que les acquis scientifiques et technologiques viennent brouiller la ligne de démarcation entre vie et mort. Le droit ne pouvait plus se dérober à cette besogne[7] : des règlements

---

1 S. GIVONE, « La dignità delle persone », <http://www.rinascitacristiana.org/file/pdf/givone.pdf>, consulté le 25/7/2019, où nous lisons : « *Laddove l'uomo che è morto ha alle sue spalle una vita indegna, è come se la morte gli restituisse ciò che per tutta la vita non ha avuto: la dignità* ».

2 D. VIRIOT-BARRIAL, *Rép. pén. proc. pén. Dall.*, V° « *Dignité de la personne humaine* », juin 2014, n° 1-3.

3 Selon le Juge Brennan de la Cour suprême des États-Unis : « *Je ne peux pas définir la dignité, mais je la reconnais quand je la vois* ». Propos rapportés par : H. M. CHOCHINOV, « Defending dignity », *Palliative and Supportive Care* 2003, 1, p. 307–308.

4 D. P. SULMASY, « Death and human dignity », *Linacre Quarterly* nov. 1994, vol. 61, n° 4, article 7, p. 30.

5 *Ibid.*

6 G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1989, p. 65.

7 « *Le concept de mort est une notion juridique* ». *Ibid.*, p. 65 note n° 75.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ont posé les critères de la constatation de la mort, tant en droit français[8] qu'en droit libanais[9], à l'occasion de dispositions relatives aux prélèvements d'organes humains. Nous ne développerons pas ces critères, de peu d'importance pour notre propos, car notre problématique n'existe qu'une fois l'Homme constaté mort.

Est-il possible de parler de dignité de la personne humaine, sans personne ? De la personne ne subsiste que le cadavre, chose inanimée. Par cadavre, nous désignons les restes des personnes décédées, qu'il s'agisse du cadavre au sens strict, ou des cendres résultant de l'incinération, et ceci en conformité avec l'article 16-1-1 du Code civil français. Le cadavre mérite-t-il sa dignité ? Une dignité post-mortem est-elle concevable ? L'intuition répond oui ; l'utilitarisme répond non ; le droit répond : peut-être. S'il est possible de déceler en droit positif quelques éléments favorisant l'extension de la dignité aux morts, nous pensons que l'idée elle-même est d'une construction fragile (I), et que si dignité post-mortem il y a, ce n'est qu'une dignité inférieure (II).

I. La dignité post-mortem, un concept peu solide

L'idée même d'une dignité de la personne humaine après l'extinction de la personnalité juridique semble problématique (A), ce qui n'a pas empêché le droit positif de la reconnaître, avec plus ou moins d'envergure (B).

A. La dignité sans sujet

Pouvons-nous mimer Corneille et dire « *et la dignité de la personne humaine cessa faute de personnes humaines* » ? Tout juriste apprend dès sa toute

8 V. les art. R. 1232-1 et R. 1232-2 de la section « Constat de la mort préalable au prélèvement et conditions de réalisation des prélèvements » du Code de la santé publique. V. également : J. PENNEAU, *Rep. civ. Dall.*, V° « *corps humain – bioéthique* », sept. 2012, actualisation 2019, n° 478 et s. La mort en droit français était auparavant définie par circulaire - sur l'histoire de ce circulaire, V. : B. PY, *La mort et le droit*, PUF, Que sais-je, 1997, p. 23.

9 Art. 1er du décret (du 20/1/1984) d'application du Décret-Loi n° 109 du 16/9/1983 relatif au prélèvement de tissus et d'organes humains à des fins thérapeutiques : « *Pour les besoins d'application de ce décret-loi, est considéré mort tout humain dont les fonctions du système circulatoire ou les fonctions du tronc cérébral se sont arrêtés irréversiblement* ». V. aussi : C. BAAKLINI ZIADE, S. ABI KHALIL et D. EL MAWLA, « Le don d'organe : une nécessaire réforme de la législation au Liban », *Revue juridique de l'USEK* 2015, p. 25.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

première année en droit que la personnalité juridique s'éteint avec la mort[10]. Il ne subsiste que le cadavre, chose inanimée. À défaut d'une telle personnalité, le mort ne peut être titulaire de droits ou débiteur d'obligations. Dès lors, comment un mort, une non-personne, peut-il être titulaire d'un droit à la dignité[11]? L'absence d'une personnalité juridique du mort est un obstacle à la reconnaissance de droits subjectifs à celui-ci[12]. Il a été jugé que la dignité du mort ne peut être protégée contre la diffusion de la reproduction des circonstances d'un crime ou délit, faute de personnalité juridique de la victime[13]. De même, la Cour de cassation française décida qu'il n'est pas possible de se prévaloir du respect de la vie privée après la mort, le droit d'agir s'éteignant avec la vie (et ceci dans une affaire relative à la publication, par son médecin, d'un livre sur le président Mittérand[14]). C'est toujours en vertu de la même logique que la Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré que « *la qualité d'être humain s'éteint au décès et que, de ce fait, la prohibition des mauvais traitements ne s'applique plus à des cadavres*[15] » (s'agissant de militaires turcs ayant coupé les oreilles de rebelles tués).

Quand le souvenir du mort est protégé, c'est par l'entremise des survivants et dans la mesure du dommage causé à leurs intérêts légitimes[16]. Il en va ainsi, en droit français, des diffamations ou injures contre la mémoire des morts (art. 34 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse).

---

10 G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 7e éd., 1994, p. 166 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, 2004, vol. 1, p. 381 n° 196 et p. 397 n° 206.

11 Cette question concerne la dignité d'une manière générale, à savoir qui en est le sujet ? Est-ce des personnes en tant qu'individus ? ou bien l'espèce humaine en général ? V. D. VIRIOT-BARRIAL, « Dignité de la personne humaine », n° 7.

12 Et que dire du sort des données personnelles après la mort ? V., sur cette question, Ch. FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, Praxis, 7e éd., 2018, n° 111.44.

13 Cass. crim., 1 mars 2017, n° 16-81378, appliquant l'article 35 quater de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

14 Cass. civ. 1re, 14 déc. 1999, n° 97-15756, *Bull. civ. I*, n° 345; *D*. 2000, jur. p. 372, obs. B. Beignier ; Ch. CARON, « Les morts n'ont pas de vie privée », *D*. 2000, p. 266. Dans le même sens : Cass. Civ. 2e, 8 juillet 2004, *D*. 2004, p. 2088.

15 CEDH 27 févr. 2007, n° 56760/00, affaire Akpinar et Altun v. Turquie, n° 82.

16 V. : F. RINGEL et E. PUTMAN, « Après la mort… », *D*. 1991, p. 241, n° 4 ; D. TURPIN, « La notion juridique de personne : début et fin », *D*. 2017, p. 2042.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

De même, également, en matière de droit à la vie privée[17], ou de droit à l'image[18]. Quand la jurisprudence va reconnaitre l'existence d'une atteinte à la dignité des morts, ce n'est pas cette dignité qui va fonder le droit des proches à obtenir réparation[19], mais l'atteinte qui leur porte à eux un préjudice personnel ; ainsi la Cour de cassation française a jugé, à l'issue de la publication, après sa mort, d'une image d'une personne bâillonnée, torturée et menacée de mort, que cet acte, « *contraire à la dignité humaine, […] constituait une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort et dès lors à la vie privée des proches*[20] ».

Cette question ne se pose pas de la même manière en droit pénal français, qui rattache l'exercice de l'action publique relative aux atteintes à l'intimité de la vie privée d'autrui, à une plainte non seulement de la part de la victime ou de son représentant légal mais également de la part de ses ayants droit (art. 226-6 Code pénal) et c'est ainsi que la Cour de cassation a jugé dans deux affaires relatives à des images prises de François Mitterrand et de Jean Gabin[21]. Le Code pénal libanais, quant à lui, en cas de diffamation

---

17 Cass. civ. 1re, 1er juill. 2010, n° 09-15479, *Communication Commerce électronique* n° 12, déc. 2010, comm. 126 par A. Lepage.

18 Cass. civ. 1re, 22 oct. 2009, n° 08-10557 : « *à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort* ». V. aussi : J. HAUSER, « La protection de l'image des morts », *RTD civ.* 2010, p. 79.

19 Relevons toutefois l'affaire du préfet Erignac : Cass. civ. 1re, 20 déc. 2000, n° 98-13875, dans lequel il parait qu'une publication d'une image est illicite « *dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine* ». V. commentaire par J.-P. GRIDEL, « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », *D.* 2001, p. 872. Toutefois, le laconisme de la Cour ne rend pas l'interprétation aisée.

20 Cass. civ. 1re, 1 juill. 2010, n° 09-15479. Que comprendre de cet arrêt ? La photographie porte atteinte à la dignité humaine car elle a été prise lors du vivant de la victime ? Ou elle l'est encore car elle a été publiée après sa mort ? La formulation de l'attendu permet de douter. En outre, en énonçant que la publication est, en même temps, contraire à la dignité et constitue une atteinte au respect dû au mort, l'arrêt ne clarifie pas la véritable relation entre dignité humaine et respect des morts.

21 La plainte de la veuve et des enfants du Président Mitterrand a été déclarée recevable pour atteinte à la vie privée d'autrui suite à la publication de photos du feu président. Cass. crim., 20 oct. 1998, n° 97-84621. Selon l'arrêt de la cour d'appel, « *il s'agit d'une dépouille mortelle dont le respect signe celui de la dignité humaine* » (Paris, 2 juill. 1997, *D.* 1997, p. 596) mais la Cour de cassation n'a pas repris le terme dignité. Elle avait déjà tranché dans le même sens dans l'affaire Gabin (publication, après sa mort, de photos de l'acteur agonisant malgré son refus durant sa vie) Cass. crim., 21 oct. 1980, n° 80-90146.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ou injure « *dirigée contre la mémoire d'un mort* », donne le droit de poursuite aux parents jusqu'au quatrième degré inclusivement (art. 586)[22].

Dans la décision de la CEDH ci-dessus mentionnée (des soldats turcs ayant mutilé les cadavres de rebelles), la magistrate suédoise Fura-Sandstrom avait émis une opinion dissidente[23], écrivant que « *la dignité humaine est tout autant celle des défunts que celle des vivants* ». Citant l'affaire Mephisto de la Cour constitutionnelle allemande, elle continuait : « *les défunts – notamment ceux dont on garde le souvenir – restent en communion avec nous*, *les vivants*, *qui nous devons de toujours les traiter avec honneur et respect* ». Dans cette affaire Mephisto de 1971, la Cour constitutionnelle allemande avait décidé qu'« *il serait inconsistant avec les dispositions constitutionnelles de l'inviolabilité de la dignité humaine*, *qui sous-tend tous les droits fondamentaux*, *si une personne pouvait être méprisée ou dénigrée après sa mort*[24] ».

En effet, il y a quelque chose d'intuitif qui nous fait répugner des atteintes commises contre le souvenir des morts ou leurs cadavres ; et nous sommes choqués que telles atteintes demeurent impunies faute de parents et proches concernés et lésés. Au lieu de raisonner en termes de titularité ou de qualité, peut-être qu'il serait plus productif de méditer sur la nature même de la dignité : la dignité n'est pas un droit subjectif dans le sens strict, elle est la source des autres droits[25] - surtout les Droits de l'Homme - et les sous-tend. Axiome, aux dires de Fabre-Magnan[26], c'est une arme subsidiaire,

---

22 Selon l'art. 385 du Code, la diffamation doit porter « *atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne* », selon le texte français original. Le terme « *considération* » a été traduit dans le texte arabe par « *karamah* », dignité. V. *infra* note de bas de page n° 36.

23 <https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESDROITSDELHOMME-20070227-5676000>, consulté le 25/7/2019.

24 Cour constitutionnelle fédérale allemande, 24 février 19712, affaire Mephisto. Traduction anglaise: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=56> : « *it would be inconsistent with the constitutional mandate of the inviolability of human dignity*, *which underlies all basic rights*, *if a person could be belittled and denigrated after his death. Accordingly*, *an individual's death does not put an end to the state's duty under Art. I I GG to protect him from assaults on his human dignity* », consulté le 25/7/2019.

25 L'Accord final de Helsinki de 1975 – indépendamment de sa valeur normative nulle –, dans son 7e principe, fait découler les libertés et droits du principe de dignité de la personne humaine.

26 M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, 1, vol. 58, p. 1-30, disponible en ligne sur <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2007-1-page-1.htm>, consulté le 25/7/2019.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

à invoquer à défaut d'autres dispositions protectives. Enfin, le sujet de la dignité ne serait pas un individu donné, mais le genre humain, l'homme dans son abstraction : c'est la dignité de la personne humaine et non d'une personne humaine[27]. Et c'est dans ce sens que le mort, le cadavre, les restes humains, peuvent être protégés sous la houlette de la dignité de l'Homme. Pourtant, ce raisonnement n'apporte pas de véritables solutions pratiques. En faisant de la dignité la matrice des autres droits, il esquive la question de la titularité, et ne résout pas pour autant la question de la qualité d'agir en justice.

Quoiqu'il en soit, le droit positif a reconnu la dignité du mort, avec plus de succès en droit pénal qu'en droit civil.

B. Une consécration législative insuffisante de la dignité post-mortem

L'extension de la dignité humaine aux morts trouve, en droit pénal français, son assise dans le nouveau Code pénal de 1992 (loi du 22 juillet 1992). Il contient, dans sa partie spéciale (livre II), un titre II consacré aux « *atteintes à la personne humaine* », contenant un chapitre 5 intitulé « *des atteintes à la dignité de la personne* », dans lequel se trouve la section « *des atteintes au respect dû aux morts* ». Le respect dû aux morts est ainsi admis comme une forme de la dignité de la personne par le Code (quand bien même les articles en question ne mentionnent pas expressément le terme dignité, et la jurisprudence ne l'évoque pas nécessairement en appliquant ces articles). Ces dispositions punissent deux infractions indépendantes[28] : les atteintes à l'intégrité du cadavre[29] (art. 225-17 al. 1) et la violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts (art. 225-17 al. 2).

---

27 M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, 1, vol. 58, p. 19.

28 En droit français, la distinction entre ces deux infractions a été opérée par le nouveau Code pénal de 1992, alors qu'avant il y avait une seule infraction : la violation de la sépulture. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *Infractions du Code pénal*, Dalloz, 8e éd., 2018, p. 563 n° 488 et s.

29 Cass. crim., 1 mars 2017, n° 16-81378 : interprétation restrictive de l'atteinte : acte matériel commis sur le cadavre lui-même.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Le Code pénal libanais de 1943 punit ces mêmes infractions (art. 479 et 481[30]), dans une section intitulée également « *atteintes au respect dû aux morts et des infractions à la police des inhumations* », mais, à défaut d'un chapitre consacré à la dignité de la personne, ces infractions se trouvent dans la catégorie des « *délits contre la religion* » - quoique le cadavre et la sépulture sont protégés sans que la « *religiosité* » soit une condition.

En droit humanitaire international, c'est au titre d'atteinte contre la dignité humaine que la mutilation des cadavres est punie par le Statut de la Cour pénale internationale, tout au moins selon l'interprétation autorisée de son article 8, alinéa 2-b-xxi, qui considère comme crime de guerre « *les atteintes à la dignité de la personne*, *notamment les traitements humiliants et dégradants*[31] ».

En droit civil français, la reconnaissance est plus récente et plus ambiguë : selon l'article 16-1-1 du Code civil, introduit par l'article 11 de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 : « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées*, *y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation*, *doivent être traités avec respect*, *dignité et décence* ». Le terme dignité est-il utilisé ici dans le sens de dignité humaine[32] ? La Cour de cassation, dans ses applications de l'article 1-1-16 n'utilise pas toujours le terme dignité[33], et si elle le fait, c'est dans la formule

---

30 L'art. 478 punit les troubles causés aux obsèques et services funèbres. Il est à noter également que la mutilation du cadavre après homicide en aggrave la sanction (art. 548).

31 Le Statut de la Cour pénale internationale ne contient aucune disposition spéciale contre la mutilation des cadavres. Le document issu de la même Cour et intitulé « éléments des crimes », ajoute à l'article 8, al. 2-b-xxi, une note indiquant que « *le mot personne vise également ici les personnes décédées* ». *Éléments des crimes*, Publication de la Cour pénale internationale, 2011, p. 28 note n° 49, disponible sur le site officiel de la CPI : <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7730B6BF-308A-4D26-9C52-3E19CD06E6AB/0/ElementsOfCrimesFra.pdf>, consulté le 25/7/2019. Dans le même sens, V. également le commentaire sur la règle 90 du Droit international humanitaire coutumier tel que codifié par le Comité international de la Croix-Rouge, consultable sur son site officiel ou dans : J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier* (trad. D. LEVEILLE), Bruylant – CICR, 2006, vol. 1 : Règles, p. 421.

32 Dans un arrêt de 2017 (Cass. crim., 7 juin 2017, n° 16-84120), le 2nd moyen dans sa 2e branche avançait que « *que le principe constitutionnel et conventionnel de dignité de la personne humaine s'applique au corps humain après la mort* ». Or la Cour ne donna pas de réponse car « *faute d'avoir été proposé devant la chambre de l'instruction*, *le grief*, *mélangé de fait*, *est nouveau et*, *comme tel*, *irrecevable* ». Dommage…

33 Par ex., dans un arrêt de rejet (Cass. civ. 1re, 7 févr. 2018, n° 17-18298) relative à une affaire d'exhumation, la Cour rappelle le principe « *selon lequel le respect dû au corps*

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

de l'article, flanqué des deux autres termes, respect et décence. L'application la plus célèbre de cet article est sans doute l'affaire de l'exposition Our Body en 2010, où la Cour de cassation, en 2010, a considéré que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît les dispositions de l'article 16-1-1 indépendamment de l'origine des cadavres ou du consentement des personnes intéressées de leur vivant[34]. La formule de la Cour laisse en suspens le sort hypothétique d'une exposition de cadavres à des fins non commerciales[35].

Qu'en est-il en droit libanais ? Le terme dignité, ou « *karamah* » en arabe, apparaît rarement dans les textes au sens de dignité humaine[36]. Il est employé ainsi dans la loi relative aux examens génétiques[37], dans le nouveau Code de déontologie médicale, ou encore la nouvelle loi sur les disparus[38], mais rien n'y est dit sur la dignité du mort ou du cadavre. Également, la jurisprudence accessible semble muette sur les questions de la vie privée des morts ou leur image.

À supposer que le droit reconnaisse la dignité des morts, ce qui est plus évident en droit pénal qu'en droit civil, cette dignité ne saurait rivaliser avec celle des vivants.

---

humain ne cesse pas avec la mort » (V. également pour un autre cas d'exhumation des restes d'un poète russe : Cass. civ. 1re, 31 mars 2016, n° 15-20588 ; dans un autre arrêt relatif à la saga de l'exposition Our body (Cass. civ. 1re, 29 oct. 2014, n° 13-19729), le respect est rappelé mais non la dignité.

34 Cass. civ. 1re, 16 sept. 2010, n° 09-67456.

35 V. : F. ROME, « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145. Les moyens du pourvoi insistaient sur les fins artistiques de l'exposition. La Cour a retenu la qualification commerciale. *A contrario*, les expositions à des fins non commerciales seraient-elles permises ? La Cour de cassation avait fait déjà prévaloir le respect de la dignité de la personne humaine sur la liberté d'expression, mais dans une affaire relative aux vivants : Cass. civ. 1er, 26 sept. 2018, n° 17-16089.

36 Une recherche du mot « *karamah*» (dignité) dans les bases de données juridiques Sader et Légiliban donne une majorité de textes législatifs ou règlementaires relatifs aux fonctions publiques ou professions libérales (où il s'agit d'interdire tout comportement incompatible avec la « *dignité de la profession* », la « *dignité de la fonction* », la « *dignité propre* »). Le Code pénal de 1943 et la loi sur la presse (Décret-Loi n° 4 du 22/10/1952) usent du terme « *karamah* » mais dans le sens d'honneur ou considération, dans les dispositions relatives à l'injure ou la diffamation, et c'est dans ce sens également qu'abondent les précédents jurisprudentiels. V. par ex. l'art. 586 du Code pénal mentionné *supra*.

37 V. *infra*.

38 V. *infra*.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

II. La dignité du cadavre, dignité inférieure

Le souvenir immatériel du mort est protégé, comme nous l'avons vu, non pas à titre personnel mais par ricochet. Le souvenir matériel de l'Homme, son cadavre, jouit-il d'une meilleure protection ? Si, sous certains aspects, le cadavre semble jouir d'une protection de sa dignité (A), sous d'autres aspects l'utilitarisme a évincé la dignité, ce qui exige de repenser, encore une fois, l'existence de cette dignité (B).

A. La dignité préservée

L'importance pour les humains d'inhumer leurs morts est une réalité anthropologique et sociale indéniable. Le corps inhumé ne doit plus être exhumé, pour respecter le « *droit à la paix*[39] » du mort, et à plus forte raison si c'est pour l'identifier génétiquement.

Le mort a un « *droit* » à la sépulture conféré par l'histoire, la religion et la nature humaine. C'est un devoir moral qui impose aux vivants de donner au cadavre une sépulture dans la dignité[40], et dont l'origine remonte au temps où les morts faisaient l'objet d'un culte[41].

Le droit positif consacre ce « *droit* » à la sépulture, dans le sillon des religions[42]. Ainsi en droit français, l'organisation des funérailles est aujourd'hui une liberté publique[43] et le droit à la sépulture, un droit fondamental[44], qui

---

39 Les empereurs Théodose, Valentinien et Arcadius, dans un édit, excluent ceux qui ont perturbé la paix des morts de l'affranchissement des prisonniers le 1er jour de Pâques. Code Justinien, Livre 1, Titre 4, 3. Des arrêts d'appel utilisent l'expression : Riom, 23 juin 1981 et Lyon, 18 nov. 1981, *JCP* 1983. II. 19956, note Almairac.

40 G. GOUBEAUX, *Les personnes*, p. 70. Et il n'est nul besoin de revenir sur l'exemple d'Antigone de Sophocle.

41 V. : D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, Champs Flammarion, 1984, surtout le livre 1er « Antiques croyances », p. 7-37 et également le chapitre intitulé « le droit de propriété », p. 62-76, où le lien est fait entre culte des morts, sépulture et propriété.

42 L'importance des rites religieux n'est pas à prouver. Pour les Juifs tant que pour les musulmans, le cadavre doit être inhumé promptement (peut-être parce qu'il s'agissait de contrées chaudes), V. *Encyclopaedia Judaica*, « *Burial* », p. 1515 – 1517. V. également le Catéchisme de l'Église catholique, n° 1684 et s.

43 V. Cass. civ. 1re, 19 sept. 2018, n° 18-20693, *JCP* 2018. 1142, note H. Péroz.

44 P. BERCHON, *Rep. civ. Dall.*, V° « *sépulture* », 2016, n° 98.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

doit être assuré perpétuellement[45]. En droit libanais, ce « *droit* » à la sépulture n'est corroboré par aucun texte ou jurisprudence, toutefois, les dépenses de funérailles et inhumation sont prélevées prioritairement sur la succession avant l'acquittement des dettes[46]. La matière étant en grande partie laissée aux communautés religieuses, l'insuffisance du dispositif juridique relatif aux cimetières a été récemment mise en relief, par la crise des réfugiés syriens[47]. De même, le droit à la sépulture honorable est consacré en droit international humanitaire par les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels[48], qu'il s'agisse de combattants, de prisonniers morts en détention ou de civils.

La nature juridique du cadavre et de la sépulture participe de leur dignité. Le cadavre est une chose, mais une chose spéciale et inaliénable. Les sépultures ne sont pas des biens, elles sont placées hors du commerce et indisponibles[49], surtout quand elles se trouvent soit dans des terrains du domaine public communal (en France comme au Liban), soit dans des fondations pieuses (waqfs) qui sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables[50]. Quand la sépulture se trouve dans une propriété privée, l'inaliénabilité ne s'étend pas

---

45 L'article L2223-4 du Code général des collectivités territoriales dispose que le maire doit affecter à perpétuité dans le cimetière un ossuaire aménagé où les restes exhumés sont aussitôt réinhumés. X. LABBÉE, « Une tombe a disparu », *D.* 1999, p. 533.

46 Art. 13 de la loi sur la succession des non-mahométans du 23 juin 1959.

47 Chl. DOMAT, « Les réfugiés syriens au Liban peinent à enterrer leurs morts », <www.france24.com>, 17/6/2016.

48 Il s'agit d'assurer une sépulture honorable, de permettre l'accès des proches à cette sépulture, et de respecter tant que possible les rites religieux. V. Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, art. 17 ; Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, art. 20 ; Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 120 ; Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, art. 130. Textes (avec commentaires) disponibles dans la base de données du site du Comité international de la Croix-Rouge, ainsi que dans M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, *passim*.

49 P. BERCHON, *Rep. civ. Dall.*, V° « *sépulture* », 2016, n° 114 et s. ; G. GOUBEAUX, *Les personnes*, p. 71 ; R.-N. SCHUTZ, *Rép. Civ. Dall.*, V° « *inaliénabilité* », n° 32 et s.

50 V. : B. KARAM, *Contribution à l'étude du waqf : étude de droit comparé, séculier et religieux*, thèse, Kaslik, 2016, p. 165 et s. n° 315-318. Jadis, selon le droit musulman applicable tant aux musulmans qu'aux chrétiens, il suffisait d'utiliser un terrain comme cimetière pour le convertir en une fondation pieuse – règle à rapprocher de l'extrait de Gaius cité note 55. Aujourd'hui, le droit libanais positif exige un double enregistrement, auprès des instances religieuses et auprès du registre foncier. Les Libanais peuvent toujours

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

à l'immeuble[51]. Le mourant peut, par testament, organiser les modalités de sa sépulture. Toutefois, cette liberté – celle du mort, mais également celle des proches en l'absence de volonté du mourant – n'est pas absolue, car les lois et les règlements encadrent la sépulture, pour des raisons d'ordre public[52] et surtout de salubrité publique : par exemple, interdiction d'inhumer dans certains lieux[53], règlementation stricte des caveaux, interdiction de la cryogénisation[54] (motivée paradoxalement par le respect de la dignité du mort). Ce statut spécial est une régression par rapport au droit romain, où l'enterrement du mort dans un lieu rendait le sol chose religieuse[55].

L'importance des derniers rites transparait surtout de la protection pénale qui entoure la bonne conduite des funérailles et de l'inhumation,

---

constituer des cimetières-fondations, mais dans le respect des lois relatives au cadastre, aux droits réels fonciers, à la santé publique, à l'urbanisme, aux règlements administratifs.

51 Ainsi a décidé la jurisprudence française – Cass. civ. 2e, 17 oct. 2013, n° 12-23375, *JCP* 2013. II. 1300, obs. Barbièri ; *LPA* 2014, n° 12, obs. Gantschnig. V. également R.-N. SCHUTZ, V° « *inaliénabilité* », n° 34- ainsi que la jurisprudence libanaise : Cass. civ. lib. 5e, n° 156/2004, 18 nov. 2004, *idrel.com* : la présence d'un cimetière privé dans un terrain ne faisait pas obstacle à la saisissabilité du terrain tant qu'il ne s'agissait pas d'une fondation pieuse. La Cour a également jugé que les sépultures ne font pas partie des choses nécessaires pour exercer les devoirs religieux (choses insaisissables en droit libanais – art. 860 Code de procédure civile). Dans un arrêt de la 2e chambre civile de la Cour de cassation libanaise du 4 avr. 2000, un cimetière avait été transmis par testament.

52 P. BERCHON, *Rep. civ. Dall.*, V° « sepulture », 2016, n° 1.

53 Par ex. : interdiction d'inhumer dans les lieux de culte (Art. L2223-10 du CGCT français).

54 CE français, 6 janv. 2006, n° 260307: une personne avait exprimé dans son testament sa volonté de se faire conserver par congélation, ayant la conviction que le progrès scientifique lui permettra le retour possible à la vie. Le maire de la commune concerné a refusé de donner l'autorisation. Le Conseil d'État rappelle le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur et donne raison à la décision du maire. Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires tel que : I. CORPART, « Feu la cryogénisation », *D.* 2006, p. 1875 ; V. aussi, pour des cas plus récents, E. GALLANT, « La liberté d'organiser ses funérailles relève d'une loi de police », *Rev. Crit. DIP* 2019, p. 224 ; Ph. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort, quand les juristes jouent au "cadavre exquis"… », *Droit et société* 2005, vol. 3, n° 61, p. 831, accuse le principe de dignité de la personne humaine « *[qui] est effectivement l'outil juridique permettant aux autorités publiques de rappeler aux individus la limite de leur souveraineté sur leur corps* ».

55 « *Il dépend de notre volonté de rendre [le sol] religieux en enterrant un mort dans un lieu nous appartenant, à la condition que son inhumation nous incombe* » (*Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum si modo ejus mortui funus ad nos pertinent*). *Institutes de Gaius*, second commentaire, n° 6 ; dans le même sens, *Institutes de Justinien*, trad. A.M. Du Caurroy, Paris, 7e éd., 1846, t. 1, p. 209.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

ainsi que de la protection de la matérialité du cadavre et de la sépulture, quoique « *ce n'est pas "la chose" humaine qui est protégée mais le souvenir de l'homme*[56] ».

Cette paix assurée par la sépulture pourrait-elle être rompue par des examens génétiques post-mortem ? Une identification génétique post-mortem est-elle possible ? Longtemps, en droit français, aucun texte n'adressait la question pour les morts ; la loi (l'article 16-11 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain) disposait que le consentement préalable de la personne était requis pour pouvoir procéder à son identification par empreintes génétiques. Un mort ne pouvant pas exprimer de consentement, la solution n'était pas évidente[57]. La question se posa avec plus d'acuité dans le cas d'un mort (l'acteur Yves Montand) ayant déjà exprimé durant sa vie son refus de toute identification, alors qu'une certaine personne prétendait être sa fille. La cour d'appel de Paris avait ordonné l'exhumation de son cadavre, car une fois décédé, « *son consentement propre ne peut bien évidemment plus être recherché ; qu'en tout état de cause ses ayants droit ont fait connaître qu'ils ne s'opposaient pas à une analyse génétique après exhumation de leur auteur si elle était estimée nécessaire*[58] ». Cet arrêt avait suscité de vives contestations[59], et le législateur, en 2004, finit par trancher la question, interdisant toute identification par empreintes génétiques (nécessitant ou non exhumation[60]) post-mortem « *sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant* » (art. 11-16 al. 2, rédaction de 2004).

En cette même année 2004, fut promulguée au Liban la loi n° 625 du 20 novembre 2004 relative aux examens génétiques humains, qui semble avoir ignoré le débat doctrinal et jurisprudentiel français. Cette loi affirme le respect de la dignité intrinsèque de toute personne indépendamment de ses caractéristiques génétiques (voir les articles 3, 4 et 19), en harmonie avec

---

56 G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD Civ.* 2002, p. 221

57 V. : J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, LexisNexis, 2005, p. 21, n° 36.

58 Paris, ch. 1re civ., 6 nov. 1997, *D.* 1998, p. 122.

59 Par ex., Ph. MALAURIE, « La preuve scientifique post mortem de la paternité et l'exhumation », p. 122. V. aussi J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, p. 22 et s. n° 39 et s.

60 V. BONNET, « Expertises post-mortem : la vérité ensevelie », *D.* 2008, p. 2121, n° 6 ; F. FERRAND, *Rep. proc. civ. Dall.*, V° « *Preuve – recherche des preuves* », déc. 2013, actualisation mars 2019, n° 491.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

la Déclaration universelle sur le génome humain et les Droits de l'Homme du 11 novembre 1997. Selon son article 9, « *il est interdit de procéder à tout examen génétique avant l'obtention du consentement éclairé écrit de la personne subissant l'examen* » ; sans aucune disposition relative aux morts.

Il faut signaler, en droit libanais, la possibilité de l'identification génétique des cadavres suspectés appartenant à des disparus et à des victimes de guerre, selon la récente loi n° 105 du 30 novembre 2018 relative aux disparus et victimes de disparition forcée. Des considérations relatives à la dignité des vivants autant que des morts, pourraient permettre une exception à l'identification génétique des cadavres, afin de rendre possible l'identification d'un grand nombre de militaires et civils disparus à cause de la guerre civile libanaise, dont plusieurs inhumés dans des fosses communes d'occasion. Dans l'exposé des motifs de la loi, est clairement mentionnée l'adhésion du Liban au principe de la dignité humaine. La loi permet à une commission spéciale de procéder à des tests d'ADN afin d'identifier les cadavres inhumés, et de les restituer, si possible, à leurs héritiers. Si le cadavre ne peut être identifié, la loi exige de le traiter avec respect et de l'inhumer de nouveau.

En droit français, la dignité des morts ne s'incline donc pas devant les besoins des vivants quand il s'agit d'identification génétique. Par contre, il y a un autre domaine où les besoins des vivants prévalent sur toute autre considération : le prélèvement des organes.

B. La dignité évincée

La relation entre le corps humain et la personne dont il est affublé est déjà problématique du vivant de l'être humain. Selon la formule du Doyen Carbonnier, le corps est le *substratum* de la personne[61] : le corps est assimilé à la personne, le corps *est* la personne, faute de pouvoir dire que la personne est propriétaire de ce corps. Le pouvoir de l'homme sur son corps est limité par les principes d'indisponibilité et d'inviolabilité. Durant la vie, la dignité du vivant inonde en même temps sa personne et son corps. La mort apporte

61 J. CARBONNIER, *Droit civil*, *Introduction*, *Les personnes*, *La famille*, *l'enfant*, *le couple*, p. 381 n° 196. V. pour un exposé critique des opinions des juristes sur ce point : C. CRIGNON-DE OLIVEIRA et M. GAILLE-NIKODIMOV, *À qui appartient le corps humain ? Médecine*, *politique et droit*, Les belles lettres, coll. Médecine et sciences humaines, 2e tirage, 2008, notamment le chapitre 3 : Le corps, objet du droit : chose ou personne ?, p. 99-144. Selon Chr. BYK, le droit ignore le corps en tant que concept juridique propre. (« Statut du corps humain et pratiques biomédicales », *in La personne humaine face au droit dans les pays méditerranéens*, *16*, *17*, *18 sept. 1993*, USEK, 1994, p. 82).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

la dissociation entre les deux : elle signe la fin de la personne, et en ce faisant, elle déchoit le corps – désormais cadavre – dans la catégorie des choses – même s'il s'agit de choses spéciales.

Le développement de la médecine a permis de transplanter des organes d'un corps, vivant ou mort, à un autre ; et il s'avère que les vivants ont de plus en plus besoin d'organes, organes qu'ils peuvent trouver en priorité chez les morts, à condition d'agir vite avant l'inhumation[62].

En droit français, les besoins des vivants vont primer sur la dignité du cadavre, quand les organes des morts permettent de sauver la vie des vivants, directement (par transplantation) ou indirectement (recherches scientifiques). Il est ainsi permis d'extraire du cadavre des organes et tissus qui seront mis à profit des vivants. En droit français, le système prévalant aujourd'hui est la présomption du consentement aux prélèvements d'organes : selon l'article L 1232-1, alinéa 3 du Code de la santé publique français, « *Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment* ». En l'absence d'un refus[63], le mourant est supposé avoir consenti au prélèvement de ses organes. Ceci s'inscrit dans une politique nationale d'encouragement aux dons d'organes[64]. Quant aux prélèvements à fin scientifique sur les morts, ils sont plus strictement encadrés[65], mais demeurent possibles, alors que pour les vivants, le principe

62 C. BAAKLINI ZIADE, S. ABI KHALIL et D. EL MAWLA, « Le don d'organe : une nécessaire réforme de la législation au Liban », p. 24 ; Ph. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort, quand les juristes jouent au "cadavre exquis"… », p. 826 : « *poursuite d'un intérêt général* » ; P. BOUCAUD, « Patrimonialité du corps humain », *in* L-D. MUKA TSHIBENDE (coord.), *Personne et patrimoine en Droit*, *variations sur une connexion*, Bruylant, 2014, p. 543.

63 Le refus devra prendre l'une des formes prescrites par l'article R1232-4-4 du Code de la Santé publique français : inscription auprès du registre national automatisé des refus de prélèvement (possible dès 13 ans) ; refus écrit permettant l'identification univoque du concerné et confié à un proche ; etc.

64 J. PENNEAU, *Rep. civ. Dall.*, V° « *Corps humain – bioéthique* », sept. 2012, actualisation 2019, n° 162.

65 D. VIRIOT-BARRIAL, *Rép. pén. Proc. Pén. Dall.*, V° « *Dignité de la personne humaine* », juin 2014, n° 55.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

est intangible : le respect de la dignité humaine prime sur les besoins de la recherche biomédicale[66].

Fruit d'une évolution législative intéressante, le système du consentement présumé a succédé au système du consentement explicite, introduit tout d'abord pour les cornées des yeux par la loi Lafay du 7 juillet 1949. D'un texte à l'autre, l'exigence d'un consentement positif a été remplacée par une présomption de consentement, par la loi du 22 décembre 1976 – loi Caillavet - qui permet le prélèvement d'organes du cadavre tant que l'intéressé n'a pas fait connaitre de son vivant son refus[67]. La loi du 29 juillet 1994 (bioéthique) n'est pas revenue sur cette solution.

Ce passage, en droit français, de la nécessité d'une autorisation expresse de la personne pour effectuer des prélèvements sur son cadavre, à un système d'approbation présumée, est justifié par les nécessités des vivants – mais n'en constitue pas moins un relâchement dans la protection de la dignité des cadavres[68]. D'ailleurs, les prélèvements d'organes en général questionnent le concept Kantien de la dignité, selon lequel l'humain ne doit jamais être traité comme un moyen, mais considéré comme une fin[69]. Pour Kant, le prélèvement irrémédiable d'un organe porterait atteinte à la liberté de l'individu vivant, mais tel ne serait pas le cas pour les morts[70], selon les commentateurs, car ici « *les devoirs envers autrui peuvent alors légitimer les dons post-mortem puisqu'ils n'ont plus à être mis en balance avec les devoirs envers soi-même*[71] ».

---

66 V. : C. BAAKLINI ZIADÉ, *Contribution à l'étude de la responsabilité médicale (de l'acte thérapeutique à l'acte non thérapeutique)*, thèse, Kaslik, 2014, p. 168 et s. n° 164 et s.

67 B. PY, *La mort et le droit*, p. 100 ; Ph. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort, quand les juristes jouent au "cadavre exquis"… », p. 824 et s.

68 « Nationalisation » des cadavres (J. CARBONNIER, *Droit civil*, *Introduction*, *Les personnes*, *La famille*, *l'enfant*, *le couple*, p. 407) ; V. aussi Ph. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort, quand les juristes jouent au "cadavre exquis"… », p. 826.

69 Sur cette question, V. : Cl. SAMBUC et P. LE COZ, « La dignité humaine kantienne : une justification théorique des transplantations d'organes ? », *Raison publique* 2012, vol. 2, n° 17, p. 219-238, disponible en ligne sur : <https://www.cairn.info/revue-raison-publique1-2012-2-page-219.htm>, consulté le 25/7/2019.

70 J.-Chr. MERLE, « A Kantian argument for a duty to donate one's own organs. A reply to Nicole Gerrand », *Journal of applied philosophy* 2000, vol. 17, n° 1, p. 99.

71 Cl. SAMBUC et P. LE COZ, « La dignité humaine kantienne : une justification théorique des transplantations d'organes ? », p. 231.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Le droit libanais n'a pas adopté le système du consentement présumé. Le décret-loi libanais n° 109 du 16/9/1983, dans son article 2, permet le prélèvement de tissus et d'organes humains du cadavre d'une personne morte ou transportée morte à l'hôpital, à des fins thérapeutiques pour traiter la maladie ou les lésions d'une autre personne, ou à des fins scientifiques, dans l'un des deux cas suivants : soit s'il y a expression de la volonté du décédé par testament ou tout autre écrit ; soit, à défaut d'une telle volonté, s'il y a acceptation de la part de la famille – la loi établit la liste de ces membres et l'ordre de préséance entre eux[72]. Ces dispositions sont réitérées dans l'article 30 du nouveau Code de déontologie médicale[73], qui ajoute toutefois l'exigence d'obtenir l'autorisation de la Commission nationale de dons et greffes des organes selon des conditions et principes déterminés par décrets en Conseil des ministres.

Notons que tels que sont rédigés ces articles, nous pouvons nous demander, au cas où une personne avait exprimé son refus durant sa vie, si ses proches peuvent passer outre ce refus, tant que les articles en question ne donnent aucun effet au refus, mais au seul consentement.

En guise de conclusion, il est légitime de s'interroger si la dignité des morts serait le substitut contemporain de leur antique déification ?

La dignité humaine est posée comme un axiome, un droit supérieur, un impératif catégorique kantien ; de là, elle doit être supérieure aux autres droits, et ne devrait pas succomber suite à des contrôles de proportionnalité[74], et l'appliquer aux morts ne devrait pas changer sa nature ou ses qualités. Mais nous avons vu qu'en droit français, on passe outre le consentement du mourant pour prélever ses organes ; la volonté du mourant pour organiser ses funérailles et sépulture est limitée par la loi ; la dignité est timidement et maladroitement évoquée par la jurisprudence. Y aurait-il une hiérarchie des dignités ?

---

72 Le conjoint, sinon l'enfant ainé, sinon le père, sinon la mère, sinon le médecin chef du département de l'hôpital.

73 Loi n° 240 du 22 octobre 2012 modifiant certaines dispositions de la loi n° 288 du 22 février 1994 Code de déontologie médicale.

74 V. : M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *passim* ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282. Dans l'affaire Erignac déjà citée, la Cour après avoir constaté l'atteinte à la dignité, avait limité le droit à l'information ; par contre un an après dans une autre affaire, la 1re ch. civ. a décidé qu'à défaut de recherche du sensationnel et de toute indécence il n'y a pas atteinte (Cass. civ. 1re, 20 févr. 2001, n° 98-23471).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Enfin, pourquoi la dignité après la mort mériterait-elle plus d'intérêt qu'une dignité avant la naissance ? Pourquoi la dignité humaine déborderait-elle d'une extrémité de la durée de la personne et non de l'autre : au-delà d'une dignité des humains morts, une dignité des humains conçus mais non encore nés ne serait-elle pas plus impérieuse[75] pour interdire la libre disposition de ceux-ci dans certaines législations ?

75 Ph. MALAURIE, « La preuve scientifique post mortem de la paternité et l'exhumation », *D.* 1998, J., p. 122 (obs. sous Paris 6 nov. 1997).

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

BAAKLINI ZIADE C., ABI KHALIL S. et EL MAWLA D., « Le don d'organe : une nécessaire réforme de la législation au Liban », *Revue juridique de l'USEK* 2015, p. 25.

BAAKLINI ZIADÉ C., *Contribution à l'étude de la responsabilité médicale (de l'acte thérapeutique à l'acte non thérapeutique)*, thèse, Kaslik, 2014.

BERCHON P., *Rep. civ. Dall.*, V° « *sépulture* », 2016.

BINET J.-R., *Le nouveau droit de la bioéthique*, LexisNexis, 2005.

BONNET V., « Expertises post-mortem : la vérité ensevelie », *D.* 2008, p. 2121, n° 6.

BOUCAUD P., « Patrimonialité du corps humain », *in* L-D. MUKA TSHIBENDE (coord.), *Personne et patrimoine en Droit*, *variations sur une connexion*, Bruylant, 2014, p. 543.

BYK Chr., « Statut du corps humain et pratiques biomédicales », *in La personne humaine face au droit dans les pays méditerranéens*, *16*, *17*, *18 sept. 1993*, USEK, 1994, p. 82.

CARBONNIER J., *Droit civil*, *Introduction*, *Les personnes*, *La famille*, *l'enfant*, *le couple*, PUF, Quadrige, 2004, vol. 1.

CARON Ch., « Les morts n'ont pas de vie privée », *D.* 2000, p. 266.

CHOCHINOV H. M., « Defending dignity », *Palliative and Supportive Care* 2003, 1, p. 307–308.

Code Justinien, Livre 1, Titre 4, 3.

CORNU G., *Droit civil*, *Introduction*, *les personnes*, *les biens*, Montchrestien, 7e éd., 1994.

CORPART I., « Feu la cryogénisation », *D.* 2006, p. 1875.

CRIGNON-DE OLIVEIRA C. et GAILLE-NIKODIMOV M., *À qui appartient le corps humain ? Médecine*, *politique et droit*, Les belles lettres, coll. Médecine et sciences humaines, 2e tirage, 2008.

DOMAT Chl., « Les réfugiés syriens au Liban peinent à enterrer leurs morts », <www.france24.com>, 17/6/2016.

Éléments des crimes, Publication de la Cour pénale internationale, 2011, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7730B6BF-308A-4D26-9C52-3E19CD06E6AB/0/ElementsOfCrimesFra.pdf>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Encyclopaedia Judaica, « *Burial* », p. 1517-1515.

FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, 1, vol. 58, p. 1-30, <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2007-1-page-1.htm>.

FARJAT G., « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD Civ.* 2002, p. 221

FERAL-SCHUHL Ch., *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, Praxis, 7e éd., 2018.

FERRAND F., *Rep. proc. civ. Dall.*, V° « *Preuve – recherche des preuves* », déc. 2013, actualisation mars 2019.

FUSTEL DE COULANGES D., *La cité antique*, Champs Flammarion, 1984.

GALLANT E., « La liberté d'organiser ses funérailles relève d'une loi de police », *Rev. Crit. DIP* 2019, p. 224.

GIVONE S., « La dignità delle persone », <http://www.rinascitacristiana.org/file/pdf/givone.pdf>.

GOUBEAUX G., *Les personnes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 1989.

GRIDEL J.-P., « Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », *D.* 2001, p. 872.

HAUSER J., « La protection de l'image des morts », *RTD civ.* 2010, p. 79.

HENCKAERTS J.-M. et DOSWALD-BECK L., *Droit international humanitaire coutumier* (trad. D. LEVEILLE), Bruylant – CICR, 2006, vol. 1 : Règles.

Institutes de Justinien, trad. A.M. DU CAURROY, Paris, 7e éd., 1846, t. 1.

KARAM B., *Contribution à l'étude du waqf : étude de droit comparé, séculier et religieux*, thèse, Kaslik, 2016.

LABBÉE X., « Une tombe a disparu », *D.* 1999, p. 533.

MALAURIE Ph, « La preuve scientifique post mortem de la paternité et l'exhumation », *D.* 1998, J., p. 122.

MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282.

MERLE J.-Chr., « A Kantian argument for a duty to donate one's own organs. A reply to Nicole Gerrand », *Journal of applied philosophy* 2000, vol. 17, n° 1, p. 99.

PENNEAU J., *Rep. civ. Dall.*, V° « *corps humain – bioéthique* », sept. 2012, actualisation 2019.

PY B., *La mort et le droit*, PUF, Que sais-je, 1997.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

RAIMBAULT Ph., « Le corps humain après la mort, quand les juristes jouent au "cadavre exquis"… », *Droit et société* 2005, vol. 3, n° 61, p. 826.

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, *Infractions du Code pénal*, Dalloz, 8e éd., 2018.

RINGEL F. et PUTMAN E., « Après la mort… », *D.* 1991, p. 241, n° 4.

ROME F., « Le cadavre humain, hors du marché », *D.* 2010, p. 2145.

SAMBUC Cl. et LE COZ P., « La dignité humaine kantienne : une justification théorique des transplantations d'organes ? », *Raison publique* 2012, vol. 2, n° 17, p. 219-238, <https://www.cairn.info/revue-raison-publique1-2012-2-page-219.htm>.

SCHUTZ R.-N., *Rép. Civ. Dall.*, V° « *inaliénabilité* », n° 32 et s.

SULMASY D. P., « Death and human dignity », *Linacre Quarterly* nov. 1994, vol. 61, n° 4, article 7, p. 30.

TURPIN D., « La notion juridique de personne : début et fin », *D.* 2017, p. 2042.

VIRIOT-BARRIAL D., *Rép. pén. proc. pén. Dall.*, V° « *Dignité de la personne humaine* », juin 2014.

Jurisprudence

Cass. civ. 1re, 26 sept. 2018, n° 17-16089.

Cass. civ. 1re, 1 juill. 2010, n° 09-15479.

Cass. civ. 1re, 14 déc. 1999, n° 97-15756, *Bull. civ. I*, n° 345; *D.* 2000, jur. p. 372, obs. B. Beignier.

Cass. civ. 1re, 16 sept. 2010, n° 09-67456.

Cass. civ. 1re, 19 sept. 2018, n° 18-20693, *JCP* 2018. 1142, note H. Péroz.

Cass. civ. 1re, 1er juill. 2010, n° 09-15479, *Communication Commerce électronique* n° 12, déc. 2010, comm. 126 par A. Lepage.

Cass. civ. 1re, 20 déc. 2000, n° 98-13875.

Cass. civ. 1re, 20 févr. 2001, n° 98-23471.

Cass. civ. 1re, 22 oct. 2009, n° 08-10557.

Cass. civ. 1re, 29 oct. 2014, n° 13-19729.

Cass. civ. 1re, 31 mars 2016, n° 15-20588.

Cass. civ. 1re, 7 févr. 2018, n° 17-18298.

Cass. civ. 2e, 17 oct. 2013, n° 12-23375, *JCP* 2013. II. 1300, obs. Barbièri ; *LPA* 2014, n° 12, obs. Gantschnig.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Cass. civ. 2e, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2088.

Cass. civ. lib. 2e, 4 avr. 2000, *idrel.com.*

Cass. civ. lib. 5e, n° 156/2004, 18 nov. 2004, *idrel.com*.

Cass. crim., 1 mars 2017, n° 16-81378.

Cass. crim., 20 oct. 1998, n° 97-84621.

Cass. crim., 21 oct. 1980, n° 80-90146.

Cass. crim., 7 juin 2017, n° 16-84120.

Lyon, 18 nov. 1981, *JCP* 1983. II. 19956, note Almairac.

Paris, 2 juill. 1997, *D.* 1997, p. 596.

Paris, ch. 1re civ., 6 nov. 1997, *D.* 1998, p. 122.

Riom, 23 juin 1981

CE fr., 6 janv. 2006, n° 260307.

CEDH 27 févr. 2007, n° 56760/00, affaire Akpinar et Altun v. Turquie.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 24 février 19712, affaire Mephisto, traduction anglaise: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=56>.

Copyright © PUSEK, Kaslik, 2020 | All Rights Reserved

Achevé d'imprimer
en août 2020
Kaslik, Liban

eISSN 2664-8156