
ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL
Coordinateurs
LE RESPECT DE LA DIGNITÉ HUMAINE
IV
Cours Brésilien Interdisciplinaire en Droits de l'Homme

Antônio Augusto Cançado Trindade et César Barros Leal
Coordinateurs

LE RESPECT DE LA DIGNITÉ HUMAINE

Fortaleza
2015

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....5

L'EXPANSION DE LA JURIDICTION INTERNATIONALE ET LA SAUVEGARDE DE LA DIGNITÉ HUMAINE
Antônio Augusto Cançado Trindade.....7

LES DROITS DE L'HOMME ET LE RESPECT À LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE DANS LE CONTEXTE DES PRINCIPES DE LA JUSTICE RESTAURATIVE
César Barros Leal 29

LA NOTION DE DIGNITÉ HUMAINE DANS LA SAUVEGARDE DES DROITS FONDAMENTAUX DES DÉTENUS
Emine Eylem Aksoy 47

LA DIGNITÉ HUMAINE ET LA TRANSFORMATION DES DROITS MORAUX EN DROIT POSITIF
Hans Jörg Sandkühler 67

LA DIGNITE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR UROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME
Laurence Burgorgue-Larsen 103

L'INQUIÉTANTE PROTECTION DE LA DIGNITÉ HUMAINE Klêsis, 2011
Pierre-Yves Quiviger.....125

LE PRINCIPE DE DIGNITE HUMAINE FACE AUX SYSTEMES D'ARMES LETAUX AUTONOMES ET QUASI AUTONOMES: A LA FOIS CIBLE POTENTIELLE D'ATTEINTES ET OUTIL DE REGULATION?
Rebecca Mignot-Mahdavi.....139

CONSIDÉRATIONS SUR LA CAPACITÉ CONSTITUANTE DU PRINCIPE DE DIGNITÉ HUMAINE – L'EXEMPLE DES RELATIONS ENTRE EGALITE ET DIGNITE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPREME DU CANADA
Robin Médard 163

ANNEXE 197

DECLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME 199

PRÉFACE

Dans la continuité d'un extraordinaire projet culturel qui se rénove tous les ans, nous lançons cinq livres (avec des articles rédigés à l'origine en portugais, espagnol, français, anglais et italien) sur "Le Respect à la Dignité de la Personne Humaine", thématique centrale du *IV Cours Brésilien Interdisciplinaire en Droits de l'Homme*, organisé par l'Institut Brésilien des Droits de l'Homme et par l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme. Ce cours se tiendra du 03 au 14 août 2015, à Fortaleza, Ceará, Brésil.

Les tomes, distribués gratuitement, rassemblent un groupe de savants de diverses spécialités et nationalités qui traitent la question proposée sous différentes perspectives dont plusieurs feront l'objet des conférences, des panels, des ateliers composant ce cours, certainement l'une des plus prestigieuses activités académiques dans le cadre des Droits de l'Homme réalisée en Amérique Latine, avec la participation des élèves et d'observateurs de différents états du Brésil et d'autres pays de la région.

Le choix de la thématique tient compte de l'actualité, de l'importance et de l'ampleur du principe de la dignité humaine, qui est véritablement universel (et avec beaucoup d'implications). Élevé comme fondement de la République dans les termes de la Constitution Brésilienne de 1988, la Constitution Citoyenne, ce principe est présent dans d'innombrables débats et études – à l'exemple de ceux-ci – des thèmes tels que la promotion et la protection des droits fondamentaux, le minimum existentiel, la bioéthique, la non-discrimination, l'État Démocratique de Droit, ainsi que l'application de la justice et la conformité des lois avec la normative internationale de protection, ce qui nous mène à la jurisprudence de la Cour-Interaméricaine des Droits de l'Homme.

Le lecteur, face à la pluralité des textes, aura l'occasion de confirmer la dimension des valeurs singulières et inconditionnelles qui sédimentent la dignité de tout être humain (qui, selon Emmanuel Kant, le différencie des autres êtres; il faut distinguer ici, selon notre point de vue, la dignité du comportement moral d'une personne par rapport à la dignité d'une personne elle-même). Le lecteur pourra aussi considérer la richesse des idées et des réflexions de ceux qui, répondant à notre appel, ont écrit avec compétence, objectivité et engagement.

Cela fait de la lecture de ses cinq ouvrages un fabuleux voyageau travers la reconnaissance de la condition humaine et du respect qui, pour la théologie chrétienne, doit lui être accordée sans distinction de quelque espèce, vu que, créés à l'image et à la ressemblance de Dieu, nous sommes tous – selon Kant lui-même – dotés de la dignité suprême parmi les êtres de la terre. A cette ligne de pensée vient s'ajouter la perception, nourrie par la transparence des faits, que la dignité est continuellement violée dans le monde contemporain, augmentant l'énorme fossé entre le plan idéal – des lettres d'or de la déontologie – et la perverse réalité du quotidien.

Adoptée et proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, figurant dans les annexes des tomes de par son importance, met en exergue, dans son Préambule, que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables est le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Elle ajoute que les peuples des Nations ont réaffirmé dans la Lettre, leur foi dans les droits fondamentaux, dans la dignité et la valeur de la personne humaine et dans l'égalité des droits des hommes et des femmes. N'oublions jamais son article 1°: Tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits.

Titulaire des droits, l'homme doit être respecté dans son essence et dans sa dignité, que cela soit par son groupe communautaire ou par l'État, tout en préservant téléologiquement sa condition intrinsèque d'être humain, ce qui est souligné avec l'emphase nécessaire dans la doctrine, dans les textes constitutionnels, dans les conventions, dans les traités et sentences (accompagnées de votes) provenant des tribunaux et organismes internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme. Au lecteur, en particulier celui qui aura l'opportunité de participer au IV Cours Brésilien Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, s'impose, en conclusion, le devoir irréfutable de réfléchir sur les thèmes abordés dans cette collection et de stimuler leurs débats dans des multiples instances, propageant ce message collectif, si vigoureux qu'instigateur, de foi dans le respect à la dignité humaine, la même foi qui nous pousse aussi à lutter pour l'affirmation de nos croyances et pour la réalisation de nos rêves.

Nous tenons à remercier vivement Juana María Ibáñez Rivas, illustre avocate péruvienne, qui nous a apporté son inestimable soutien.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE et César BARROS LEAL
La Haye/Fortaleza, le 13 juin 2015

L'EXPANSION DE LA JURIDICTION INTERNATIONALE ET LA SAUVEGARDE DE LA DIGNITÉ HUMAINE

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juge à la Cour Internationale de Justice (La Haye); Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasilia, Brésil; Membre Titulaire du ***Curatorium*** de l'Académie de Droit International de La Haye, et de l'Institut de Droit International; Ancien Président de la Société Latino-Américaine de Droit Internacional.

I. INTRODUCTION

La coexistence de multiples juridictions internationales contemporaines est un signe de notre temps, qui traduit la manière dont le droit international contemporain a évolué, pour ne plus être indifférent à la réalisation de la justice et à la sauvegarde de la dignité humaine. Ce processus de *juridictionnalisation*, de quête de la réalisation de la justice en droit international, témoigne en outre des efforts actuellement déployés pour instaurer un ordre juridique soucieux de faire prévaloir l'état du droit dans les sociétés démocratiques. Il représente de surcroît une reconnaissance appréciable de la primauté du droit sur la force et l'oppression, et de l'utilisation des moyens judiciaires de règlement de différends, écartant toute soumission au volontarisme des États.

II. L'EXPANSION DE LA JURIDICTION INTERNATIONALE

La consolidation d'une juridiction internationale élargie est un signe rassurant de l'évolution d'un ordre juridique international, qui, de nos jours, accorde une place de moins en moins centrale à l'État et est de plus en plus attentif aux besoins essentiels des êtres humains et de l'ensemble de l'humanité. La réalisation de la justice est l'un de ces besoins. Il a fallu beaucoup de temps pour y parvenir. En réalité, depuis les écrits et les idées visionnaires d'auteurs issus de divers horizons, tels que B.C.J. Loder, Nicolas Politis, Jean Spiropoulos, Alejandro Álvarez, André Mandelstam, Raul Fernandes, René Cassin, Georges Scelle, Hersch Lauterpacht et John Humphrey,

il a fallu attendre des dizaines d'années avant d'assister à l'évolution actuelle vers la réalisation de la justice internationale.

Il existe aujourd'hui un grand nombre de juridictions internationales. Certaines sont universelles (comme la Cour Internationale de Justice - CIJ). D'autres opèrent dans le domaine relevant de leur compétence *ratione materiae* ou *ratione loci*. C'est le cas notamment des Cours internationales des droits de l'homme, des juridictions pénales internationales, du Tribunal International pour le Droit de la Mer (TIDM), des instances d'intégration (économique) régionale ou sous-régionale. De nos jours, la coexistence de juridictions internationales contemporaines enrichit, plus qu'elle ne menace, l'unité du droit international; elle renforce, plus qu'elle ne sape, les fondements du droit international.

Il est également rassurant de constater que, au sein de l'Organisation des Nations Unies, depuis le sommet mondial de cette organisation, qui s'est tenu en 2005, la question de la *prééminence du droit* tant au niveau national qu'au niveau international[1] a enfin commencé à être au centre des préoccupations. Peu après l'adoption, en 2005, du *Document Final du Sommet Mondial*, l'attention du Secrétaire Fénéral de l'Organisation des Nations Unies a été appelée sur la nécessité d'approfondir cette question, étant donné que les dimensions internationale et nationale de l'*état de droit* (*rule of law*/ *Estado de Direito/Estado de Derecho*) étaient "intimement" liées, et que le renforcement de l'état de droit au niveau international avait donc des effets directs sur l'état de droit au niveau national[2].

En 2006, dans le prolongement du compromis qui avait été trouvé à cette fin au sommet mondial des Nations Unies de 2005, la VI Commission de l'Assemblée Générale des Nations Unies a été saisie de cette question pour l'examiner plus avant et a recommandé, le 17 novembre 2006, de la traiter en ayant présent à l'esprit les "valeurs et principes fondamentaux des Nations Unie[3]. L'Assemblée Générale a pour sa part approuvé cette recommandation dans sa résolution intitulée "*L'état de droit aux niveaux national et international*", adoptée

1 Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies A/Res/60 (1), 2005.

2 Annexe de la lettre datée du 11 mai 2006, adressée au Secrétaire Général par les représentants permanents du Liechtenstein et du Mexique auprès de l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, doc. A/61/142, par. 2, cf. aussi par. 4.

3 Nations Unies, *Rapport de la VIème. Commission*, Nations Unies, doc. A/61/456, du 17.11.2006, p. 3, par. 9.

le 18 décembre 2006[4]. Depuis lors, la question figure à l'ordre du jour de l'Assemblée Générale qui, entre 2006 et aujourd'hui (mi-2015), a adopté une série de résolutions à cet égard[5].

Cette évolution s'accompagne de l'abandon définitif de l'approche de l'ordre juridique international centrée sur l'Etat. Avec la création et l'entrée en activité de nouvelles juridictions internationales, on assiste à une augmentation considérable du nombre de *justiciables* au niveau international; les Etats ont perdu le monopole, qu'ils ont longtemps détenu, de l'accès à la justice internationale[6]. De nos jours, cet accès s'étend à juste titre à d'autres sujets du droit international[7], et notamment aux particuliers[8]. La réalisation de la justice devient un objectif commun, et convergent, de l'ordre juridique national et de l'ordre juridique international. Tous deux témoignent de l'unité du droit dans la réalisation de la justice, ce qui est un reflet de notre époque.

Les juridictions internationales contemporaines jouent un rôle décisif dans *l'élargissement de la juridiction internationale*, ainsi que dans l'affirmation et la consolidation de la personnalité et de la capacité juridiques internationales de l'être humain, à la fois en tant que sujet actif (devant les juridictions internationales des droits de l'homme) et passif (devant les juridictions pénales internationales) du droit international. De même, les juridictions internationales contemporaines contribuent à l'élargissement et à la complexification du domaine de la *responsabilité* internationale.

---

4 Assemblée Générale des Nations Unies, résolution A/Res/61/39, du 18.12.2006, pars. 1-5.

5 Assemblée Générale des Nations Unies, résolutions A/Res/62/70, du 06.12.2007; A/Res/63/128, du 11.12.2008; A/Res/64/116, du 16.12.2009 et A/Res/65/32, du 06.12.2010; A/Res/66/102, du 09.12.2011; A/Res/67/97, du 14.12.2012; et A/Res/68/116, du 16.12.2013.

6 Le fait que ce thème est examiné au plus haut niveau par l'Organisation des Nations Unies semble témoigner d'une nouvelle prise de conscience de la nécessité urgente d'assurer la préservation et le renforcement de l'Etat de droit sur les plans national et international. Et dans ce domaine, un rôle de la plus haute importance est réservé au droit à l'accès direct à la justice au niveau national et international.

7 H. Ascensio, "La notion de juridiction internationale en question", in *La juridictionnalisation du Droit international* (Colloque de la SFDI de Lille de 2002), Paris, Pédone, p. 198; H. Ruiz Fabri et J-M. Sorel (eds.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pédone, 2006, pp. 219-222 et 304.

8 A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-188.

Ainsi, outre la responsabilité internationale des États et des organisations internationales, celle des particuliers est-elle aussi affirmée de nos jours. À cet égard, on peut citer en exemple la création par l'Organisation des Nations Unies des deux Tribunaux Pénaux Internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda (en 1993 et en 1994 respectivement) qui achèveront bientôt leurs mandats et dont l'héritage influera sur l'évolution future du droit pénal international[9]. Un autre exemple est l'adoption du Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI) à Rome en 1998. La *subjectivité* internationale des particuliers devient donc inéluctablement liée au thème de la *responsabilité* internationale (limitée par le passé à celle des Etats, et récemment élargie à celle des organisations internationales)[10].

La Charte des Nations Unies elle-même (article 95) laisse prévoir la création de nouveaux tribunaux internationaux, et aucune disposition de cet instrument, ni-même le Statut de la CIJ, ne réserve à cette dernière le monopole du règlement (judiciaire) pacifique des différends internationaux, ou ne lui subordonne indument ces autres tribunaux internationaux. Le plus important ici, c'est la nécessité de réaliser la justice au niveau international et, à cette fin, le droit international contemporain se trouve mieux équipé grâce à ces nouvelles juridictions internationales.

III. LE DIALOGUE ENTRE LES TRIBUNAUX INTERNATIONAUX CONTEMPORAINS

La coordination et le dialogue entre les juridictions internationales jouent un rôle important, étant donné qu'à nombre d'égards, les efforts déployés par ces institutions sont complémentaires. Chaque juridiction internationale a son importance, selon le domaine du droit international dont il est question. En dernière analyse, ce qui importe vraiment, c'est la réalisation de la justice internationale plutôt qu'une vaine recherche d'antagonismes sans intérêt. Il n'y a pas de hiérarchie

9 Cf. à ce sujet: [Plusieurs Auteurs,] *2007, l'année des bilans: Leçons et perspectives face à la clôture des premiers tribunaux internationaux*, Paris, I.J.T., 2007, pp. 11-119; TPY, *ICTY Manual on Developed Practices, as Part of a Project to Preserve the Legacy of the ICTY*, La Haye/Turin, ICTY/UNICRI, 2009, pp. 1-219.

10 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6e éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2014, ch. XXVII, pp. 611-619 et 705-725.

entre les juridictions internationales et chacune d'entre elles doit s'attacher, avant tout, à rendre des jugements bien-fondés.

Les Cours internationales des droits de l'homme sont parvenues à une certaine coordination de leur travail. Pendant les cinq années où j'ai eu l'honneur de présider la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIADH, de 1999 à 2004), des réunions annuelles de délégations de cette dernière et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ont été organisées (en alternance, à San José du Costa Rica et à Strasbourg), débouchant sur un dialogue fructueux et stimulant une fertilisation jurisprudentielle enrichissante dans les années qui ont suivis[11]. Ces deux juridictions, ainsi que la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) nouvellement créée, ont tenu leur première réunion conjointe à Strasbourg le 8 et le 9 décembre 2008[12] (cf. *infra*).

L'harmonie institutionnelle et jurisprudentielle entre les juridictions internationales contemporaines ne peut être réalisée qu'en maintenant un dialogue marqué par le respect mutuel, et non en s'éparpillant dans la recherche d'une suprématie des unes sur les autres, laquelle n'existe pas et ne saurait exister. En somme, la multiplicité et l'expansion des juridictions internationales est, selon moi, un phénomène extrêmement rassurant, étant donné qu'il est toujours mieux de régler des contentieux de diverses natures en se

---

11 Sur cette fertilisation jurisprudentielle, cf., récemment, A.A. Cançado Trindade, "Contemporary International Tribunals: Their Jurisprudential Cross-Fertilization Pertaining to Human Rights Protection", *in The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2011) - I, Oceana, N.Y., 2012, pp. 309-319; A.A. Cançado Trindade, "Contemporary International Tribunals: Their Continuing Jurisprudential Cross-Fertilization, with Special Attention to the International Safeguard of Human Rights", *in The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2012) - I, Oceana, N.Y., 2013, pp. 181-188; ECtHR, *Research Report - References to the Inter-American Court of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2012, pp. 1-20; A.A. Cançado Trindade, "Contemporary International Tribunals: Their Continuing Jurisprudential Cross-Fertilization, in Their Common Mission of Imparting Justice", *in The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2013) - I, Oceana, N.Y., 2014, pp. 155-160.

12 Cf., au sujet de cette réunion, A.A. Cançado Trindade, "Quelques réflexions à l'occasion de la première Réunion des trois Cours régionales des droits de l'homme", 9 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2009), pp. 229-239; Ph. Weckel, "La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 113 *Revue générale de droit international public* (2009), pp. 5-17.

fondant sur la primauté du droit et par des moyens judiciaires, et non par un recours unilatéral à la force que rien ne justifie. La réalisation de la justice sur le plan international est le dénominateur commun qui devrait réunir tous les tribunaux internationaux et guider ou orienter leur travail.

La coexistence de nombreuses juridictions internationales contemporaines a fait prendre conscience de l'urgente nécessité d'une coordination de leurs activités. C'est ainsi qu'à deux reprises, ces dix dernières années, ces institutions se sont réunies pour entamer un dialogue. Cela s'est passé à l'occasion, respectivement, du cinquantième anniversaire de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE - Tribunal de l'Union Européenne) à Luxembourg, les 3 et 4 décembre 2002, et du centenaire de la création de l'ancienne Cour de Justice Centraméricaine, à Managua, les 4 et 5 octobre 2007. La réunion de Luxembourg s'est déroulée en présence des présidents de six juridictions internationales[13] et de juges d'autres juridictions.

Dans le dialogue qui a suivi, - dialogue précisément axé sur la coexistence des juridictions internationales contemporaines, - a prévalu l'idée selon laquelle il fallait chercher à établir entre elles la meilleure coordination possible (et aussi à éviter des contradictions jurisprudentielles), compte tenu des caractéristiques des compétences propres à chacune, et de l'absence de hiérarchie parmi elles. Une attention particulière a été accordée, à partir de ce moment, à la coordination entre deux juridictions internationales, la Cour de Justice des Communautés Européennes (Luxembourg) et la CEDH (Strasbourg). Cela a permis d'apaiser les tensions qui s'étaient fait jour entre ces deux juridictions, et a beaucoup contribué depuis lors à une meilleure coordination de leurs activités. Il est important de noter que cette réunion, la première de ce genre, a jeté des bases propices au dialogue inter-institutionnel entre les juridictions internationales contemporaines, créant entre elles un climat de plus grande confiance réciproque.

Cinq ans plus tard, les juridictions internationales se sont de nouveau réunies, les 4 et 5 octobre 2007 à Managua, au Nicaragua,

13 Les présidents de la Cour hôte (le juge G.C. Rodríguez Iglesias), de la Cour Internationale de Justice (le juge G. Guillaume), de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (le juge L. Wildhaber), de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (le juge A.A. Cançado Trindade), de la Cour de Justice de la Communauté Andine (le juge R. Vigil Toledo), et de la Cour de Justice Centraméricaine (le juge R. Chamorro Mora).

cette fois à l'invitation de la Cour de Justice Centraméricaine. Des juges de onze institutions ont participé à cette réunion[14] et se sont répartis en trois commissions de travail: une commission composée de représentants des trois juridictions à caractère universel, une deuxième de ceux des trois cours régionales des droits de l'homme et une troisième de ceux des autres tribunaux d'intégration (économique) régionale ou sous-régionale. Contrairement à la réunion de Luxembourg en 2002 (cf. *supra*), la réunion de Managua en 2007 a donné lieu à l'adoption d'un document final (le *Communiqué de Managua* de 2007); étant donné que cette réunion était organisée pour célébrer le centenaire de la création de l'ancienne Cour de Justice Centraméricaine (1907-1917), le communiqué a rendu hommage à la contribution novatrice de cette Cour à la reconnaissance du *jus standi* des particuliers devant la justice internationale[15].

Le communiqué de Managua, qui a été adopté le 5 octobre 2007, réaffirme les principes et les buts de la Charte des Nations Unies, et les obligations qu'ont tous les Etats, en leur qualité de membres de la communauté internationale, de "respecter fidèlement les normes et les principes du droit international"[16]. Ce document souligne ensuite que "la finalité ultime de l'État de droit (*rule of Law/Estado de Direito/ Estado de Derecho*) est la personne humaine et la protection des droits de celle-ci"[17]. Il indique en outre que l'établissement de juridictions internationales permanentes "constitue une contribution précieuse au renforcement du droit international", au profit d'un monde plus sûr et plus stable, "régi par le droit et la justice"[18].

En reconnaissant que "la justice est consubstantielle à l'État de droit", il rappelle que l'établissement de juridictions internationales permanentes constitue "un progrès considérable" pour "l'humanité",

---

14 Des juridictions à caractère universel (la CIJ, le TIDM et la CP), et régional (la CEDH, la CIADH, la CADHP, la CJCE, la Cour de Justice Centraméricaine, la Cour de Justice de la Communauté Andine, la Cour de Justice du CARICOM, le Tribunal Permanent de Révision du Mercosur).

15 Communiqué de Managua de 2007, p. 3 (distribution interne). Et, à ce sujet, cf. C.J. Gutiérrez, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José du Costa Rica, Ed. Juricentro, 1978, pp. 31-158; A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", *24 Netherlands International Law Review* (1977), pp. 373-392, esp. pp. 376-377.

16 Communiqué *cit. supra* n. (15), p. 2 (distribution interne).

17 *Ibid.*, p. 3.

18 *Ibid.*, p. 2.

dans les domaines "de la justice internationale générale, du droit relatif à l'intégration, des droits de l'homme, du droit de la mer et du droit pénal international"[19]. Je garde de très bons souvenirs des réunions de Luxembourg en 2002 et de Managua en 2007. Aujourd'hui, à la mi-2015, il semble être grand temps d'envisager la possibilité de reprendre ce dialogue, à l'occasion d'une nouvelle réunion de ce type.

IV. L'IMPORTANCE DU DROIT D'ACCÈS *LATO SENSU* DES INDIVIDUS À LA JUSTICE INTERNATIONALE

Dans mon intervention à l'occasion de la première réunion susmentionnée des trois Cours régionales des droits de l'homme (Strasbourg, 8-9 décembre 2008), j'ai appelé l'attention des participants sur l'importance d'assurer le droit d'accès *lato sensu* des individus à la justice internationale (*jus standi* devant la CEDH, et *locus standi in judicio* devant la CIADH et la CADHP)[20]. Ce droit d'accès à la justice internationale constitue un saut qualitatif fondamental dans l'évolution du Droit International des Droits de l'Homme. Cette évolution attribue aux différents participants dans la procédure le rôle qui leur revient; contribue à une meilleure instruction du procès; et assure le maintien du principe du contradictoire, essentiel à la recherche de la vérité et au triomphe de la justice sous les Conventions internationales des droits de l'homme.

En plus, la même évolution historique reconnaît que la confrontation directe des individus demandeurs et des Etats défendeurs est un aspect essentiel de la procédure contentieuse internationale relative aux droits de l'homme; reconnaît le droit à la libre expression des victimes présumées elles-mêmes, garantie essentielle de l'équité et de la transparence de la procédure; enfin, et surtout, assure l'égalité des parties (*equality of arms*/égalité des armes) tout au long de la procédure suivie par les Cours[21]. Nous assistons ainsi à un renforcement progressif de la capacité procédurale des individus dans les instances introduites au titre des Conventions des droits de l'homme, avec l'évolution graduelle des *interna corporis* des

19 *Ibid.*, p. 2.

20 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Quelques réflexions à l'occasion de la première Réunion des trois Cours régionales...", *op. cit. supra* n. (12), pp. 229-239.

21 Cf., à l'appui de cette position, A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96.

Cours régionales (cf. *supra*), mais aussi de l'interprétation de diverses dispositions des Conventions, à la lumière de leur objet et but.

En ce qui concerne la subjectivité active des individus, le droit de pétition individuelle internationale représente le dernier espoir de ceux qui n'ont pas obtenu justice au niveau national. L'accès direct des individus à la justice internationale permet aux intéressés de revendiquer leurs droits lorsqu'ils sont victimes de manifestations d'un pouvoir arbitraire et donne un contenu éthique aux normes tant du droit interne que du droit international. L'introduction du *locus standi in judicio* dans la procédure suivie par la Cour, avec la pleine participation de tous les individus, a été essentielle, représentant le dernier espoir de ceux qui semblaient abandonnés de la justice.

Les progrès que représentent les changements des *interna corporis* des Cours internationales des droits de l'homme doivent nécessairement être appréciés conjointement avec leurs avancées jurisprudentielles. En ce qui concerne la CIADH, par exemple, dans un avis historique, - l'Avis Consultatif nº 16, rendu le 1er octobre 1999, - sur le *Droit d'Information sur l'Assistance Consulaire dans le Cadre des Garanties d'un Procès Équitable*, la CIADH a reconnu la cristallisation, dans le cadre des droits de l'homme, d'un vrai droit subjectif à l'information sur l'assistance consulaire (dont tout être humain peut se prévaloir lorsqu'il se trouve privé de liberté dans un autre pays); elle a ainsi rejeté la perspective traditionnelle et purement interétatique adoptée en la matière[22] et a étendu la protection garantie par la Convention Américaine à de nombreux migrants pauvres qui se trouvaient sans défense[23].

S'agissant des affaires contentieuses, dans mes Opinions Individuelles jointes aux arrêts rendus par la Cour il y a presque

22 En fait, il n'est plus possible d'examiner le Droit international comme un tout dans une perspective strictement interétatique; cf. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), pp. 31-439; A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part II", 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), pp. 19-312.

23 Cette perspective nouvelle a ensuite été exprimée par la Cour dans un autre avis Avis Consultatif novateur, l'Avis Consultatif nº 18, du 17.09.2003, sur la *Condition Juridique et les Droits des Migrants sans Papiers*, qui revêt une importance capitale dans le monde d'aujourd'hui en ce qui concerne le respect du principe fondamental d'égalité et de non-discrimination (y compris l'égalité devant la loi).

deux décennies - arrêts des 30 et 31.01.1996 sur les exceptions préliminaires, dans les affaires *Castillo Páez* et *Loayza Tamayo c. Pérou*, - j'ai avancé des arguments tendant à accorder aux requérants individuels le *locus standi in judicio* à toutes les étapes de la procédure (pars. 14-17). Dans une longue Opinion Concordante que j'ai jointe à l'arrêt rendu le 04.09.1998 par la Cour (exceptions préliminaires) dans l'affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, j'ai jugé opportun de souligner le caractère *fondamental* du droit de pétition individuelle (article 44 de la Convention Américaine), en le qualifiant de "pierre angulaire de l'accès des individus au mécanisme de protection de la Convention américaine" (pars. 3 et 36-38)[24]. Après avoir passé en revue l'*historia juris* de ce droit de pétition (pars. 9-15) et de l'élargissement de la notion de "victime" dans la jurisprudence internationale se rapportant aux traités des droits de l'homme (pars. 16-19), j'ai fait référence à l'*autonomie* du droit de pétition individuelle *vis-à-vis* du droit interne des Etats (pars. 21, 27 et 29), en ajoutant:

> Avec l'accès des individus à la justice internationale, à travers l'exercice du droit de pétition individuelle, la reconnaissance du fait que les droits de l'homme à protéger sont inhérents à la personne humaine et non une émanation de l'Etat trouvait son expression concrète. Par conséquent, l'action tendant à leur protection ne s'épuise pas - ne peut pas s'épuiser - dans l'action de l'Etat.(…)
>
> Sans cet accès à une instance internationale, la justice n'aurait jamais été obtenue en ce qui les concerne (...). C'est par l'exercice libre et entier du droit de pétition individuelle que les droits consacrés par la Convention prennent effet. (pars. 33 et 35)

Plus tard, dans l'Opinion Concordante que j'ai jointe à l'arrêt rendu le 28.02.2003 par la CIADH dans l'affaire des *Cinq Retraités c. Pérou*, j'ai suivi la même ligne de raisonnement: avec l'affirmation de la personnalité et de la capacité juridiques de l'individu était venu le temps de surmonter les limitations classiques de la *legitimatio ad causam* en Droit international, qui avaient si longtemps freiné

24 À travers ce droit de pétition, - "une conquête définitive du Droit International des Droits de l'Homme», s'est opéré "*le sauvetage historique* de la position de l'être humain comme sujet du Droit International des Droits de l'Homme, doté de la pleine capacité procédurale internationale"(pars. 5 et 12).

le "développement progressif [de ce droit] vers la construction d'un nouveau *jus gentium*" (par. 24). Cette idée se retrouve en évolution, dans ce sens, dans la jurisprudence de la CIADH en matière non seulement contentieuse mais aussi consultative, comme l'illustre l'Avis Consultatif nº 17 sur la *Condition Juridique et les Droits de l'Enfant* (28.08.2002), dans lequel la CIADH, suivant le même ordre de pensée, a soutenu l'émancipation juridique de l'être humain en mettant l'accent sur le renforcement de la personnalité juridique de l'enfant, comme vrai sujet de droits et non comme simple objet de protection; tel est de fait son *Leitmotiv* dans cet Avis[25].

Auparavant déjà, l'affaire contentieuse des "*Enfants de Rue*" (affaire *Villagrán Morales et autres c. Guatemala*, 1999-2001), qui a fait jurisprudence, avait révélé toute l'importance de l'accès direct des individus à la justice internationale en ce qu'il permet aux intéressés de revendiquer leurs droits contre les manifestations d'un pouvoir arbitraire et donne un contenu éthique aux normes du droit public tant interne qu'international[26]. L'arrêt rendu quatre ans plus tard, le 02.09.2004, en l'affaire de l'*Institut de Rééducation des Mineurs c. Paraguay*, atteste une fois de plus, comme je l'ai souligné dans mon Opinion Individuelle (pars. 3-4), que l'être humain, aussi défavorable que soit sa situation, est devenu un sujet du Droit International des Droits de l'Homme, doté de la pleine capacité juridico-procédurale internationale.

---

25 Affirmé avec force aux paragraphes 41 et 28.

26 Dans cette affaire historique, les mères (et une grand-mère), aussi pauvres et abandonnées que les victimes elles-mêmes, ont eu accès à la justice internationale: elles ont comparu devant la Cour et, grâce aux arrêts rendus en leur faveur quant au fond et aux réparations qui leur ont été accordées, ont à tout le moins pu recouvrer leur foi en la justice humaine. - Dans l'Opinion Individuelle que j'aie jointe en l'affaire des "*Enfants de Rue* " (réparations, arrêt du 31.05.2001), j'ai estimé nécessaire de préciser que la souffrance des personnes les plus humbles et les plus vulnérables avait des répercussions sur l'ensemble de leur communauté ou milieu social, et que leurs parents proches, qui subissent le supplice du silence et de l'indifférence, imprègnent de leur souffrance toute la communauté (par. 22). Plus tard, des personnes abandonnées et oubliées de tous ont, dans leur quête de la justice, saisi une juridiction internationale des droits de l'homme, comme, e.g., dans les affaires des membres des communautés *Yakye Axa* (arrêt du 17.06.2005) et *Sawhoyamaxa* (arrêt du 29.03.2006), concernant le Paraguay. Dans ces deux dernières affaires, les victimes, chassées de leurs foyers et de leurs terres ancestrales, socialement marginalisées et exclues, ont pu accéder à une juridiction internationale, devant laquelle elles ont finalement obtenu justice.

Les affaires susmentionnées des *"Enfants de Rue"* et de l'*Institut de Rééducation des Mineurs* fournissent d'éloquents exemples de la nécessité d'assurer la titularité à part entière des pétitionaires (des droits protégés par la Convention), affirmée et exercée devant la Cour, même dans les circonstances les plus adverses[27]. Outre ces exemples, bien d'autres affaires pourraient être évoquées, concernant personnes détenues dans des conditions inhumaines, expulsées de leurs maisons, en situation de migrants sans papiers, et personnes totalement sans défense, comptant parmi elles les survivants et les proches des victimes fatales de massacres, qui ont néanmoins eu accès à la justice internationale.

L'affaire de l'*Institut de Rééducation des Mineurs c. Paraguay* témoigne la capacité des oubliés du monde à accéder à la justice internationale. La CIADH, dans son arrêt susmentionné du 02.09.2004, en reconnant l'importance des réformes historiques introduites par le Règlement, adopté le 24.11.2000 et entré en vigueur le 01.06.2001, s'est prononcé, de conformité avec son nouveau Règlement, en faveur des *titulaires* de droits sous la Convention, en leur accordant le *locus standi in judicio* à *toutes* les étapes de la procédure contentieuse[28].

---

27 Dans l'affaire de l'*Institut de Rééducation des Mineurs*, trois incendies avaient éclaté, causant des morts et des blessés parmi les jeunes detenus; mais la cause des victimes, en dépit de la capacité juridique limitée de celles-ci en tant que mineurs, a été portée devant une juridiction internationale des droits de l'homme, ce qui conforte l'idée que la titularité de ces droits découle directement du Droit international.

28 Cf., à ce sujet, A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional", *in XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA* (2001), pp. 33-92; A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du droit international", *in Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au doyen G. Cohen-Jonathan,* tome I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 251-365. - Ces réformes prendront effet plein le jour où elles seront consolidées par un Protocole d'amendements à la Convention Américaine destiné à renforcer le mécanisme de protection que celle-ci prévoit, comme celui que j'ai préparé et présenté, en qualité de Rapporteur et Président de la Cour, à l'OEA, en mai 2001, et qui reste aujourd'hui encore à l'ordre du jour de l'Assemblée Générale de l'OEA; cf. A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, 1re éd., San José du Costa Rica, CIADH, 2001, pp. 1-669 (réédité en 2003).

Le droit de l'accès à la justice ne se réduit pas à l'accès formel à un tribunal au niveau national ou international. Comme le soulignent plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme, cet accès à la justice au niveau national fait partie de la protection internationale elle-même, comme indiqué dans les dispositions relatives au droit à un recours interne effectif et aux garanties d'un procès équitable. Sans ces derniers, il n'y a pas d'accès à la justice, lequel inclut le droit de tout individu à ce que sa cause soit entendue équitablement, avec les garanties judiciaires et la préeminence du droit. Le droit d'accès *lato sensu* à la justice comprend également les réparations éventuellement dues aux victimes et, - comme reconnu par les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme, - l'exécution complète et fidèle de leurs arrêts .

V. LA SAUVEGARDE DE L'INTÉGRITÉ DE LA JURIDICTION INTERNATIONALE DE PROTECTION

Le droit d'accès des individus à la justice internationale a pour pendant l'assurance de l'intégrité de celle-ci. La CIADH et la CEDH ont été conscientes de cette nécessité. Dans leur jurisprudence constante, comme, plus généralement, dans le Droit International des Droits de l'Homme dans son ensemble, le processus d'interprétation des traités des droits de l'homme a clairement mis l'accent sur l'objet et le but de ces traités, aux fins d'assurer la protection effective *(effet utile)* des droits qui y sont garantis. La CEDH et la CIADH ont insisté sur le caractère *objectif* des obligations énoncées dans les Conventions Européenne et Américaine des Droits de l'Homme, l'interprétation desquelles s'est inscrite dans un processus dynamique propre à répondre à l'évolution des besoins en matière de protection.

Particulièrement significative est la position adoptée par les deux Cours en ce qui concerne l'examen d'importantes questions d'interprétation et d'application des deux Conventions, comme la sauvegarde de l'intégrité du droit de pétition individuelle et de la base de leur compétence propre en matière contentieuse. Ces dispositions (relatives au droit de pétition individuelle et à la base de leur juridiction) sont rouages essentiels du mécanisme par lequel l'objectif d'émancipation de l'individu *vis-à-vis* de son propre Etat peut être atteint[29]. Ainsi qu'il ressort de sa jurisprudence, la CIADH

29 A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional

et la CEDH ont, à juste titre, opposé des limites au volontarisme étatique; préservé l'intégrité des Conventions et la primauté des considérations d'*ordre public* sur la volonté des Etats individuels; établi des critères plus stricts en matière de comportement étatique, ainsi qu'un certain degré de contrôle sur l'imposition, par les États, de restrictions injustifiables; et amélioré de manière rassurante le statut des individus en tant que sujets du Droit International des Droits de l'Homme, dotés d'une pleine capacité procédurale.

VI. L'HUMANISATION DU DROIT INTERNATIONAL ET L'ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU *JUS GENTIUM*

J'en viens maintenant à mes réflexions suivantes, sur l'humanisation du droit international contemporain et l'émergence d'un nouveau *jus gentium*. Comme je l'ai souligné dans un ouvrage récent,

> Les écrits des 'pères fondateurs' du droit international au cours des XVIème et XVIIème siècles, particulièrement F. Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, A. Gentili et S. Pufendorf, concevaient la *civitas maxima gentium* comme constituée des êtres humains organisés socialement et politiquement en des Etats émergents, coextensifs avec l'humanité elle-même. (...) Le monde a entièrement changé après les idées développées par F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili, H. Grotius, S. Pufendorf et C. Wolff, mais les aspirations humaines à la réalisation de la justice et la préservation de la paix restent les mêmes dans cette première décennie du XXIème siècle. (...)
>
> Dans la cosmovision des 'pères fondateurs' du droit des gens, les individus, les groupes sociaux, les peuples, et les Etats étaient coextensifs avec l'humanité elle-même, toute entière. En effet, on reconnaît aujourd'hui la nécessité de restituer à la personne humaine la position centrale qui lui est due, en tant que *sujet du droit tant interne qu'international.* (...) Le nouveau *jus gentium* contemporain se caractérise, dans ce particulier, par l'incontestable expansion de la personnalité juridique internationale, accompagné par l'expansion correspondante de la responsabilité juridique internationale. En dépit de toutes

y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario (Noviembre de 1999)*, tome I, San José, CIADH, 2001, pp. 3-68.

> les adversités, les droits universels de la personne humaine s'affirment aujourd'hui avec une plus grande vigueur.

Et je m'ai permis ajouter que

> La personne humaine a enfin reconquis la position centrale qui lui était réservée dans l'ordre juridique international contemporain. (...) Nous sommes aujourd'hui témoins de l'indéniable consolidation de la personnalité juridique de la personne humaine, en tant que véritable sujet du droit des gents, et non plus en tant que simple objet de protection. (...) La réalisation du but de la sauvegarde pleine et de la prévalence des droits inhérents à l'être humain, quelles que soient les circonstances, correspond au nouvel *ethos* du monde actuel. Les avancées dans cette direction, telles que je les perçois, constituent, en ce début du XXIème siècle, une manifestation claire de la *conscience juridique universelle*, laquelle, à mon avis, est la source *matérielle* ultime du droit international, ainsi que du Droit dans son ensemble[30].

L'octroi, par le Règlement de la CIADI, du *locus standi in judicio* (à partir de 2000-2001) aux personnes exerçant devant la Cour leur droit de pétition, et ce, à toutes les étapes de la procédure, constitue peut-être le progrès juridico-procédural le plus important du point de vue du perfectionnement du mécanisme de protection de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, depuis que cette dernière est entrée en vigueur, voilà près de trois décennies. Ce changement représente la conséquence logique de la conception et de la formulation des droits que la Convention impose de protéger sur le plan international, auxquelles doit nécessairement correspondre, pour les pétitionnaires, la pleine capacité juridique des pétitionnaires de revendiquer ces droits. Grâce à cette initiative historique de la CIADH, les individus se sont vu reconnaître le statut de sujets du Droit International des Droits de l'Homme, dotés d'une capacité juridico-procédurale internationale.

La notion même de "victime" a élargi dans le Droit International des Droits de l'Homme, et le même s'est passé avec le contenu matériel du *jus cogens*[31], comme j'ai eu occasion de souligner dans

30 A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens: l'Accès des individus à la justice internationale - Le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 145-149.

31 Cf. A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité*

mon Opinion Individuelle dans l'affaire de *La Cantuta c. Pérou* (arrêt du 29.11.2006):

> Au fil des années, au sein de cette Cour, j'ai insisté sur la nécessité de reconnaître et d'identifier le *jus cogens*, et j'ai contribué, dans de nombreuses Opinions Individuelles (dans l'exercice des fonctions contentieuses et consultatives de la Cour), à l'élaboration de la doctrine concernant l'élargissement du contenu matériel du *jus cogens* et des obligations *erga omnes* de protection correspondantes, en leurs dimensions tant horizontale (*vis-à-vis* la communauté internationale dans son ensemble) que verticale (se rapportant aux relations de l'individu avec la puissance publique, des entités non étatiques et d'autres individus). Ainsi la notion même de 'victime' visée par la Convention américaine a-t-elle évolué et les paramètres de la protection due aux justiciables ainsi qu'au cercle des personnes protégées ont-ils été élargis[32].

Le *jus cogens* résiste aux crimes d'État et prévoit des sanctions, en vertu de l'engagement immédiat de la responsabilité internationale *aggravée* de l'État. Les réparations dues à raison de ces crimes s'accompagnent de la triple obligation d'enquêter, de juger et de sanctionner les responsables de crimes d'État (commis par action ou par omission). Le Droit ne cesse pas d'exister dès lors que ses normes sont violées, comme voudraient le faire accroire les "réalistes", emportés par leur inéluctable et pathétique idolâtrie de la puissance établie. Bien au contraire, le droit impératif (*jus cogens*) réagit immédiatement à de telles violations et impose des sanctions.

Cette jurisprudence a été confirmée par la CIADH – en ce qui concerne la prescription – dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bulacio c. Argentine*, le 18.09.2003. L'ensemble des considérations développées ultérieurement dans la jurisprudence de la Cour à ce propos, en ce qu'elles tendent à imposer des limites au volontarisme étatique, sont révélatrices du processus historique d'*humanisation* du droit international et de l'émergence d'un nouveau *jus gentium*[33].

Jurídico Interamericano, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1-15.

32 Cf. mon Opinion Individuelle dans l'affaire de *La Cantuta c. Pérou*, jointe à l'arrêt rendu par la CIADH le 29.11.2006, par. 60.

33 Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed. rev., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726.

Ce processus est en marche et témoigne d'une nouvelle conception des relations entre l'autorité publique et l'être humain[34], conception qui, en définitive, revient à reconnaître que l'État existe pour l'être humain, et non l'inverse.

VII. LA CONDAMNATION DES CRIMES D'ÉTAT

L'élargissement progressif du contenu matériel du *jus cogens*, à travers la jurisprudence de la CIADH[35], a eu lieu *pari passu* avec la récente condamnation judiciaire des auteurs de violations *graves* des droits de l'homme. En fait, au cours de la dernière décennie, la Cour s'est prononcée sur un nouveau cycle d'affaires contentieuses, portant sur des *massacres*, constitutifs, à mon sens, de vrais *crimes d'État*[36]. Ces crimes avaient été planifiés aux plus hauts niveaux du pouvoir et exécutés dans le cadre de véritables politiques d'État visant à l'extermination systématique d'êtres humains.

Des références peuvent être faites, à cet égard, pour une étude de la matière, par exemple, aux arrêts rendus par la Cour dans les affaires suivantes, portant sur des massacres, à savoir: *Barrios Altos c. Pérou* (14.03.2001), *Caracazo c. Venezuela* (29.08.2002), *Plan de Sánchez c. Guatemala* (29.04.2004), *19 Marchands c. Colombie* (05.07.2004), *Communauté Moiwana c. Suriname* (15.06.2005), *Mapiripán c. Colombie* (15.09.2005), *Pueblo Bello c. Colombie* (31.01. 2006), *Ituango c. Colombie* (01.07.2006), *Montero-Aranguren et autres (Retén de Catia) c. Venezuela* (05.07.2006), *Prison de Castro Castro c. Pérou* (25.11.2006), *La Cantuta c. Pérou* (29.11.2006).

D'autres références peuvent encore être faites aux décisions de la même Cour rendues dans des affaires concernant des assassinats,

---

34 Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection", 17 *Italian Yearbook of International Law* (2007), pp. 7-24; A.A. Cançado Trindade, "The Human Person and International Justice", 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (2008), pp. 16-30.

35 Cf., sur ce sujet, A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1-15; A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", *in* XXXV *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29.

36 Pour une étude générale, cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

et autres crimes, planifiés au plus haut niveau du pouvoir étatique et exécutés sur ordre de celui-ci, telles que dans les affaires de *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (arrêt du 25.11.2003) et de *Goiburú et autres c. Paraguay* (arrêt du 22.09.2006). Il est significatif que des affaires de massacres, tombées dans l'oubli pendant des décennies, soient aujourd'hui portées devant un tribunal international des droits de l'homme, comme exemplifié par ces arrêts de la CIADI, et que les États responsables ont été condamnés par celle-ci.

Dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay* (arrêt du 22 septembre 2006) se rapportant à l'"Opération Condor", de sinistre mémoire, menée par les "services de renseignements" du cône sud de l'Amérique du Sud (à l'époque des dictatures des années 1970 et 1980), la Cour a finalement repris la thèse que j'avais soutenue pendant plus de deux ans[37], en élargissant effectivement le contenu matériel du *jus cogens* de telle sorte qu'il couvre le droit d'accès à la justice aux niveaux tant national qu'international. L'élargissement progressif du contenu matériel du *jus cogens* a eu lieu *pari passu* avec la récente condamnation judiciaire des violations *graves* des droits de l'homme et de massacres constitutifs, à mon sens, de véritables crimes d'État[38].

VIII. LA JUSTICE OBJECTIVE ET LA FORMATION ET CONSOLIDATION DU DROIT DE PROTECTION (LE *JUS NECESSARIUM*)

On ne peut manquer de s'apercevoir que les affaires portées devant les juridictions internationales représentent seulement une infime partie des nombreuses injustices et exactions quotidiennement commises contre des êtres humains et des populations dans le monde entier. C'est cela qui devrait préoccuper les jusinternationalistes, et non les faux problèmes qui mettent l'accent sur la délimitation des compétences ou sur la concurrence entre les institutions. Il

37 Cf. le texte de mon Opinion Individuelle dans cette affaire, reproduit *in*: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, Mexique, Ed. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 779-804.

38 Dans les Opinions Individuelles que j'ai rédigées et présentées dans les affaires *Goiburú et autres* (pars. 62-68, texte *in ibid*., p. 801-804), *Almonacid Arellano c. Chili* (arrêt du 26.09.2006, pars. 58-60 de l'Opinion) et *La Cantuta c. Pérou* (arrêt du 29.11.2006, pars. 49-62 de l'Opinion), j'ai souligné l'importance que revêt cet élargissement du contenu matériel du *jus cogens*.

importe que toutes les juridictions internationales contemporaines agissent de manière régulière et sans répit dans le monde brutal où nous vivons. Elles répresentent le dernier espoir des victimes de sauvegarder leur dignité et des droits que les sont inhérents.

Je pense précisément que la multiplicité rassurante des juridictions internationales contemporaines, qui forment un réseau polycentrique, est révélatrice des progrès considérables qui ont été accomplis dans le domaine de la quête de la réalisation de l'idéal de justice internationale. Au lieu de menacer de "fragmenter" le droit international, les multiples juridictions internationales contemporaines ont permis de développer et de mener à bien la capacité pour le droit international de régir de manière efficace des relations qui ont leur particularité – sur le plan interétatique mais aussi sur le plan intra-étatique, et qui supposent une connaissance spécialisée de la part des juges – de manière à répondre aux nouveaux besoins de la communauté internationale en matière de réalisation de la justice.

Dans le domaine qui est le leur, les Cours internationales des droits de l'homme contribuent à garantir le respect des obligations conventionnelles qu'ont les Etats de protéger tous les êtres humains relevant de leur juridiction. Avec l'évolution du droit international des droits de l'homme, c'est le droit international public lui-même qui se trouve justifié et légitimé, parce que s'affirment les principes, concepts et catégories juridiques relevant du domaine de protection en cause, sur la base de principes fondamentalement distincts de ceux qui ont guidé l'application de ses postulats au niveau des relations strictement interétatiques[39].

Le dialogue entre les Cours internationales des droits de l'homme (à l'instar de celui qui s'était établi de façon permanente entre la CEDH et la CIADH 1999-2004, et celui de la réunion des trois Cours régionales en 2008) a favorisé un esprit de confiance mutuelle et a ouvert la voie à une remarquable fertilisation jurisprudentielle (cf. *supra*). Les convergences qui en ont résulté dans leurs jurisprudences

39 Par l'application des traités des droits de l'homme, dans le cadre du droit des traités, et également par le recours au droit international, on peut parfaitement développer l'aptitude du droit international à régir de manière adéquate les relations juridiques tant au niveau tant interétatique qu'intra-étatique, en conformité avec les traités de protection qui s'y rapportent. L'unité et l'efficacité du droit international public lui-même peut être justement mesurée par sa capacité à régir de la même manière les relations juridiques dans divers contextes.

respectives se manifestent sous divers aspects, notamment celui des méthodes d'interprétation des conventions des droits de l'homme pertinentes.

Cette convergence des jurisprudences a favorisé une communauté de vues, sur le fait, par exemple, que les traités des droits de l'homme sont dotés d'une nature spéciale (par opposition aux traités multilatéraux de type traditionnel); qu'ils ont un caractère normatif, d'ordre public; que leurs termes doivent faire l'objet d'une interprétation autonome; que leur application doit s'accompagner d'une protection effective des droits garantis (effet utile); que les obligations énoncées dans ces instruments ont un caractère objectif, et doivent être dûment respectées par les États parties, qui ont par ailleurs l'obligation commune d'exercer la *garantie collective* des droits protégés.

Par ailleurs, l'interprétation dynamique ou évolutive de leurs Conventions des droits de l'homme respectives (la dimension inter-temporelle) a été l'objectif tant de la CEDH[40] que de la CIADH[41]. L'une et l'autre ont posé, à juste titre, des limites au volontarisme des États, ont préservé l'intégrité de leurs conventions respectives et la primauté des considérations d'ordre public sur la volonté des différents États, ont défini des critères plus stricts en ce qui concerne le comportement des États et établi un certain degré de contrôle sur l'application de restrictions non justifiées par les Etats et ont, fait rassurant, renforcé la position des particuliers en tant que sujets de droit international relatif aux droits de l'homme, dotés d'une pleine capacité procédurale.

Les juridictions internationales des droits de l'homme se sont livrées à une interprétation jurisprudentielle remarquable du droit

---

40 Cf. aussi, notamment, les affaires *Tyrer c. Royaume Uni*, 1978; *Airey c. Irlande*, 1979; *Marckx c. Belgique*, 1979; *Dudgeon c. Royaume Uni*, 1981.

41 Cf., e.g., l'Avis Consultatif n° 16 sur le *Droit à l'Information sur l'Assistance Consulaire dans le Cadre de la Garantie d'un Procès Équitable*, 1999; Avis Consultatif n° 18 sur la *Condition Juridique et les Droits des Migrants sans Papiers*, 2003. Dans son 16e Avis Consultatif, Avis novateur et d'une grande importance (il a inspiré la jurisprudence internationale *in statu nascendi* à ce sujet), la CIADH a précisé que, selon son interprétation des normes de la Convention Américaine, elle devait élargir la protection à de nouvelles situations (telle que le respect du droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur la base de droits préexistants. Sur le sujet, cf., récemment, A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et les droits des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", *in Égalité et non-discrimination* (eds. A.A. Cançado Trindade et C. Barros Leal), Fortaleza/Brésil, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 7-46.

d'accès à la justice (et aux réparations) sur le plan international, contribuant ainsi à l'émancipation juridique de la personne humaine par rapport à son propre Etat. Le vieil idéal de *réalisation de la justice internationale* devient enfin réalité. Les traités relatifs aux droits de l'homme tels que les conventions européennes et américaines se sont ainsi, par cette interaction interprétative, renforcées mutuellement, dans l'intérêt supérieur des êtres humains. Cette interaction interprétative a, à sa manière, contribué à l'universalité du *corpus juris* sur la protection des droits de l'homme.

De ce qui précède, on peut déduire une manifestation importante du processus historique actuel d'humanisation du droit international (cf. *supra*), qui tend vers le nouveau *jus gentium*, celui de notre temps, dans lequel une place importante est réservée aux principes généraux du droit. À cet égard, je pense que les principes généraux du droit sont conformes au *substratum* de l'ordre juridique lui-même, et semblent indispensables (le *jus necessarium*, distinct et allant bien au-delà du simple *jus voluntarium*), et expriment l'idée d'une "justice objective" (qui est propre au mode de pensée propre au droit naturel), de portée universelle. Après tout, ce sont les principes généraux du droit qui inspirent l'interprétation et l'application non seulement de normes juridiques, mais aussi du processus de création de droit lui-même[42].

Dans cette perspective, la position essentielle d'une juridiction internationale ne peut être qu'une position de principe, qui ne permet pas de concessions non justifiées au volontarisme des États. C'est ce que j'ai rappelé à plusieurs occasions, notamment lorsque j'étais invité à l'inauguration de l'année judiciaire d'une cour homologue, la Cour européenne des droits de l'homme, dans la soirée du 22 avril 2004 au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg[43].

---

42 A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), pp. 90-92.

43 J'avais alors estimé que les deux cours, la CEDH et la CIADH, avaient, sur la base de considérations relevant de l'ordre public international, bien défini les limites au volontarisme des Etats, préservant ainsi l'intégrité de leurs mécanismes respectifs de protection des droits de la personne humaine (comme le montrent notamment les décisions rendues par la Cour européenne dans les affaires *Belilos c. Suisse* (1988), *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires, 1995) et *Ilascu, Lesco, Ivantoc et Petrov-Popa c. Moldova et Fédération Russe* (2001), ainsi que les décisions de la CIADH dans les affaires du *Tribunal Constitutionnel* et *Ivcher Bronstein c. Pérou* (compétence, 1999), et *Hilaire, Constantine et Benjamin et alli c. Trinité-et-Tobago* (exceptions préliminaires, 2001). Cf. "Discours de A.A. Cançado

En somme, nous assistons de nos jours à l'avènement du nouveau *jus gentium*, celui de notre époque, qui met l'accent sur la personne humaine et, en définitive, sur l'humanité. Les États et les organisations internationales ne sont plus les seuls sujets du droit international, dotés d'une capacité juridique internationale. L'expansion actuelle de la juridiction internationale s'accompagne *pari passu* de cette expansion de la personnalité et de la capacité juridiques internationales[44]. Le processus de juridictionnalisation que connaît actuellement le droit international se caractérise également par l'expansion de la responsabilité internationale. La multiplicité actuelle de juridictions internationales coexistantes, qui cherchent à travailler de manière coordonnée (cf. *supra*), a permis d'affirmer et de développer la capacité, pour le droit international contemporain, d'assurer l'accès à la justice et de régir de manière efficace les relations tant au niveau interétatique qu'intra-étatique, au bénéfice des êtres humains[45]. Dans le travail de ces juridictions, une place importante est accordée aux principes généraux du droit, ce qui est conforme au *substratum* de l'ordre juridique lui-même et traduit l'idée d'une justice objective, de portée universelle.

Trindade, Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *in*: Cour européenne des droits de l'homme", *in Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CEDH, 2004, p. 41-50, également reproduit *in:* A.A. Cançado Trindade, *El Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante el Funcionamiento y la Jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José du Costa Rica/Strasbourg, IACtHR, 2007, pp. 41-42, par. 13.

44 Cf. les affaires de la CIJ relatives aux *Questions concernant l'Obligation de Poursuivre ou d'Extrader* (*Belgique c. Sénégal*, mesures conservatoires, ordonnance du 28.05.2009), Opinion Dissidente du Juge Cançado Trindade, pars. 15-25; *Immunités Juridictionnelles de l'État* (*Allemagne c. Italie*, demande reconventionnelle, ordonnance du 06.07.2010, Opinion Dissidente du Juge Cançado Trindade, pars. 101-179; *Ahmadou Sadio Diallo* (*Guinée c. R.D. Congo*, arrêt du 30.11.2010), Opinion Individuelle du Juge Cançado Trindade, pars. 88-92 et 200-245; et Avis Consultatif du 22.07.2010 sur la *Conformité au Droit International de la Déclaration d'Indépendance du Kosovo*, Opinion Individuelle du Juge Cançado Trindade, pars. 169-240.

45 Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

LES DROITS DE L'HOMME ET LE RESPECT À LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE DANS LE CONTEXTE DES PRINCIPES DE LA JUSTICE RESTAURATIVE

César Barros Leal

Procureur de l'État du Ceará (Brésil); Professeur retraité de la Faculté de Droit de l'Université Fédérale de l'État du Ceará; Docteur en Droit (Université Nationale Autonome du Mexique -UNAM); Post-docteur en Études Latino-américaines (Faculté des Sciences Politiques et Sociales de l'UNAM); Post-docteur en Droit (Université Fédérale de Santa Catarina); Président de l'Institut Brésilien des Droits de l'Homme; Membre de l'Assemblée Générale et du Conseil Directeur de l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme.

Les principes de la Justice Restaurative sont nombreux et certains se confondent entre eux et avec ceux de la médiation, son *instrument de prédilection*. Le respect de ces principes – parmi lesquels excelle la DIGNITÉ HUMAINE – est fondamental comme sauvegarde contre les déviances qui peuvent compromettre l'essence du processus et le mettre en péril. Je les identifie ci-dessous:

1. LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITÉ

L'offenseur doit assumer sa responsabilité dans l'infraction commise, ce qui est considéré indispensable dans les pratiques de réparation, y compris la médiation.

Il figure dans le Préambule de l'Annexe (Principes Basiques pour l'Application des Programmes de Justice Restaurative en Matière Pénale), à la Résolution n. 2002/12 du Conseil Économique et Social des Nations Unies, que l'approche de réparation permet au délinquant de comprendre mieux les causes et les conséquences de sa conduite et d'assumer une responsabilité génuine.

Cette posture de la part de l'offenseur de l'acte (adolescent ou adulte) est la condition préalable pour résoudre le conflit et rétablir les liens rompus, en particulier entre lui et la victime.

2. LA BONNE-FOI

Le processus de réparation ne dispose pas des conditions d'avancer sans que ses participants démontrent être motivés par la bonne-foi, de façon à mériter la confiance des autres.

Il est essentiel que les acteurs du processus agissent avec honnêteté des intentions, qu'ils soient sincères et n'utilisent pas, par exemple, des stratégies retardataires qui favoriseraient une des parties.

Il revient au facilitateur d'être attentif aux gestes ou aux conduites qui peuvent traduire la mauvaise-foi. Si tel est le cas, il considère la rencontre terminée.

Je rappelle une belle leçon sur *bona fide*: "La bonne-foi (telle que la mauvaise-foi) a l'âge de l'homme. Elle est comme la "vérité" et le "mensonge". Quand on agit avec "bonne-foi", les propres actes démontreront les buts. Quand on dit la "vérité", celle-ci sera répétée autant de fois qu'il est nécessaire, de différentes façons, même en d'autres mots. Quand on agit avec "mauvaise-foi", tôt ou tard, le vice est découvert et l'auteur en répondra des conséquences. Quand on dit un mensonge, l'auteur devra le redire quatre-vingt-dix-neuf autres fois pour le soutenir. Agir avec bonne-foi est agir avec droiture, sans offenser la loi, sans malveillance, c'est être honnête. "[1]

3. LA DURÉE RAISONNABLE

Sans les entraves de la justice traditionnelle (assez critiquée par sa bureaucratie et sa morosité notoire), les démarches de réparation sont rapides et efficaces, puisque la procédure est simple, orale, et sa durée (qui dépend des caractéristiques de chaque cas, de sa nature et de sa complexité), est définie par les parties.

Prenons en compte la Convention des Droits de l'Homme (Pacte de San José – Costa Rica), qui établit dans son article 25: (1)*Toute personne a droit à un recours simples et rapide ou à tout autre recours effectif devant les juges et les tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tout acte violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, alors*

1 PEDROTTI, Irineu Antonio, PEDROTTI, William Antonio et CARLETTI, Amilcare. *Máximas Latinas no Direito Comentadas*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010, p. 155.

même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Selon la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales: *Toute personne a droit* à ce *que sa cause soit entendue de manière équitable, publiquement et dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera des litiges sur ses droits et obligations de caractère civile ou sur le fondement de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* Selon cet ordre d'idées, l'Amendement Constitutionnel n° 45/2004 (Réforme du Pouvoir Judiciaire) a été élaboré. Il inclut une nouvelle incise (LXXVIII) à l'article 5° de la Constitution Fédérale Brésilienne, selon laquelle il se doit garantir à tous, dans le siège judiciaire et administratif, la durée raisonnable du processus et les moyens garantissant la célérité de sa démarche.

Le juge Sergio García Ramirez, lors de son opinion motivée dans le cas Mack Chang (Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, le 15 novembre 2003), procès contre le Guatemala, en raison de violation des articles 4 (droit à la vie), 8 (droit aux garanties judiciaires) et 25 (droit à la protection judiciaire), de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, à l'encontre de l'anthropologue Myrna Mack Chang, exécutée de façon extrajudiciaire le 11 septembre 1990, a affirmé que:

> Le délai excessif dans l'application de la justice constitue, d'une certaine manière, un déni de justice. "Une justice lente c'est une justice déboutée", signale une ancienne maxime, citée avec récurrence. L'exigence d'observer un délai raisonnable pour la solution des controverses liées à la thématique des droits de l'homme a diverses projections au sein de ce même contexte. Dans une première hypothèse, cela s'applique au temps pour le développement d'un procès contre toute personne. C'est de cette façon que la Cour a indiqué que le "principe de délai raisonnable", auquel font référence les articles 7.5 e 8.1 de la Convention, a comme finalité d'empêcher que les accusés restent longtemps sous une accusation et de s'assurer que celle-ci soit décidée rapidement.

Il est important de ne pas confondre célérité et précipitation car il en résultera un accord inadapté ou insatisfaisant.

4. LA COMPLÉMENTARITÉ

La Justice Restaurative ne prétend pas remplacer la justice ordinaire. Les deux justices sont complémentaires et appliquent, toujours lorsque c'est possible, des mesures de réparation qui soient capables, par exemple, d'offrir des sanctions plus souples et/ou alternatives, en d'autres mots, de présenter des avantages aux personnes impliquées dans le délit.

Rien n'empêche la possibilité que les bénéfices de la Justice Restaurative soient combinés avec les exigences du système pénal classique. À titre d'exemple: "au lieu d'avoir une peine effective de vingt-cinq ans de prison, l'accusé peut recevoir une peine de quinze ans, à condition qu'il se soit rétracté auprès des victimes, qu'il ait fait des efforts pour la restauration de la victime ou qu'il soit prédisposé à faire du travail volontaire en faveur de la communauté, des victimes ou de leurs familles respectives, en prison, ou quand cela est possible, hors de prison." Dans les cas moins graves, surtout dans les segments "criminels particuliers ou semi-publics", rien n'empêche non plus "la complémentarité entre les voies judiciaires et informelles dans la résolution des problèmes concrets soulevés avec l'infraction. Les parties peuvent, par exemple, arriver à un accord sur certains points, désister ou renoncer à l'action pénale, mais nécessitent d'une tutelle civile ou arbitrale pour annuler les points restants. Pour les situations des processus pénaux en cours, la possibilité des parties de pouvoir recourir à l'autorité judiciaire compétente doit être légalement prévue jusqu'à la publication de la sentence de la première instance, de la suspension de l'instance et, concomitamment, des délais prescrits, pendant que les initiatives de médiation suivent leurs cours. Néanmoins, il serait possible de parler d'une double complémentarité entre le système de justice "officiel" et les mécanismes de Justice Restaurative." Si en terme général – conclut-on – les deux doivent coexister comme des instruments de prophylaxie et de gestion de conflits, en revanche, dans le cas concret, rien n'empêche qu'ils avancent en même temps et dans *le sens de la satisfaction des intérêts publiques et privés* résultant de la même infraction[2].

2 FERREIRA, Francisco Amado, *op. cit.*, pp. 39-40.

5. LA CONFIDENTIALITÉ

Les discussions qui sont menées à huit clos lors d'un processus de réparation devraient être confidentielles (les faits, les affirmations, les suggestions, les documents présentés). Dans certains cas et dans certains endroits, il faut exiger qu'un pacte de confidentialité soit signé afin d'assurer le secret (*pacta sunt servanda*). Cela permet un dialogue plus fluide, naturel, sincère, favorisé par l'oralité du processus de réparation. En cas d'abandon ou d'échec, rien n'est transmis à la justice ordinaire. La participation de l'acteur de l'infraction ne peut pas être utilisée comme preuve d'admission de culpabilité dans une procédure judiciaire ultérieure, civile ou criminelle.

Le paragraphe unique de l'article 9° du Projet de Loi n° 7.006/2006 prévoit que le principe de confidentialité cherche la protection de l'intimité et de la vie privée des parties.

Le paragraphe 10° de la Loi de Justice Pénale Restaurative de l'État de Durango, au Mexique, de 2009, place parmi les obligations du personnel spécialisé, celle de conserver la confidentialité, dans la qualité de secret professionnel, des thèmes auxquels ils aient pris connaissance en vertu et dans l'exercice de leur fonction.

Que faut-il pour qu'une médiation réussisse? Cela dépend en grande partie de l'assurance que les parties auront sur l'intimité avec laquelle le processus devra être conduit. Le médiateur est obligé de garder le secret sur des manifestations, de la documentation et des rapports qui seront utilisés pendant le déroulement de la médiation. Ce devoir de confidentialité doit être respecté par les parties et également par les tiers[3]. Dans ce sens: "Dans tous les cas, l'idée de confidentialité ne doit pas être seulement exigée de la part du médiateur, de la victime et de l'agresseur, et lorsqu'il y a lieu et quand cela est possible, elle doit être exigée de la part de toute personne ayant pu avoir quelconque participation dans la procédure de médiation.

3 CAVALLI, María Cristina e AVELLANEDA, Liliana Graciella Quinteros. *Introducción a la Gestión no Adversarial de Conflictos*. Madri: Editora Reus, 2010, p. 139. Cf. MAGRO, Vicente, HERNÁNDEZ, Carmelo e CUÉLLAR, J. Pablo: "Le processus de médiation est confidentiel car il se concrétise en un accord, signé par les intéressés, dans lequel s'établit les règles qui doivent les satisfaire mutuellement, garantissant que rien de ce qui se concrétise sur place puisse être extrapolé, en aucun sens, en dehors du but exclusif qui détermine de manière intrinsèque le propre processus de médiation. Le médiateur ne peut rien reproduire de ce qui a été dit dans le processus ni être appelé comme témoin puisque le secret professionnel le couvre." (op. cit., p. 11)

Dans le cas de rupture de la confidentialité par quiconque, l'auteur devra en assumer les responsabilités ". Il convient de souligner la nécessité "d'exiger la confidentialité de la part des avocats des parties qui auraient pu prendre connaissance de ce qui s'est passé lors de la médiation." Ainsi, ce principe devient un des points cruciaux de la viabilité et de *l'efficacité* de la *médiation*.[4]

Certains pensent, sûrement, qu'il pourra y avoir des exceptions, comme par exemple, quand il s'agit d'une information représentant une future menace pour les participants et pour d'autres personnes.

6. LE CONSENSUALISME

Les parties conviennent de réaliser une rencontre de réparation, respectant ses règles, telle que la confidentialité, et proposent de suivre l'accord établi.

Les processus de réparation doivent être utilisés seulement quand il y a des preuves suffisantes pour inculper le délinquant. Ces processus ne peuvent pas se passer de son consentement ainsi que celui de la victime. Tous les deux pourront retirer leurs accords à n'importe quel moment du processus.

Le Conseil de l'Europe (Recommandation n° R [99] du Comité des Ministres des États Membres, à l'égard de la médiation en matière pénale), recommande que la médiation doit s'appliquer seulement dans le cas où la victime et l'infracteur sont d'accord de façon entièrement libre (*freely consent*).

Selon Damásio Evangelista de Jesus, les pratiques de réparation présupposent un *Accord libre et pleinement conscient entre les parties impliqu*ées, puisque sans tel consensus, il n'y aurait pas d'autre alternative que la procédure traditionnelle.[5]

---

4 VILAR, Silvia Barona. *Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico.* Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2011, p. 276. La confidentialité est l'un des principes fondamentaux qui doit régler la conduite des médiateurs, conjointement avec la compétence, l'impartialité, la neutralité, l'indépendance, l'autonomie, le respect à l'ordre publique et aux lois en vigueur, en conformité avec la Résolution 125 du Conseil National de Justice.

5 JESÚS, Damásio de, "Justiça Restaurativa no Brasil", em *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária,* vol. 1, nº 21, CNPCP, Brasília, 2008, p. 18.

7. LA COOPÉRATION

La coopération est indispensable pour la qualité de l'abordage de réparation. Les personnes impliquées doivent collaborer dans la mesure de leurs possibilités, conscientes des avantages d'aboutir à un accord avantageux *erga omnes*.

L'infracteur, conscient des dommages découlés de son délit, cherchera à les réparer ou à les compenser, avec l'aide de la victime et des autres.

En réalité, nous sommes face à un processus de coopération pure, puisque l'on y observe, très précisément, une convergence d'intérêts permettant d'atteindre un résultat favorable à tous ceux qui participent à la rencontre de réparation.

8. LA DIGNITÉ HUMAINE OU L'HUMANITÉ

Dans la portée de la Justice Restaurative, il convient de respecter et de préserver, à chacune des personnes impliquées dans ses procédures, la dignité humaine, "une qualité inséparablement liée à l'être humain"[6], un principe absolu, central et inviolable, duquel émanent d'autres principes tels que l'image, le droit à la vie privée et à l'intimité, l'honneur, l'intégrité morale et la liberté.

Définie comme *de niveau supérieur* par le philosophe allemand Ernst Bloch, la dignité humaine, de tous les principes le plus universel, a été érigée comme fondement de la République Brésilienne par l'article 1° de la Constitution Fédérale. Selon lui, la République Fédérale du Brésil, constituée par l'union indissoluble des États, des Communes et du District Fédéral, se constitue en État Démocratique de Droit, et compte parmi ses fondements (au-delà de la souveraineté, de la citoyenneté, des valeurs sociales du travail et de la libre initiative et du pluralisme politique), la dignité de l'être humain.

Selon Lúcia Barros Freitas de Alvarenga, la dignité humaine est conçue comme "référence constitutionnelle unificatrice de tous les droits fondamentaux"[7], et pour Rizzato Nunes, il s'agit d'un supra-principe constitutionnel qu'"illumine tous les autres principes et

6 IPIÑA, Antonio Beristain. *La Dignidad de las Macrovíctimas Transforma la Justicia y la Convivencia (In Tenebris, Lux)*. Madri: Editora Dykinson, 2010, p. 44.

7 ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza: Uma Dimensão Hermenêutica para a Realização Constitucional*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1998, p. 223.

normes constitutionnels et infra-constitutionnels."[8] La Constitution Espagnole de 1978, dans l'article 10.1, se lit comme suit: "La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et aux droits des autres, constituent des fondements de l'ordre politique et de la paix sociale". L'affirmation que la liberté, la justice et la paix ont pour base la reconnaissance de la dignité intrinsèque et des droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine se trouve dans le Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

L'*Humanitas* ou la dignité de la personne humaine, sa centralité comme personne humaine, le respect accordé à son essence, "est une perpétuelle quête dans le droit qui provient du droit romain et traverse toute l'histoire de notre savoir, ayant subi de multiples vicissitudes, qui n'ont jamais pu occulter la permanente demande réciproque: le droit réclame toujours de l'*humanitas*, tout simplement parce que le savoir juridique n'est pas plus qu'un instrument pour la réalisation de l'être humain et, en tant que tel, il n'a pas de boussole quand il s'éloigne de l'anthropologie basique qui fait de lui une chose, qui le réduit à une chose de plus parmi d'autres choses."[9]

Cette pensée est partagée par le professeur Ignacio José Subijana Zunzunegui, de l'Université du Pays Basque (UPB), pour qui le paradigme d'humanité "doit imprégner la justice lorsqu'à la fois il répond à une structure dite "heterocomposite" – dans laquelle le juge résout une dispute entre les parties – que quand il repose sur

8 NUNES, Rizzato. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 50. Rogério Greco, Promoteur de Justice de l'État de Minas Gerais, nous parle du Droit Pénal de l'Équilibre "qui cherche à résoudre les conflits sociaux avec sérieux, en veillant seulement à protéger les biens les plus importants et nécessaires à la vie en société. Il préserve, pourtant, le principe constitutionnel de la dignité humaine, puisque le droit de liberté de ses citoyens intervient seulement dans des cas extrêmement nécessaires, puisque sans cette intervention, ça serait le chaos total." (dans *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2014, p. 177.)

9 ZAFARRONI, Eugenio Raúl. *El Humanismo en el Derecho Penal*. México: Editora Ubijus/Instituto de Formação Profissional, 2009, p. 7. Vid: "... toute cette formelle et historique proclamation que la personne humaine est porteuse d'une dignité "innée" c'est le propre du Droit à reconnaître le suivant: l'humanité qui habite en chacun de nous est en soi le fondement logique ou le titre de légitimation de telle dignité. Il ne revient pas au Droit de jouer un autre rôle, qui ne soit de la déclarer." (BRITTO, Carlos Aires. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 25)

un modèle dit "autocomposite"– dans lequel le juge homologue la solution accordée au conflit par les parties originalement en dispute. Dans la méthode "heterocomposite" se détache le renforcement du jugement en tant qu'espace dans lequel les individus parlent des faits qui façonnent leurs expériences, et la pertinence de leur transférer une réponse qui, étant fondée sur des raisons acceptables et compréhensibles, véhicule un message doté d'une haute qualité communicatrice. Dans le modèle dit "autocomposite", la priorité est attribuée à la construction d'un socle de dialogue qui s'alimente du respect, de l'écoute, de la compréhension et du rétablissement conjoint de ce qui a été endommagé.[10]

Dans cette perspective, les médiateurs assimilent l'idée qu'ils doivent traiter les parties avec *décorum* absolu. Il est supposé que les parties en agissent de même, s'efforçant à affronter le conflit de la meilleure manière.

Le Manuel des Pratiques de Réparation pour les Conciliateurs en Équité, dans le cadre du Projet de Renforcement du Secteur de la Justice pour la Réduction de l'Impunité[11] en Colombie, en faisant

---

10 ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. *El Paradigma de Humanidad en la Justicia Restaurativa*, article extrait du Web.

11 Sur l'impunité: "... il y a des effets dévastateurs pour les victimes des violations. L'impunité ne génère pas seulement un énorme sentiment de frustration et de désenchantement entre les victimes et les membres de sa famille, sinon qu'elle suppose un obstacle à la réparation, puisqu'en partie, la réparation a un rapport avec le jugement et la punition des responsables. Les réflexions de Theo van Boven sont très illustratives de cette intime relation entre la justice et la réparation quand il signale que "dans certains pays, l'inaction en ce qui concerne l'investigation et la punition va de pair avec l'inaction se référant à la réparation des victimes. Les victimes peuvent se voir privées d'importantes évidences qui s'avèrent nécessaires pour soutenir leurs demandes de réparation." (ISA, Felipe Gómez. Le texte, extrait d'une version actualisée de l'introduction [p. 34] qui figure dans le livre coordonné par l'auteur [*El Derecho a la Memoria.* Zarauz, Espanha: Instituto de Direitos Humanos Pedro Arrupe, 2006], est disponible sur le site du ILSA – Instituto Latino-americano para uma Sociedade e um Direito Alternativos, avec domicile principal la ville de Bogotá D.C., Colombie). A voir: *Conjunto de Princípios atualizado para a Proteção e a Promoção dos Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade*, Relatório de Diane Orentlicher, Nações Unidas, Conselho Econômico e Social (8 de fevereiro de 2005): Principe 33: Les procédures ad hoc permettant aux victimes d'exercer leur droit à réparation seront l'objet de la plus large publicité, y compris par les moyens de communications privés. Cette diffusion doit être assurée tant à l'intérieur du pays qu'à l'étranger, y compris par voie consulaire, spécialement dans les pays où ont dû s'exiler de nombreuses victimes. Principe 34: Le droit à réparation doit couvrir l'intégralité des préjudices subis par les victimes; il comprend des mesures relatives

allusion à la participation d'un facilitateur dans le processus de réparation, explique que le facilitateur contribuera à ce que, d'aucune façon, chacune des parties puisse être traitée de façon déshonorante. À l'inverse, le respect de la dignité paritaire, de l'égalité de toutes les personnes impliquées, facilitera l'entente et l'harmonie sociale.[12]

9. LA DISCIPLINE

Le respect de la discipline est important pour tous ceux qui sont impliqués dans le processus dans l'objectif d'établir un accord et de le lui donner continuité. Nous ne faisons sûrement pas référence seulement à l'infracteur ni à la victime, mais aussi aux représentants de la société civile et surtout à celui qui exerce les fonctions de médiateur du conflit.

Sans discipline, sans se soumettre aux règles qui guident les procédures de réparation, il est difficile de s'orienter vers une clôture satisfaisante et d'obtenir les résultats poursuivis.

10. L'ÉCONOMIE DES COÛTS

Parmi les nombreux avantages de la Justice Restaurative, on peut citer la réduction des coûts. Elle est intrinsèque aux pratiques qui dispensent le formalisme et une lourde structure en termes de matériel et de personnel[13]. Cette réduction est valable aussi bien pour l'État que pour les parties impliquées.

Quant à la médiation, il est indubitable que "le médiateur, en tant que professionnel, a le droit d'être rémunéré pour ses prestations par les parties. Cela est l'enjeu économique de plus grand impact dans une médiation, au sein de la réduction et de la modération des dépenses qui impliquent cette possibilité de résolution des conflits. Cette dépense n'est peut-être pas la seule car il peut y avoir la participation des tiers (des experts) qui devront

---

à la restitution, à l'indemnisation, à la réadaptation et des mesures satisfaisantes, conformément au droit international.

12 ALMEIDA, German Vallejo e CASTILLO, Maribel Arguello. *Manual de Prácticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad*. Bogotá: Ministério do Interior e da Justiça da República da Colômbia e União Europeia, 2008, p. 21.

13 Il s'agit d'un processus "sans le poids et le rituel solennel de l'architecture du scénario judiciaire". (SILVA, Eliezer Gomes da et SALIBA, Marcelo Gonçalves, Justiça Restaurativa, Sistema Penal, Direito e Democracia - Intercessões Ético-Discursivas, *Anais do Congresso Nacional do CONPEDI*, realisé à Brasília, pendant la période du 20 au 28 novembre 2008. Accessible sur le web).

aussi être rémunérés…Toute une série d'autres dépenses relatives aux notifications (postales), citations, utilisations des locaux, des salles ou des bureaux pour les réunions, peuvent s'y ajouter. En tout cas, la médiation se caractérise par une réduction des dépenses et par une importante modération économique dans sa "facture finale" face aux déboursements requis par un procès judiciaire."[14]. En synthèse, indépendamment du volume des frais, qui peuvent apparaître lors des cas plus complexes, ils seront toujours inférieurs au modèle punitif, sélectif, excluant, et dans ce sens, l'administration de la justice et les parties vont en bénéficier.

Concernant l'économie dans les dépenses judiciaires, la leçon d'Elias Neuman est pertinente. Selon lui, un délit de moindre gravité "mobilise la police, la justice, l'administration carcérale dans des frais monstrueux et insensés… Dans les tribunaux, d'importantes sommes d'argent sont engagées afin d'enquêter sur des conflits, alors que des modèles consensuels, comme la médiation pénale en amont du procès ou au sein même de celui-ci, permettraient de réduire fortement l'important affaiblissement économique du système."[15]

L'Association Terra dos Homens a fait un bilan sur le coût de la Justice Restaurative Juvénile au Pérou. Le programme coûte 115 dollars mensuels par adolescent, alors que la privation de liberté, dans les centres correctionnels, revient à 417 dollars par mois.

L'économie sociale, résultante d'un modèle qui montre des taux réduits de récidive, est aussi significative. Cela implique nécessairement la diminution des frais de lutte contre le crime.

11. L'ÉQUITÉ

Le belge Bruno Van Der Maat, fondateur et ex-président de l'Observatoire des Prisons de Arequipa (Pérou), lors de son exposé à l'occasion du I Congrès Mondial de Justice Restaurative Juvénile tenu à Lima en 2009), a mentionné un texte trouvé dans les tombeaux d'un juge de l'Égypte antique de la XI Dynastie (Totnakht-ânkh):

14 DIZ, Fernando Martín. *La Mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 153-154. L'auteur rajoute que le plus petit coût économique est un des principaux avantages paradigmatiques de la médiation.

15 NEUMAN, Elías. *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires: Edições Depalma, 1997, p. 31.

"J'ai jugé un cas en accord avec l'équité, de telle manière que les deux parties sont sorties avec le cœur apaisé."

Dans le cas qui nous intéresse, le terme équité (*aequitas*) consiste à traiter chacun (les parties de la rencontre) avec impartialité, de façon à ce que chacun reçoit ce que lui correspond par ses mérites ou conditions, ce qui est juste et convenable dans chaque cas ou circonstance, sans bénéficier l'un en préjudice de l'autre.

L'important est d'éviter la prise de décisions inéquitables brisant l'équilibre qui doit être préservé dans le processus.

Lorsqu'elle traite des moyens alternatifs pour la solution de controverses (des techniques de médiation, de conciliation, des comités de facilitation, de Justice Restaurative et autres formes de négociation) face au Centre de Justice Pénale Alternative, la Loi de Justice Alternative de l'État de Chihuahua, au Mexique, signale que ces moyens sont régis par divers principes, parmi lesquels celui de l'équité, car ils proportionnent les conditions d'équilibre entre les parties, permettant la composition d'accords réciproquement satisfaisants et durables.

Des Principes Basiques pour l'Application des Programmes de Justice Restaurative en Matière Pénale (Résolution n°2002/12), on en extrait le suivant: (13) Dans les programmes de Justice Restaurative, et en particulier dans les processus de réparation, on doit appliquer des sauvegardes basiques en matière de procédure garantissant *l'équité* envers le délinquant et la victime: a) avec le respect des dispositions dans la législation nationale, la victime et le délinquant ont le droit de consulter un assistant juridique à propos du processus de réparation et, au besoin, de bénéficier de services de traduction et/ou d'interprétation. Les mineurs devraient, en outre, avoir le droit d'être assistés d'un parent ou d'un tuteur; b) avant d'accepter de participer à un processus de réparation, les parties devraient être pleinement informées de leurs droits, de la nature du processus et des conséquences éventuelles de leur décision; c) ni la victime ni le délinquant ne devraient être contraints, ou incités par des moyens déloyaux, à participer à un processus de réparation ou à accepter une entente de réparation.

En se référant à la contraposition courante entre légalité et équité, Luigi Ferrajoli remarque que: "Selon une définition scolastique qui remonte à Aristote, l'équité est " la justice du cas concret". Aristote dans son analyse dans *l'Éthique* à Nicomane des relations

entre la *légalité* et l'*équité* avec la justice, a écrit que, "l'équitable, bien qu'il soit juste, n'est pas le juste conforme à la loi, mais il est plutôt un amendement de la justice légale. Cela vient de ce que toute loi est universelle, et qu'il y a des cas sur lesquels il n'est pas possible de prononcer universellement avec une parfaite justesse. Et, par conséquent, dans les matières sur lesquelles il est nécessaire d'énoncer des dispositions générales, quoiqu'il ne soit pas possible de le faire avec une entière justesse, la loi embrasse ce qui arrive le plus fréquemment, sans se dissimuler l'erreur qui en résulte." L'équité servirait, donc, à remplir la distance entre l'abstraction du présupposé typique légale et la concrétion du cas jugé, "et telle est précisément la nature de l'équité: elle est un amendement de la loi, dans la mesure où sa généralité la rend insuffisante." En effet, rajoute Aristote, "lors donc que la loi énonce une règle générale, et qu'il survient des circonstances qui échappent au général, alors on a raison, là où le législateur a péché par omission ou par erreur en employant des expressions absolument générales, de remédier à cette omission en interprétant ce qu'il dirait lui-même, s'il était présent, et ce qu'il aurait prescrit dans sa loi, s'il avait eu connaissance du cas en question. Voilà pourquoi l'équitable est juste et supérieur à une certaine espèce de justice; non pas supérieur à la justice absolue, mais à l'erreur qui émane de son caractère absolu. "[16]

12. L'INFORMALITÉ

Aucune définition préalable des formes ou des procédures (excepté les lignes directrices et les paramètres de caractère généraux) ne bâillonne les pratiques de réparation, exonérées des rituels présents dans la justice traditionnelle.

Le manque de formalisme (de ritualisation) de la Justice Restaurative, vue comme un précieux instrument au service de la rapidité et de l'efficacité, ne peut pas être identifié comme l'absence ou la modération des soins, des garanties et de compromis avec le sérieux et la recherche responsable de la justice.

---

16 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madri: Editora Trotta, 2011, p. 156. L'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice de Haia autorise l'emploi du principe *ex aequo et bono* (parce qu'il est équitable et bon) dans la décision d'un litige inter-état dans le cas où il existe consensus entre les parties.

Les pays où la Justice Restaurative montre les meilleurs résultats (dans certains pays, plus de 90% des cas aboutissent à des accords de réparation), tels que l'Australie, la Nouvelle Zélande et le Canada, se trouvent parmi ceux qui préservent le plus le principe d'informalité.

13. LE RESPECT MUTUEL

Dans le processus de réparation, la réciprocité du respect entre tous ses acteurs est exigée. Elle est inévitable pour garantir la confiance et, à posteriori, pour permettre de prendre des décisions consensuelles.

Selon la Résolution N°2002/12 mentionnée auparavant, les facilitateurs doivent exercer leurs fonctions avec impartialité, dans le respect à la DIGNITÉ des parties. Pour cette raison, ils veilleront à ce que les parties procèdent avec *respect mutuel*. Le facilitateur doit faire de son possible pour que les parties arrivent à une solution pertinente entre elles.

Dans l'article 2° de la Déclaration du Costa Rica, il est affirmé que les grilles de réparation sont basées sur des principes et des valeurs garantissant non seulement le plein exercice des droits de l'homme et la considération de la DIGNITÉ de tous les personnes impliquées, mais aussi favorisent le respect mutuel entre les acteurs des procédures.

14. LE VOLONTARISME

Les parties doivent démontrer leur volonté à participer du processus (ce qui est d'ailleurs souligné par le Conseil de l'Europe, engagé avec la Justice Restaurative), sans impositions. Ils doivent être conscients de leurs droits et devoirs, des particularités des procédures adoptées, et des conséquences d'un éventuel accord. L'infracteur cherchera à adoucir les conséquences de son acte méprisable. L'on attend de lui qu'il assume le compromis de non récidive.

Dans cet ordre d'idées, il faut considérer que "la dévalorisation du volontarisme dans la participation est l'un des risques de la médiation. Ainsi, pour intervenir dans le processus de la médiation, la manifestation de la volonté doit être garantie. Ni la victime, ni l'accusé peuvent se voir obligés à initier une médiation ou à y rester, ou encore à adopter des accords qui portent préjudices à leurs intérêts. Dans ce but, le médiateur doit informer les parties de leurs droits, de leurs obligations et des conséquences de leur participation, de la

même façon que leur liberté pour initier ou abandonner le processus à n'importe quel moment, sans que cela ait des conséquences juridiques... D'un autre côté, la liberté de participation maintient une relation directe avec les garanties procédurales. Ni la victime, ni la personne accusée ne peuvent subir des conséquences juridiques restrictives des droits par le démarrage ou l'abandon du processus de médiation. En ce qui concerne la victime, il n'existe pas un préjudice juridique particulier dans l'hypothèse qu'elle décide de ne pas initier un processus de médiation ou de l'abandonner puisque le processus pénal est orienté pour la détermination formelle des faits subis, pour l'imposition d'une peine à l'accusé et pour la satisfaction des intérêts économiques de la victime en vue des dommages causés. L'abandon du processus par la victime peut avoir uniquement des conséquences sur le plan émotionnel. Néanmoins, en ce qui regarde l'accusé, la question est différente non seulement par les conséquences juridiques qui puissent être générées, mais aussi par la vulnérabilité des droits fondamentaux."[17]

Malgré la pertinence du volontarisme, dans le modèle de la Justice Restaurative traditionnelle, il y a, néanmoins, ceux qui affirment, comme Nils Christie, que les infracteurs peuvent être obligés à prendre parti dans ces pratiques; c'est-à-dire, il aura des occasions (selon le système maximaliste de Justice Restaurative) dans lesquelles la dite justice pourra être atteinte seulement au moyen de la coercition, chose inadmissible qui signifierait le retour au modèle punitif, comme l'entend McCold.

L'invitation ou le *stimulus* à la participation dans une approche restaurative (peu importe que cela vienne des institutions ou des individus) ne doivent pas être confondus avec la contrainte à y participer. Pour cette raison, on parle de volontarisme et non pas de spontanéité.

15. D'AUTRES PRINCIPES

Les principes présentés ne constituent pas *numerus clausus*. Évidemment d'autres peuvent y être cités (certains coïncident avec ceux de la médiation) tels que la bilatéralité, la crédibilité, la diligence, la gratuité, la flexibilité, l'honnêteté ou la probité, l'égalité entre les

17 MARTÍN, Julián Carlos Ríos, ESCAMILLA, Margarita Martínez, BERNABÉ, José Luis Segovia, DÍAZ, Manuel Gallego, CABRERA, Pedro e ARBELO, Montserrat Jiménez, *op. cit*., pp. 43-44. Disponible sur Internet.

parties, l'impartialité ou la neutralité, l'interdisciplinarité, l'oralité, la proportionnalité, le rôle prépondérant à jouer, le discernement et la sécurité des impliqués, au-delà des principes présents dans le droit pénal comme la culpabilité, la légalité, l'intervention minimale et la présomption d'innocence.[18]

En juin 2005, les participants de la Conférence Internationale "Accès à la Justice par les Moyens Alternatifs de Résolution des Conflits", dans la ville de Brasília, au Brésil, prenant comme base la Lettre rédigée dans la ville d'Araçatuba, à São Paulo, en avril de la même année, à l'occasion du I Symposium Brésilien de Justice Réparatrice, ont conclu que les pratiques de réparation doivent

18 Fragment du vote concurrent motivé de Sergio García Ramírez qui a accompagné la Sentence d'exceptions préliminaires, fond et réparations dans le Cas Tibi vs. Equateur, prononcée par la Cour Interaméricaine des Droits de L'homme, le 7 septembre 2004: L'idée d'une "présomption d'innocence" – ou peut-être, mieux en bénéfice de celui qui fait objection au caractère "présomptif" de ce concept, d'un "principe d'innocence ou de non culpabilité" - a deux siècles de vie pas sûre. Il y aurait difficilement un principe qui puisse garder une plus grande congruence avec la justice pénale démocratique qui met à charge de l'État accusateur, la preuve des imputations et de l'État qui juge, la décision sur celles-ci. Notre Convention Américaine accueille le principe suivant: "toute personne accusée d'un délit est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie." (Article 8.2) La Cour Interaméricaine a affirmé dans la sentence du cas *Suárez Rosero*, du 12 novembre de 1987, et le réitère dans la sentence du cas présent, que le principe de présomption d'innocence constitue le fondement des garanties judiciaires. En effet, celles-ci s'organisent autour de l'idée d'innocence qui ne bloque pas la persécution pénale, néanmoins l'oriente et la raisonne. L'expérience historique milite dans ce sens. De plus, dans l'avis émis par l'auteur, en tant que membre du Conseil National de Politique Criminelle et Pénitentiaire du Ministère de la Justice sur le projet de loi qui traitait des crimes odieux, alors en cours au Congrès National, j'ai affirmé que: Plongée dans une spirale de violence et manipulée par les moyens de communication sociale et par les mouvements de *law and order*, la société, effrayée, en panique, sans savoir quoi faire, est induite à ne pas penser à la racine du problème, à la possibilité de l'affronter au sein même de ses origines. Elle demande simplement plus de répression, plus d'infractions pénales, plus de prisons (et dans ce cas, peu importe s'il existe ou pas une sentence formelle qui les condamne, puisque la *présomption d'innocence* est un concept déshonoré à tout moment par les institutions policières et par les media, sous les applaudissements généralisés de ceux qui voient dans les actions spectaculaires ou dans les gros titres sans compromis avec la recherche de la vérité, le signal d'une réponse efficace). Tout cela assure la permanence d'un cercle vicieux, soutenant, au lieu des mesures préventives (de court, moyen et long termes), la vengeance, le châtiment et particulièrement l'incarcération, dans l'ingénue illusion qu'il soit possible, de cette forme, de freiner la montée de la criminalité. (BARROS LEAL, César. *Pareceres Reunidos*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006, pp. 43-44).

s'inspirer des principes et des valeurs parmi lesquels figurent: l'autonomie et le volontarisme dans la participation des pratiques de réparation, dans toutes ses phases; le respect mutuel entre les participants de la rencontre; l'engagement de la communauté, orientée par les principes de solidarité et de coopération; la garantie absolue des droits de l'homme et du droit à la DIGNITÉ des participants; et enfin, la promotion des relations équitables et non hiérarchiques.

- Fragment du livre "Justiça Restaurativa – Amanhecer de uma Era - Aplicação em Prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores".

LA NOTION DE DIGNITÉ HUMAINE DANS LA SAUVEGARDE DES DROITS FONDAMENTAUX DES DÉTENUS

Emine Eylem Aksoy

Université de Neuchâtel (Suisse)

Le droit sans dignité n'est que médiocrité et la dignité sans droit n'est que déraison.

Blaise Pascal, Pensées

L'objet de cette contribution est d'examiner les conséquences de la notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux en général, et dans le cadre de l'exécution des peines privatives de liberté en particulier. Il propose donc une présentation générale de la notion de dignité pour rendre cette notion opérationnelle aux fins de la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne faisant l'objet d'une privation de liberté dans un établissement pénitentiaire.

L'expression de "dignité humaine" est souvent utilisée dans un sens très vague et en l'absence de toute définition. Nous ne tenterons pas de donner une définition précise de la notion, mais nous essayerons d'évoquer certains éléments qui peuvent fournir quelques explications sur ladite notion.

Certes, si on veut aller plus loin et s'interroger sur ce qu'est la dignité humaine, la question devient plus complexe, car il semble impossible d'éviter de recourir aux explications religieuses ou philosophiques[1].

1 Abikhzer, F., *La notion juridique d'humanité*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, tome I, p. 19.

LA DIGNITÉ HUMAINE: UNE NOTION AMBIVALENTE SAISIE PAR LE DROIT

Fondements de la notion de dignité humaine

L'idée d'appartenance à l'Humanité apparait souvent dans les e relatives à la notion de dignité humaine[2]. Elle se réfère à une qualité inséparablement liée à l'être humain, une éminence qui fait de l'Homme une valeur à respecter sans autre condition que d'être humain[3]. Cette approche reprend kantienne selon laquelle: "L'Humanité est elle-même une dignité"[4]. Il s'agit de l'idée que l'Humanité inhérente à chaque personne est une valeur immanente à protéger qui se matérialise à travers la notion de la dignité humaine[5]. La notion est donc indissociable de celle de l'Humanité[6].

Apparemment la relation entre les concepts d'Humanité et de dignité humaine reposerait sur une tautologie négative. L'absence d'Humanité est considérée comme contraire à la dignité humaine dont l'absence est la caractéristique même de l'absence de dignité humaine[7]. Cela n'est pas entièrement exact dans la mesure où toute action niant l'Humanité d'une personne est forcément indigne, alors que toute action indigne n'est pas nécessairement inhumaine[8].

La notion de dignité humaine est aussi liée à celles de respect et d'humiliation. La personne est considérée comme un être social. La notion implique donc la reconnaissance respectueuse de la

2 Abikhzer, F., *supra*, note 1, p. 19, Edelman, B., La dignité humaine, un concept nouveau, in *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, Paris, Economica 1999, pp. 25-34.

3 L'idée de la nature spirituelle de l'âme chez Platon et dans la théologie chrétienne, selon laquelle l'âme humaine, en vertu de sa nature spirituelle, a une certaine ressemblance divine (*imago Dei*). A cet égard, voir *L'Etat* ou *La République de Platon,* traduction de Jean-Nicolas Grou, revue et corrigée sur le texte grec de Bekker Emm, Paris, éd. Chez Lefèvre, 1840, p. 426.

4 Kant, E., *Fondement de la métaphysique des moeurs,* Paris, Delagrave, 1952, p. 758.

5 Abikhzer, F., *supra*, note 1, p. 52.

6 Fierens, Jacques, La dignité humaine comme concept juridique, in *Fondations et Naissances des droits de l'Homme, Odyssées des droits de l'Homme*, tome I, Paris, l'Harmattan, 2003, pp. 171-184.

7 Abikhzer, F., *supra*, note 1, p. 52.

8 Statman, D., Humiliation, Dignity and Self-respect, in *Philosophical Psychology* 13, 2000, pp. 523-540.

dignité d'autrui[9]. L'idée d'humiliation et de respect peut servir à l'interprétation de la dignité humaine. Définir la violation de la dignité en tant que comportement qui humilie, peut permettre de tenter d'ébaucher une définition conceptuelle de la dignité humaine[10]. En outre, la perception de l'humiliation doit être comprise de façon subjective, c'est-à-dire comment la personne perçoit l'acte.

Il ressort donc que la notion du respect de la dignité humaine vise à proteger les intérêts multiples et interdépendants de la personne allant de son intégrité corporelle, à son intégrité morale et à son épanouissement personnel. La notion de dignité humaine possède une double dimension. La première dimension, appelée la dignité *fondamentale*[11] ou *inhérente*[12] est une notion *statique*[13] puisque elle revient à tout être humain du simple fait de l'appartenance à l'Humanité et indépendamment des qualités morales de l'individu en question. La deuxième est la dignité *actuée*[14] ou *éthique*, qui est une notion *dynamique*[15], car elle ne s'applique pas à l'être de la personne, mais à son action qui varie en fonction des manifestations et se traduit par les droits de la personnalité.

Une personne, tout en gardant sa dignité fondamentale ou inhérente, peut connaître des conditions de vie indécentes contraires au principe d'Humanité.Dans ce cas, ce n'est pas sa dignité humaine fondamentale ou inhérente qui est mise en question, mais au contraire sa dignité actuée ou éthique[16]. Il découle donc de ce qui précède que la notion actuelle de dignité humaine se comprend comme la synthèse d'une valeur de l'Humanité et d'une qualité essentielle reconnue à toute personne[17].

---

9 Atlan, H., Connaissance et gloire de la dignité humaine, *Diogène* n° 215, juillet-septembre 2006, Paris, PUF, p. 12.

10 Atlan, H., *supra*, note 9.

11 Maurer, B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 50-51.

12 Andono, R., La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?, in *Revue Générale de Droit Médical,* n° 16, 2005, pp. 95-102.

13 Andono, R., *supra*, note 12.

14 Maurer, B., *supra*, note 11, p. 51.

15 Andono, R., *supra*, note 12.

16 Maurer, B., *supra,* note 11, pp. 49-50.

17 Pavia, M., La dignité de la personne humaine, in *Libertés et Droit Fondamentaux*, 12e édition, Paris, Dalloz, 2006, pp. 143-162.

L'intérêt de cette notion réside donc dans son aptitude à incorporer plusieurs dimensions. C'est pourquoi elle ne peut être simplement définie. Une partie de son contenu est du ressort de l'individu. Mais une autre découle des valeurs de la société.

La réception juridique de la notion

La notion est proclamée, pour la première fois dans le texte de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) de 1948[18]. On passe donc d'une approche philosophique à la consécration d'une notion juridique[19]. On retrouve par la suite des références à la dignité humaine dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I). La dignité telle que conçue dans ces instruments renvoie à la dignité de l'individu et à celle de l'Humanité[20]. Elle joue un rôle central comme l'une des valeurs inspirant les droits de l'Homme et la société démocratique[21]. La notion est toutefois employée en l'absence de toute définition[22].

La réception de la dignité humaine par l'ordre juridique cause un certain nombre de difficultés. La première découle de l'ambiguïté de la notion, car contrairement aux droits fondamentaux, la dignité

18 Pour le principe de la dignité humaine tel qu'utilisé dans la DUDH, cf. notamment Arieli, Y., On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and His Rights, in *The concept of human dignity in human rights* discourse, edited by David Kretzmer and Eckart Klein, The Minerva Center for Human Rights, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 1-17.

19 Lecompte, C., Des dignités à la dignité, in *Fondations et Naissances des droits de l'Homme, Odyssées des droits de l'Homme,* tome I, Paris, l'Harmattan, 2003, pp. 159-166.

20 Andriantsimbazovina, J., La dignité et le droit international et européen, Quelques considérations sur le traitement de la dignité de la personne humaine par le droit positif, in *Justice, éthique et dignité: actes du colloque international de Limoges les 19 et 20 novèmbre 2004, Entretiens d'Aguesseau*, textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, Limoges, 2006, pp. 131-142.

21 Rousseau, D., Synthèse, in *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine: actes du Séminaire UniDem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit - Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 109-111.

22 Abikhzer, F., *supra*, note 1, p. 27; Atlan, H., *supra*, note 9, p. 27.

humaine ne protège pas une activité spécifique, mais l'ensemble des droits de l'Humanité[23].

Il se pose aussi la question de savoir si la dignité humaine est bien dans la lignée des droits de l'Homme, car ces instruments se réfèrent à la dignité humaine en même temps qu'à l'égalité, à la liberté et aux droits fondamentaux[24].

Pour une partie de la doctrine la dignité est inhérente (innée) et inaliénable[25]; autrement dit, elle est une valeur primordiale et prééminente et s'impose à toute activité étatique. Il s'agit d'un *principe axiologique*[26].

Certains n'hésitent pas à considérer la dignité humaine comme *un príncipe matriciel*[27]. Elle est donc le fondement des autres droits, un objectif principal de la sauvegarde des droits de l'Homme. Elle sert à interpréter et concrétiser ces droits. Cette qualification est celle figurant dans le texte de la DUDH. Il suffit de lire le préambule de la DUDH, qui proclame dès sa première ligne 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". Le Pacte ONU II et le Pacte ONU I reprennent les termes de la DUDH. La dignité humaine y est vue comme un principe fondateur duquel découlent des conséquences juridiques[28].

---

23 Atlan, H., *supra*, note 9, p. 27.

24 Walter, C., La dignité humaine en droit constitutionnel allemand, in *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine: actes du Séminaire UniDem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit - Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 26-44.

25 Lewaszkiewicz-Petrykowska, B., Le principe du respect de la dignité de la personne humaine, in *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine: actes du Séminaire Uni-Dem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit - Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-25.

26 Andriantsimbazovina, J., *supra*, note 20, pp. 131-142.

27 Mathieu, B., Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, in *Recueil Dalloz* 1995, p. 211. Pour certains auteurs, la tentative d'affirmer un principe matriciel des droits de l'homme introduirait la confusion quant à leur valeur. A cet égard voir notamment Pavia M., *supra*, note 17.

28 Borella, F., Le concept de dignité de la personne humaine, in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. Bolze, Paris, Economica, 1999, pp. 29-38.

Pour d'autres, la dignité humaine telle que conçue dans la DUDH, ne sert pas de fondement unique aux droits de l'Homme qui reposent également sur la liberté, la justice et la paix. Dans la mesure où d'autres instruments internationaux n'adoptent pas la même idée de la dignité humaine, on peut penser qu'il n y a pas de consensus interétatique pour établir une hiérarchie entre les droits de l'Homme[29]. Quant au Pacte ONU I et au Pacte ONU II, ils reconnaissent en outre "que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine". Ils voient dans la dignité humaine davantage une source des droits de l'Homme que leur fondement.

D'aucuns soulignent le fait que la dignité humaine est un concept nouveau qui a une autonomie théorique par rapport aux droits de l'Homme[30]. La liberté serait le concept fondateur des droits de l'Homme, tandis que la dignité désignerait plutôt l'essence de l'Humanité[31]. Par conséquent, les restrictions de la liberté au nom de la dignité se justifient. La dignité serait alors située au plus profond de l'essence de l'Homme, de sorte que la liberté lui serait subordonnée.

La réception juridique de la notion de dignité humaine apporte certains éclaircissements à la notion jusqu'ici restée vague, notamment du fait de l'absence de toute définition faisant autorité dans le droit international des droits de l'Homme.

Il convient de faire une distinction entre les différents rôles que peut jouer la dignité: comme susmentionné, elle peut servir de base à des droits définis, ou de valeur. En vertu de ces rôles, elle peut être invoquée à l'appui du constat de la violation de ces droits, mais aussi pour promouvoir des valeurs qui devraient être partagées au niveau de la société. Enfin, la dignité humaine peut être invoquée au même titre que d'autres principes fondamentaux[32]. Il s'agit d'une notion cadre[33].

Sur le plan européen, à défaut d'une disposition spécifique dans le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme, la

29 Benchickh, M., La dignité de la personne humaine en droit internationale, in *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revêt, Paris, Economica, 1999, pp. 37-52.

30 Edelman, B., La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, in *Recueil Dalloz* 1997, p. 185.

31 Edelman, B., *supra*, note 30.

32 Moon, G. et Allen, R., Dignity Discourse in Discrimination Law: A Better Route to Equality? (<http://www.justice.org.uk/images/pdfs/dignityfinal.pdf>; 29.10.2007), p. 6.

33 Terre, D., *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, Collection Ethique et philosophie morale, 2007, p. 108.

Cour EDH a comblé cette lacune dans sa jurisprudence. Selon elle, la dignité constitue "l'essence même de la Convention"[34]. Le juge européen en fait une notion prétorienne, un principe matériel de l'interprétation[35].

Les ordres juridiques nationaux soulignent aussi le respect de la dignité humaine. Ils n'apportent cependant pas plus de précisions à la définition de cette notion. Le respect de la dignité humaine prescrit à l'article 7 de la Constitution suisse s'entend comme le noyau des droits fondamentaux. Il ne s'agit pas toutefois pas d'un droit subjectif, mais un droit objectif qui représente une valeur clé dans l'interprétation des droits fondamentaux[36].

Quant aux législations internes, elles contiennent également des dispositions qui traduisent le respect dudit principe dans le domaine pénitentiaire. L'administration pénitentiaire, à l'égard de tous les détenus dont elle a la charge, doit assurer le respect de la dignité inhérente à la personne humaine dans l'exécution des peines et des mesures[37].

La notion de dignité humaine est devenue un concept juridique opératoire pour désigner ce qu'il y a d'humain dans l'homme, ce qui mérite d'être protégé. Tout ce qui tend à dénier l'humanité de l'homme sera considéré comme une atteinte à cette dignité. Le respect de la dignité humaine exige donc le caractère inconditionnel de la garantie. Le principe du respect de la dignité humaine est un bouclier qui peut se justifier comme moyen d'empêcher toute entrave à la condition humaine.

Les dimensions de la dignité humaine dans le texte de la CEDH

La première dimension de la dignité humaine se concrétise à travers le droit à la vie, l'inviolabilité du corps humain, ainsi que

34 Cour EDH, *SW c. Royaume-Uni,* arrêt du 22 novembre 1995, § 44.

35 Jeannin, L., Fonctions interprétatives et enjeux de l'usage de la notion de dignité appliqué à l'article 3 CEDH, in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, sous la direction de C.-A. Chassin, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 101-120.

36 Voir Auer, A., Malinverni, G., Hottelier, M., *Droit constitutionnel suisse,* Berne, Stämpfli, vol. II, 2006, p. 144. En ce qui concerne notre sujet, le Tribunal fédéral se réfère à la notion relativement aux conditions de détention. A cet égard, voir notamment ATF 123 I 221, 229 et 233.

37 CPS article 74: "Le détenu et la personne exécutant une mesure ont droit au respect de leur dignité. L'exercice de leurs droits ne peut être restreint que dans la mesure requise par la privation de liberté et par les exigences de la vie collective dans l'établissement".

l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, garantis aux articles 2 et 3 CEDH[38]. Il s'agit de droits strictement attachés à la notion de dignité humaine[39].

A ces deux articles s'ajoutent l'interdiction de l'esclavage de l'article 4. De surcroît, reconnaissant l'importance de la protection octroyée par les articles 2 et 3, la CEDH met en avant son caractère absolu, en refusant une éventuelle dérogation dans les cas de l'état de nécessité, de l'urgence ou de la guerre. L'article 2 souffre toutefois de plusieurs exceptions contrairement à l'article 3. De ce fait, certains auteurs estiment que "le principal droit à la protection absolue n'est pas la vie, c'est le droit à la dignité humaine dans la mesure où il fonde l'interdit absolu de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, de l'esclavage"[40].

L'article 3 exprime ainsi la dignité fondamentale c'est-à-dire la possession d'une dignité attachée à la personne humaine[41]. On peut néanmoins trouver dans la pratique jurisprudentielle de la Cour EDH à propos de l'article 3 quelques explications relatives aux liens entre la dignité humaine et l'Humanité. Ces relations sont similaires à celles que nous avons expliquées à propos des fondements philosophiques de la notion de dignité humaine. Tous les actes considérés comme inhumains par la jurisprudence de la Cour EDH sont forcément dégradants, alors que les actes dégradants ne sont pas nécessairement inhumains. Un acte dégradant est donc contraire à la dignité humaine, pas forcément à l'Humanité, alors qu'un acte inhumain viole également la dignité humaine. La Cour EDH va même plus loin en retenant qu'il existe une troisième catégorie d'actes qui constitue en fait une sous-catégorie des actes

38 Selon la Cour EDH, l'article 2 de la Convention qui garantit le droit à la vie figure parmi les articles primordiaux de la Convention et, combiné avec l'article 3 de la Convention qui assure l'interdiction des mauvais traitements, consacre "l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe".

39 Mathieu, B., *Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes,* Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 2005, p. 13.

40 Delmas-Marty, M., Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain, *RSC* (3), 1994, p. 486. Dans le même sens, dans la décision d'irrecevabilité *Lanz c. Suisse* du 2 mars 1994, la Commission EDH estima que la dignité humaine était garantie par l'article 3 CEDH.

41 Maurer, B., *supra*, note 11, p. 625, Gaboriau, S., Propos liminaires, in *Justice, éthique et dignité: actes du colloque international de Limoges les 19 et 20 novèmbre 2004, Entretiens d'Aguesseau*, textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, Limoges, 2006, pp. 13-26.

inhumains qui se démarquent par l'intensité de la souffrance inflige aux victimes: les actes de torture[42].

Il convient également de souligner que la deuxième dimension de la dignité actuée ou éthique est garantie par les articles 8 et 10 CEDH et 10 du Pacte ONU II.

LA DIGNITÉ HUMAINE: PIERRE ANGULAIRE DE LA SAUVEGARDE DES DROITS DES DÉTENUS

Historique

Pendant la longue période qui s'étend de l'Antiquité jusqu'au milieu du XVIIème siècle, la sanction pénale consistait en un châtiment corporel inflige à un condamné, dont la qualité d'être humain à part entière était déniée; la prison servait non pas à punir, mais à garder[43].

Il faut attendre les Lumières, pour que les philosophes se soucient de la compatibilité de la sanction pénale avec la dignité humaine. Ils considéraient que les supplices n'étaient pas compatibles avec la notion de la dignité humaine, et pour cela les peines devaient s'exécuter à travers l'esprit et non à travers le corps[44] ce qui entraîna l'apparition d'une nouvelle conception de la Prison comme devant ou pouvant servir de peine.

Toutefois, ni les philosophes des Lumières, ni le marquis Cesare Beccaria[45] qui "cristallise"[46] ces acquis des Lumières, ne s'intéressèrent à la protection de la dignité de la personne incarcérée, ni aux conditions physiques et morales des détenus. Pour les philosophes des Lumières, la prison était donc surtout considérée comme une alternative aux châtiments corporels, sans pour autant que la dignité des détenus ne soit prise en compte.

---

42 Voir notamment, Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 162.

43 Castan, N., Zysberg, A., *Histoire des galères, bagnes et prisons en France de l'ancien Régime*, éditions Privat, Toulouse, 2002, p. 15.

44 Foucault, M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1975, p. 163.

45 Sur la vie et l'oeuvre de Beccaria, cf. notamment Graven, J., Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794), in *Grandes Figures et Grandes oeuvres juridiques*, Mémoires publiés par la Faculté de Droit, Genève, 1948, Pradel, J., *Histoire des doctrines pénales*, 2e édition, Paris, PUF, Coll. Que sais-je?, 1991, Porret, M., *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003.

46 Perrot, M., *Les ombres de l'histoire, crime et châtiment au XIXe siècle,* Paris, Flammarion, 2003, p. 226.

Howard, philanthrope anglais, fut le premier à souligner l'importance des droits élémentaires de l'humanité. Les prisonniers restent des hommes et par conséquent ils ont droit à un "traitement humain"[47]. Pour lui, tant que les prisonniers ne seront pas traités conformément au "simple principe d'humanité", ils se trouveront dans l'impossibilité de devenir meilleurs. La référence à la notion de dignité humaine dans le domaine de l'exécution des peines est donc bien antérieure aux instruments internationaux. Elle précède même la reconnaissance de la notion comme fondement des droits de l'Homme.

Jusqu'à la deuxième moitié du XXème siècle, la question ne sera pas débattue de façon soutenue. Au sortir de la deuxième guerre mondiale, la rhétorique internationale au sujet des droits de l'Homme constitua un facteur important d'évolution socio-juridique qui aboutit à l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme prônant le respect de la dignité humaine.

Parallèlement à ce nouvel élan, un vent de réforme souffle sur l'institution carcérale, inspiré par le mouvement de la défense sociale nouvelle[48]. D'importantes réformes visant spécialement l'humanisation de la détention et son orientation vers l'amendement et le reclassement social du condamné furent réalisées[49]. Grâce à cette nouvelle conception philosophique, le droit de l'exécution des peines s'est rapproché de l'homme condamné, au point que le droit répressif positif subit largement l'influence des droits de l'Homme[50].

Sur le plan des droits du détenu, l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des

---

47 Howard, J., *L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIIIe siècle*,traduction nouvelle et édition critique par C. Carlier et J.-G. Petit, Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1994, p. 91.

48 Sur les origines du mouvement de politique criminelle de la Défense Sociale et les différentes étapes de son élaboration, voir Pinatel, J., Confrontation du droit pénal classique et de la Défense Sociale, *RSC* 1964, pp. 757-773, Ancel, M., *La défense sociale nouvelle*, 3e édition, Paris, Cujas, 1981, Bolle, P.-H., Une oeuvre capitale: la défense sociale nouvelle, *RICPT* 1984, pp. 239-242.

49 Lemire, G., Grandeurs et limites des droits des détenus, in *La condition juridique du détenu* (sous la direction de Jean Pradel), Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, Paris, Cujas, 1993, pp. 61-69.

50 O'Brien, P., The Prison on the Continent Europe, 1865-1965, in N. Morris/D.J. Rothman (Eds), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, New York, Oxford University Press, 1995, pp. 199-225, Bolle, P.-H., Vers une politique penale limitant le rôle de la prison?, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 151-163.

délinquants en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977, réclame que ces derniers soient traités avec le respect dû à leur dignité. Son pendant dans l'ordre européen, les Règles pénitentiaires européennes, fait référence à la dignité humaine à plusieurs reprises[51].

Sous l'influence du droit de la CEDH, les droits internes portent une attention toute particulière à la dignité humaine[52].

LA DIGNITÉ HUMAINE AU SERVICE DE L'EXÉCUTION DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

Même si le détenu jouit de la protection des droits fondamentaux de la même manière que s'il était libre, cela ne veut nullement dire que sa position matérielle soit comparable à celle d'un homme libre. Il est indéniable que les privations qu'il endure entrainent des conséquences tant sur le plan psychique que relationnel, car elles concernent "des secteurs névralgiques de l'activité humaine"[53]. Les détenus, incapables d'extérioriser "les sentiments auxquels ces contraintes donnent lieu"[54], deviennent ainsi frustrés, fragilisés et vulnérables[55] face à la prison[56]. Leur identité est "blessée"[57]; ils

51 R(2006)2 du Conseil de l'Europe sur les règles pénitentiaires européennes. On trouve les références à la dignité humaine dans le préambule de la recommandation ainsi que dans les règles n° 18.1, 49, 54.3 et 72.1.

52 Bolle, P.-H., *supra*, note 48/50.

53 Vacheret, M., Lemire, G., *Anatomie de la prison contemporaine*, Montréal, Presse Universitaire de Montréal, 2007, p. 42.

54 Hattem, T., Vivre avec ses peines. Les fondements et les enjeux du contrôle et la résistance saisis à travers l'expérience des femmes condamnées à l'emprisonnement à perpétuité, in *Déviance et Société*, vol. 15, 2/1991, pp. 137-156.

55 Maurer, B., *supra*, note 11, Trechsel, S., Taking Care of Detainees in the Light of Human Rights, in *Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002* (sous la direction de P.-H. Bolle et D. Yarsuvat), İstanbul, Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Université de Galatasaray, 2004, pp. 95-122.

56 Combessie, P., Ouverture des prisons, jusqu'à quel point?, in *La prison en changement* (sous la direction de C. Veil/D. Lhuilier), Ramonville, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 69-99.

57 Rostaing, C., *La relation carcérale. Identités et rapports sociaux dans les prisons de femmes*, Paris, PUF, 1997, p. 246.

développent une image d'eux négative, un sentiment d'infériorité[58]. L'individu incarcéré peut se sentir exclu de l'Humanité[59].

Le détenu est donc un individu vulnérable qui doit bénéficier d'une protection accrue liée à sa condition. L'invocation de la dignité humaine au cours de l'exécution de la peine privative de liberté prend en effet une consonance particulière. La double dimension susmentionnée de dignité humaine lui convient donc parfaitement. Quelque soit le comportement par lequel l'individu en prison a enfreint la loi, la dignité de son appartenance à l'Humanité doit être respectée, car il la garde indépendamment de son acte[60].

Il devient impossible de parler d'humanisation de la prison sans reconnaissance préalable de la dignité humaine. Ce renvoi se traduit dans le domaine pénitentiaire par un mouvement de réforme inspirée de la dignité humaine visant à traiter avec davantage d'humanité l'Homme détenu[61].

La dignité humaine apparaît fort prometteuse sur ce point. Elle part du concept d'Humanité et permet donc de voir dans le détenu, non pas l'objet de mesures de contrainte, mais le sujet destinataire de la politique pénitentiaire. La dignité humaine permet de transcender l'approche fondée uniquement sur les droits subjectifs à laquelle conduit l'approche classique des restrictions aux droits fondamentaux. Elle conduit à s'interroger sur les attentes des détenus vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, sur le but de la peine et sur la nature des relations carcérales. Deux auteurs français, *Garapon et Salas*, ont d'ailleurs déjà invité les penseurs du droit pénitentiaire à dépasser la visión selon laquelle le sujet est une somme de revendications unilatérales[62]. La dignité humaine est donc un concept utile en matière d'exécution des peines, dans la mesure où elle permet d'élaborer un modèle idéal de relations carcérales équilibrées, sans se limiter à la résolution de conflits existants ou potentiels.

Cette nouvelle approche du droit pénitentiaire n'exclut pas nécessairement l'approche classique de la sauvegarde des

58 Poulalion, J.-L., Pour une culture des résistances carcérales?, *RICPT* 2004, pp. 339-366.

59 Statman, D., *supra*, note 8, p. 221.

60 Maurer, B., *supra*, note 11, p. 52.

61 Debove, F., Libertés physiques du détenu et droit européen: ou l'histoire d'une Convention passe-muraille, *RPDP* 1997, pp. 49-61.

62 Garapon, A., Salas, D., Pour une nouvelle intelligence de la peine, in *Prisons à la dérive, Revue Esprit*, n° 215, octobre 1995, pp. 145-161.

droits fondamentaux. Les deux optiques sont parfaitement complémentaires.

La protection accrue contre les atteintes à l'intégrité physique et psychique

L'atteinte à l'intégrité physique et psychique en milieu pénitentiaire revêt um aspect primordial. Or, à l'exception de l'article 5 CEDH ne contient aucune disposition spécifique relative aux détenus ou à leur dignité.

La Cour EDH y a remédié par une interprétation dynamique et évolutive du texte de la Convention[63]. Dans l'affaire *Ilse Koch c. RFA*[64], la Commission a souligné que "même si un requérant se trouve détenu en exécution d'une condamnation qui lui a été infligée en raison de crimes perpétués au mépris des droits les plus élémentaires de la personne humaine, cette circonstance ne le prive cependant point de la garantie des droits et libertés définis dans la Convention européenne des droits de l'homme". Cette position fut reprise par la Cour dans l'arrêt Golder. Elle souligna cependant qu'elle "(…) n'a pas à échafauder une théorie générale des limitations admissibles dans le cas de condamnés détenus (…)"[65] et elle adopta une interprétation élargie du champ d'application de l'article 3 CEDH sur la base de l'obligation négative dégagée dudit article, en retenant que des conditions de détention inadmissibles constituent une violation de cette disposition.

Le juge européen a joué ainsi un rôle important en matière pénitentiaire en instituant une protection "par ricochet"[66] des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine.

---

63 Dans un rapport, la Direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe affirme qu'à défaut de dispositions spécifiques sur le traitement des détenus, les organes de Strasbourg ont quand même de "nombreuses possibilités d'examiner les conditions de détention". Voir *Les conditions de détention*, Conseil de l'Europe, Dossier n° 5, 1981, p. 2.

64 Requête N 1670/61, *Ilse Koch c. RFA*, Annuaire n° 5, p. 126.

65 Cour EDH, *Golder c. Royaume Uni*, arrêt du 21 février 1975, § 39.

66 Il s'agit d'une méthode purement prétorienne utilisée par la Cour EDH pour combler les lacunes de la CEDH notamment dans deux domaines: les conditions de détention et les mesures d'éloignement des étrangers, qui se situaient initialement "hors du droit" de la Convention. L'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989 consacre formellement ce mécanisme. A cet égard voir Cohen-Jonathan, G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris: Economica, 1989, p. 84.

Dès lors, une peine privative de liberté est susceptible de soulever un problème sous l'angle de l'article 3 par la manière dont elle est exécutée et par sa durée. La Cour EDH a souligné que "la souffrance et l'humiliation infligées doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes"[67].

Dans un premier temps, cette affirmation se traduisit, dans le domaine pénitentiaire, par une obligation négative à charge de l'Etat et consistant à ne pas infliger de mauvais traitement. Cette obligation manifeste la volonté de réduire la violence inhérente aux situations de privation de liberté[68]. La Cour EDH souligna la nécessité d'une garantie absolue de l'intégrité physique des personnes privées de liberté en raison de leur vulnérabilité[69].

Il n'entre pas dans nos projets de nous attarder sur les conditions d'applicabilité de l'article 3 CEDH, qui sont bien définies par la jurisprudence de la Cour EDH[70], mais nous nous bornerons à préciser que le seuil de gravité pour tomber sous le coup de cette disposition doit faire l'objet d'une appreciation "relative par essence"[71]. Ce seuil dépend donc de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire.

L'autonomisation de la dignité humaine suite à l'arrêt Kudla c. Pologne

La Cour EDH affirma pour la première fois dans son arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, que l'article 3 de la Convention garantit le droit de toute personne à être détenue dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine. Dans cet arrêt, la Cour EDH va au delà de la protection par ricochet expliquée précédemment, puisque, selon cette interprétation, le fait de ne

67 Voir, Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, § 30, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, § 100, *Kudla c. Pologne*, arrêt du 26 octobre 2000, § 92.

68 Larralde, J.-M., L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté, in *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme* (sous la direction de C.-A. Chassin), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 209-236.

69 Cour EDH, *Tomasi Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 octobre 1991, série A n° 215, p. 36, § 107.

70 Voir notamment, Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 162.

71 Cour EDH, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 octobre 1991, série A, n° 215, p. 36, § 107.

pas être détenu dans des conditions décentes viole directement la Convention[72]. A cet égard, pour protéger les détenus, dont il faudrait faire une catégorie spécifique, *Sudre* propose d'ajouter un article 3bis à la CEDH[73]. Pour *Tulkens*, il s'agit pour la jurisprudence de passer "du stade de l'ignorance des conditions générales de détention à celui de la reconnaissance du droit de tout détenu à des conditions respectueuses de la dignité humaine"[74].

La Cour EDH s'attache désormais à l'impact moral des mesures prises par les autorités pénitentiaires, sans nécessairement en rechercher les effets physiques ou psychiques sur le détenu. Elle exerce un examen méticuleux des conditions de détention et apprécie les actions entreprises par les autorités pour les améliorer. Depuis, ce principe a été confirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[75].

En conséquence de l'arrêt Kudla, des obligations positives, lesquelles découlent du droit des conditions de détention conformes à la dignité humaine, s'ajoutent aux obligations négatives susmentionnées. Contrairement à l'obligation de moyens prônée en matière de compatibilité de l'état de santé des personnes avec la détention, l'obligation de placer les détenus dans des lieux qui ne portent pas atteinte à leur dignité est une obligation de résultat[76].

La primauté de la dignité humaine du détenu a permis à la Cour d'imposer des standards à propos des conditions matérielles de détention et d'exiger la mise en place d'un système pénitentiaire respectant cette dignité. La Cour EDH considère que quelles que soient les difficultés d'ordre financier, ou logistique, auxquelles un État contractant peut se trouver confronté, il lui incombe d'organiser son système pénitentiaire de manière à assurer le respect de la dignité

---

72 Sudre, F., L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'Homme: le droit à des conditions conformes au respect de la dignité humain, in *Libertés, justice, tolérance*, *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1499-1514.

73 Sudre, F., *supra*, note 72.

74 Tulkens, F., Droit de l'Homme en prison, in *Panorama européen de la prison* (sous la Direction de J.-P. Céré), Paris, l'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002 pp. 29-74. Pour une approche différente voir Larralde, J.-M., *supra*, note 68, p. 219.

75 Cour EDH, *Peers et Dougoz c. Grèce*, arrêt du 6 mars 2001, *Valasinas c. Lituanie*, arrêt du 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juin 2001, *Papon c. France*, arrêt du 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, arrêt du 14 novembre 2002.

76 Ecochard, B., L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la CEDH, *RFDA* 2003, p. 99.

des détenus[77]. Ainsi, la Cour EDH suit le Comité européen pour la prévention de la torture qui promeut la qualité de la vie dans les établissements pénitentiaires[78].

En examinant la compatibilité des conditions de détention avec la dignité humaine, la Cour EDH exigeait, jusqu'aux arrêts *Dougoz et Peers contre Grèce* du 6 mars et 19 avril 2001, la réunion de deux conditions: elle cherchait à savoir si un tel traitement a été infligé intentionnellement et si les conditions de détention étaient objectivement indécentes. Depuis les arrêts précités, la Cour EDH a opté pour un contrôle concret des conditions matérielles de la détention. Elle estime que l'intention d'humilier n'est plus nécessaire. Désormais, des conditions de détention objectivement indécentes suffisent pour conclure à une violation de l'article 3 CEDH.

A ce titre, la fouille corporelle et l'examen des parties génitales d'un détenu en présence d'une personne du sexe opposé[79], le fait de raser le crâne d'un détenu qui allait comparaître dans quelques jours en audience publique, compte tenu de son âge[80] et l'obligation faite à un détenu de se mettre nu devant un groupe de gardien avant qu'il exerce son droit de vote aux élections législatives[81] constituent des traitements qui peuvent "amoindrir sa dignité"[82].

L'affaire *Kalashnikov c. Russie* du 15 juillet 2002 illustre la volonté de la Cour EDH d'imposer des conditions de détention compatibles avec la dignité humaine. La Cour estime que le requérant était soumis à un traitement dégradant eu égard à ses conditions de détention: surpeuplement, absence d'aération, insectes nuisibles, toilettes exposées à la vue des codétenus. Pour la Cour EDH, le seul fait qu'un détenu ait été contraint de vivre, de dormir et d'utiliser les toilettes dans une cellule qu'il partageait avec de très nombreux codétenus était suffisant pour le soumettre à une détresse ou à une épreuve d'une intensité excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et était de nature à lui inspirer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir[83].

77 Cour EDH, *Mamedova c. Russie*, arrêt du 1 juin 2006, § 63.
78 Deuxième rapport d'activité du CPT, 1991, p. 15.
79 Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie*, arrêt du 24 juillet 2001.
80 Cour EDH, *Yankov c. Bulgarie*, arrêt du 11 décembre 2003.
81 Cour EDH, *Iwanzuck c. Pologne*, arrêt du 15 novembre 2001.
82 Voir Cour EDH, Valasinas, *supra*, note 75, § 117.
83 §§ 43-45.

Il convient de souligner que depuis l'arrêt *Mayzit c. Russie* du 20 janvier 2005, la Cour EDH applique les standards élaborés par le CPT en matière de conditions matérielles de détention.

Cette nouvelle jurisprudence s'inscrit dès lors dans la lignée des Règles pénitentiaires européennes qui énoncent les éléments des conditions dignes de détention[84]. Il convient de préciser que la version 2006 des Règles exige que les conditions de vie respectent la dignité humaine, notamment la règle 18 relative aux locaux de détention et la règle 49 concernant le bon ordre en prison. La Cour EDH attache une attention toute particulière à des conditions de détention sévères, à la santé des détenus et à la détention des personnes âgées.

La jurisprudence prohibe l'isolement absolu en vertu de l'article 3. Selon la Commission, "un isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total"[85] constitue un traitement inhumain. Toutefois, le seul fait d'isoler un détenu n'est pas contraire en soi à l'article 3, car un minimum de gravité est nécessaire.

L'approche de la Cour EDH dans le domaine des soins adéquats est bien illustrée dans l'arrêt Mouisel du 14 novembre 2002. Selon elle, "la santé d'une personne privée de liberté fait partie des facteurs à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de la peine, notamment en ce qui concerne la durée du maintien en détention". Néanmoins, il n'existe pas "une obligation générale de libérer un détenu pour des motifs de santé". Il appartient aux autorités nationales de rendre compatible les conditions de détention avec la santé des détenus[86].

Concernant les personnes âgées, le grand âge ne constitue pas non plus un obstacle à la détention. Dans l'affaire *Papon c. France* du 7 juin 2001, la Cour estime que la détention d'une personne de 90 ans ne constitue pas à elleseule un traitement inhumain tandis que "l'état de santé dont l'âge peut constituer un facteur aggravant, peut être pris en considération".

Cela étant, lorsqu'il s'agit d'atteintes aux garanties figurant aux articles 2 et 3 CEDH, l'approche qui repose sur la dignité humaine reste, paradoxalement, secondaire, puisque ces aspects de la dignité

84 Voir Sudre, F., *supra*, note 72, p. 1508.

85 Commission EDH, *Ensslin, Baader et Raspe c. RFA*, décision du 8 juillet 1976, DR.14, 64.

86 Cour EDH, *McClinhey c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2003.

humaine se fondent sur des droits absolus. L'exégèse des dispositions conventionnelles au vu des critères jurisprudentiels, devrait suffire à identifier les actes tolérés ou intolérable en milieu carcéral. Il est vrai que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg s'est régulièrement référée au concept de dignité humaine à propos de ces dispositions. La combinaison de la notion de la dignité humaine, notamment avec l'article 3 CEDH, révèle toute sa valeur. Le juge européen, par une construction prétorienne, fait de la dignité humaine une notion autonome. La notion contient en elle-même une valeur objective obligatoire, dans la mesure où elle oblige son titulaire et l'autorité publique à la respecter voire, pour cette dernière, à mettre en oeuvre tous les moyens organisant sa protection. Dans le domaine pénitentiaire, l'article 3 CEDH sert à sanctionner la violence institutionnalisée provenant des autorités pénitentiaires. Même si l'appréciation de la Cour dépend les circonstances de l'espèce, la dignité du détenu est réputée avoir été violée lorsque l'individu est traité comme un "objet entre les mains de la puissance publique".

Vers une concrétisation multiple de la notion de dignité humaine?

Au vu de la jurisprudence de la Cour EDH, il semble que l'évolution soit irréversible, vers une obligation pour l'Etat de garantir le bien-être[87] des personnes pénalement privées de liberté, dans la ligne logique d'une politique d'élévation des standards de l'article 3 de la Convention[88]. Mais pour y parvenir, il reste un obstacle majeur: l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants implique que les souffrances morales et/ou physiques soient d'une certaine intensité. Il faut donc un résultat. Or, en matière de bien-être, un tel résultat est souvent impossible à établir. Une façon de contourner la difficulté est de se référer à l'article 8 de la Convention, qui garantit, entre autres, l'épanouissement personnel, sans qu'il soit besoin de prouver l'existence d'un préjudice d'une certaine intensité, comme c'est le cas à l'article 3. La Cour européenne des droits de l'Homme a été confrontée à ce problème dans l'affaire *Raninen c. Finlande*. Dans ce cas la restriction à l'exercice du droit du détenu n'était pas à ce point disproportionnée pour qu'on puisse y voir un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3

87 A cet égard, voir Cour EDH, *Afanassaïev c. Ukraine*, arrêt du 5 avril 2005, notamment § 64.

88 Larralde, J.-M., *supra*, note 68, p. 235.

CEDH. Le contexte dans lequel elle intervenait la rendait cependant détestable. La Cour s'est réfugiée derrière l'article 8 CEDH pour justifier la condamnation de cette pratique, mais en réalité c'était la dignité humaine qui était visée, et l'article 8 CEDH n'a servi que de justificatif.

Il en découle que la dignité humaine peut offrir aux détenus une protection aussi, voire plus, efficace que leurs droits fondamentaux. La dignité humaine et son approche globale des relations humaines au sein de la prison est donc susceptible, ici, de permettre d'élaborer un catalogue des restrictions admissibles aux droits fondamentaux des personnes détenues. Elle jouera d'autant mieux son rôle de garde-fou. Cela nous semble d'autant plus important que les articles 8 et 10 CEDH suscitent un volume de contentieux toujours plus grand qui doit être pris en considération au moment d'élaborer des lignes directrices en matière d'exécution des peines privatives de liberté.

CONCLUSION

La notion de dignité humaine telle qu'interprétée par la doctrine et les juges contient en elle-même une valeur objective contraignante. Par ailleurs, elle interdit un certain nombre de comportements qui lui portent atteinte. L'examen des divers contentieux dans lesquels elle a trouvé à s'appliquer permet de mieux appréhender la double dimension du principe de la dignité humaine dans la CEDH.

La notion de dignité a une double portée pour les personnes privées de liberté: d'une part elle proscrit les mauvais traitements infligés par les autorités qui la remettent en cause, d'autre part elle implique un droit subjectif visà-vis de l'Etat. Lorsqu'elle est revendiquée, elle sert de fondement pour exiger de l'Etat sa garantie ou une des prestations positives, notamment en ce qui concerne les conditions de détention et la protection de la santé et le bienêtre intra muros.

Cela étant, et au vu de la condition particulière des personnes détenues, il ne nous paraît pas erroné de parler plutôt de la reconnaissance au profit des personnes incarcérées de ce que nous appelons un faisceau irréductible de droits fondamentaux imprégnés de la dignité humaine. Ce concept supérieur, ce bien juridique dont est titulaire l'Humanité toute entière, est un concept qui éclaire, mais aussi qui protège les droits, dont chaque être humain est titulaire, fût-il détenu.

LA DIGNITÉ HUMAINE ET LA TRANSFORMATION DES DROITS MORAUX EN DROIT POSITIF

Hans Jörg Sandkühler

Université de Bremen.

"Il y avait un homme originaire de Bosnie; un jour, ils lui ont cassé la main droite, une autre fois la main gauche. Un autre s'appelait Seddeeq et était originaire du Turkménistan; ils lui ont attrapé les ambes et les lui ont tordues dans le dos. Beaucoup de prisonniers ont subi des déchirures musculaires. Moi-même, je ne sens plus mon doigt – celui-ci; je ne peux plus m'en servir comme des autres. Il y avait aussi un homme d'Afrique du Nord, je ne sais plus de quel pays il venait; ils l'ont frappé à l'œil et il a perdu son œil."

Khalid Mahmoud al-Asmar, Prisonnier à Guantanamo[1]

1. "LA DIGNITÉ HUMAINE EST INVIOLABLE. ELLE DOIT ÊTRE RESPECTÉE ET PROTÉGÉE"[2]

Quel est le statut de cette proposition? La dignité de l'homme est-elle *par essence* inviolable?[3] De la dignité de qui s'agit-il? Faut-il entendre par cette proposition qu'il est impossible de *ravaler*

1 Hier spricht Guantánamo. Roger Willemsen interviewt Ex-Häftlinge (Paroles de Guantanamo – Roger Willemsen interviewe d'anciens détenus), Frankfurt/M., 2006, p. 57.

2 Traité établissant une Constitution pour l'Europe (version du 29 octobre 2004), Partie II: "La Charte des droits fondamentaux de l'Union", Titre I, Article II-61: "Dignité humaine". Le préambule stipule que "consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité". Dans les "Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux", on peut lire en outre que "La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux. (...) Dans son arrêt du 9 octobre 2001 dans l'affaire C-377/98 Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil, rec. 2001, p. 7079, points 70 à 77, la Cour de justice a confirmé que le droit fondamental à la dignité humaine faisait partie du droit de l'Union. Il en résulte, notamment, qu'aucun des droits inscrits dans cette Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits dans cette Charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit."

3 Voir Wetz 1998, 2005.

l'homme? Est-il juste de dire qu'on ne peut retirer à personne sa dignité et que seul le droit au respect peut être mis à mal?

Les idées et concepts de dignité humaine contiennent les réponses aux questions "Qu'est-ce qu'un individu? Qu'est-ce que vivre en société?" S'agit-il de réexaminer le bien-fondé des notions modernes *d'individu, de personne et de sujet* dans la perspective du vivre-ensemble et à la lumière des nouvelles instances de socialité et de transculturalité, alors les déclarations sur la dignité humaine nous confrontent à des problèmes philosophiques, anthropologiques et juridiques.

J'esquisserai en premier lieu quelques-uns de ces problèmes, me réfèrerai brièvement à l'archéologie du concept et à la pluralité de ses définitions concurrentes, et défendrai la thèse selon laquelle seule la conceptualisation de la dignité humaine comme *principe, notion et norme juridiques* permet de cerner de manière adéquate ce que la garantie de la dignité est tenue de protéger: la liberté et l'égalité de tous ceux qui sont hommes.

Pourquoi cette thèse? Et premièrement qu'est-ce qu'elle *ne* signifie *pas*? Elle ne signifie pas que le "droit positif (de l'Etat de droit)" n'incorpore aucun principe de moralité et de justice ou de droit rationnel.[4]

La prémisse de cette thèse est que les hommes sont hommes en tant qu'*individus*. Si les énoncés d'existence opérant avec le verbe "être" sont liés au monde empirique, il n'existe ni *l'*homme, ni *la* personne, ni *le* sujet, pas plus que *la* société. Mais il y a *l'*individu. *Un* homme a une dignité, *chaque* homme a une dignité. La dignité est une notion relative, un moyen terme dans lequel est inscrit le respect mutuel de tous pour chacun. Tenir pour accordé d'avance qu'une atteinte à la dignité déborde la sphère de l'individuel n'a jusque là rien d'obvie: l'idée régulatrice de "genre humain" ou d'"humanité" offre une perspective pour comprendre l' humanité" dont il est question quand, depuis les procès de Nuremberg, on parle de "crime contre l'humanité". Mais de facto, l' "humanité" dont parle la philosophie ne saurait être dépouillée de sa dignité. C'est à *cet* individu, à *cette* personne que la dignité est soustraite; elle l'a été hier, l'est aujourd'hui et le sera demain aussi longtemps que les individus ne seront pas assez forts pour défendre leur dignité, et que les sociétés ne seront pas composées d'individus pourvus précisément de cette force. La présupposition commune aux

4 Voir Dreier 1981, p. 180.

moralistes, aux juristes et aux politiques, selon laquelle on ne porterait jamais atteinte qu'au droit au respect de la dignité, et non pas à la dignité elle-même, est à mon sens un sophisme. Elle domestique les hommes pour en faire des individus faibles, demeurant sous le joug d'une violence qu'ils supportent.

En réalité, le manque de respect de la dignité humaine est un phénomène très répandu et de ce fait tout dépend d'une défense de son principe. La pauvreté croissante, l'exclusion et les autres formes d'inégalité augmentent la vulnérabilité des hommes, les privant du droit à la vie, à la dignité et à jouir d'une bonne santé. L'intolérance, la discrimination et l'exclusion des "étrangers" relèguent des individus et des groupes à la marge de la société.

Le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme (de 1948) associe étroitement deux aspects essentiels indispensables pour comprendre la dignité humaine: (1) les droits de l'homme sont déclarés "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. Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme"; (2) on pourrait comprendre à tort la déclaration qui prescrit de "reconnaître le caractère inné de la dignité" dans le sens ontologique d'une dignité "toujours déjà donnée", si elle ne se situait dans le contexte de la "reconnaissance" et des droits égaux et inaliénables; c'est parce que la dignité humaine n'est pas "donnée", qu'il est "nécessaire (...) de protéger les droits de l'homme par la souveraineté du droit."[5]

En conséquence, les propositions sur l'intangibilité de la dignité ne sont en rien des propositions *descriptives*. *Elles expriment, sous la forme d'un devoir posé comme un être, la forme de normativité la plus puissante*.[6] La proposition selon laquelle la dignité doit être respectée et protégée part de sa vulnérabilité. Si la dignité était une

5 Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution de l'ONU 217 A (III) du 10 décembre 1948, Préambule.

6 Voir Kunig 2006, p. 65, et aussi Limbach 2001, p. 71: "L'énoncé descriptif de cette proposition conçue comme norme, décrivant en d'autres termes un devoir-être, doit mettre en relief son caractère absolu."

entité substantielle, en d'autres termes un en-soi qui se réalise et s'affirme par lui-même, elle n'aurait besoin d'aucune protection. Si les hommes étaient créés par Dieu, ou la Nature, de telle sorte que leurs besoins, leurs intérêts et leurs actions soient compatibles, et forment une unité universelle et une harmonie stable, la protection de la dignité ne serait pas un problème. La dignité ne devient un problème que dans la mesure où il y a discorde, conflit et pluralisme, tant épistémiques que pratiques, dans le déroulement historique de la vie humaine. Le concept de dignité intervient dans le chaos des individualités isolées et dans l'incertitude de la vie. *La "dignité" n'est pas un concept substantiel mais fonctionnel*. Il exerce son office avec le souci de créer du commensurable et de l'ordre par la médiation des mots, des concepts, des règles, des principes et des normes. Sa fonction est d'asseoir, lorsque "la liberté est mise en péril"[7], un signe "de la nostalgie de cette certitude que l'homme *in fine*, contre toutes les expériences historiques, ne saurait être anéanti"[8] – le signe que la dignité ne se protège pas elle-même mais qu'elle nécessite une protection institutionnelle, juridique. Le concept de "dignité humaine" est un étalon, c'est une forme de *constitution d'invariants* dans un monde instable. Le présupposé de la dignité renferme ces invariants comme un "miroir de notre vision du monde", comme un symbole d' "unité dans un monde hautement hétérogène"[9] ou un "rempart contre le Léviathan".[10]

L'obligation qui nous est faite de protéger la dignité humaine est, comme toute norme, un *schéma d'interprétation*. Il s'ensuit qu'elle n'est pas à l'abri des conflits d'interprétation.

Les débats actuels sur la dignité humaine – surtout chez les philosophes et les juristes – ne contredisent pas la condition humaine; ils la corroborent au contraire. Lorsque les philosophes affirment que le concept de dignité est "vide" de toute substance, c'est là l'expression d'une limite de la philosophie comme science théorique, limite au-delà de laquelle il y a une pratique de vie qui n'est plus accessible à la philosophie[11]. Les philosophes exigent des concepts clairs dont la signification univoque puisse être définie. Nombreux sont ceux qui ont des difficultés avec la dignité humaine parce que celle-ci est *un*

7 Kühnhardt 2002, p. 76.
8 Schlink 2003, p. 50.
9 Di Fabio 2004, p. 10.
10 Bayertz 1995, p. 471.
11 Contre cette idée, voir Bielefeldt 1998.

principe fonctionnel et une règle de la vie pratique, qui *précèdent* même tout *concept* philosophique, tout concept en quelque manière *a priori*. Et lorsque les comportementalistes – comme B. F. Skinner dans *Beyond Freedom and Dignity* (Par-delà liberté et dignité) – tiennent le principe de dignité pour superflu parce que ce n'est pas "l'homme autonome" qui a le contrôle de lui-même, mais bien "son environnement" qui le contrôle[12], cela montre la limite de ce que peuvent dire les sciences de la nature. On ne devrait ainsi pas faire passer pareille limitation pour le signe d'une supériorité.

Je plaide pour qu'on philosophe librement sur la dignité *et* pour qu'on ne remette pas en jeu la fonction du principe de dignité humaine au nom des exigences d'*ultime rationalité conceptuelle* particulières à la philosophie. Car cela pourrait coûter cher: déjà, "l'idée selon laquelle l'éthique des droits fondamentaux demande à être également vécue de manière active par les citoyens"[13] paraît insuffisamment développée. Ce n'est pas un hasard si nous – les individus en passe de devenir les sujets autonomes de notre existence sociale – avons appris à travers l'histoire de notre émancipation à préférer à la philosophie un autre moyen de protéger notre dignité. Cette protection à laquelle nous confions notre dignité est celle que nous avons nous-mêmes instituée: la protection *du droit, de la norme et de la sanction*.

A l'origine, la "dignité" n'était pas un concept juridique. Elle se rapportait au "rang", à la "condition", à la "fonction", à l'"honneur" et à l'"autorité". La dignité se laissait comparer: il y avait des degrés de dignité, un plus et un moins[14]. Ce sens était donc inégalitaire; dans la mesure où la dignité était liée à une fonction, à un rôle social, elle pouvait être retirée en même temps que la fonction. La dignité dont nous parlons aujourd'hui s'est affranchie de toutes ces connotations, comme de celles discriminantes de "race" ou de "sexe". Elle est absolue en un sens non-métaphysique[15], c'est-à-dire absolue en étant référée à la sphère d'existence du droit positif et donc en ce sens "*relativement* absolue".

---

12 Skinner, traduction allemande: «Jenseits von Freiheit und Würde" (1973), cité in Starck 1981, p. 461.

13 Limbach 2001, p. 73.

14 Sur l'histoire du mot dans la langue allemande voir l'entrée "Dignité" du Dictionnaire allemand des frères Jacob et Wilhelm Grimm, 30è livraison, 13.

15 Concernant le caractère absolu de la valeur de «dignité humaine», voir par exemple Tiedemann 2005, pp. 370-376.

2. LA DIGNITÉ HUMAINE EN QUESTION

Depuis plusieurs années, la notion de dignité humaine suscite un débat virulent au sein des communautés philosophiques et juridiques. Le débat est paradoxal. Nombreux sont ceux qui disent que l'usage inflationniste du mot "dignité" est inversement proportionnel au fait qu'il n'a pas de signification constante, et donc pas de sens. Certes, l'expression "dignité humaine" est souvent employée avec une signification très vague, comme une formule creuse, ce qui encourage l'usage inflationniste dont elle fait parfois l'objet. De même, elle est quelquefois utilisée de manière abusive comme un argument facile et rapide ("knock-out argument"), afin d'éviter les difficultés propres aux discussions éthiques et pour s'épargner d'avoir à apporter des explications supplémentaires. Parmi les détracteurs de ce concept, Schopenhauer est un témoin privilégié. Pour lui, le terme de "dignité" était, déjà en 1840, un "Schibboleth pour tous les moralistes embarrassés et irréfléchis qui dissimulent derrière cette expression imposante de "dignité humaine" leur manque d'un fondement pour la morale, qui soit réelle ou qui du moins veuille dire quelque chose."[16]

Ne serait-il pas plus approprié de conclure des différents contextes du mot (dans le discours religieux, comme catégorie phare de l'éthique, comme concept juridique et comme outil du combat d'opinions politique) au besoin qu'ont les hommes de protéger leurs droits ? A l'ordre du jour figurent des questions existentielles, comme celle de la recherche sur les cellules-mères d'embryon, du diagnostic de préimplantation, de l'euthanasie, des droits des migrants, de la protection contre la pauvreté, ou enfin la question, de toute première importance, du relâchement de l'interdiction faite aux Etats de pratiquer la torture[17].

Qu'est-ce à dire que, dans ce débat, un éminent juriste français explique que la "dignité de la personne humaine" est "le plus flou de tous les concepts", un "abracadabra dont la prolifération liturgique

16 Arthur Schopenhauer, Le fondement de la morale in Les œuvres complètes en cinq tomes, éditées par L. Lütgehaus, Tome III, Zürich, 1988, p. 522.

17 Voir Poscher 2004, et aussi Amnesty International, Document public, Index AI: AMR 51/146/2004, ÉFAI, Londres, 27 octobre 2004; Guantanamo: United Nations Human Rights Experts Express Continued Corncern About Situation of Guantanamo Bay Detainees. UN-Press HR/4812, 4/2/2005, http://www.un.org/News/Press/docs/ 2005/hr4812.doc.htm.

accompagne l'édiction de toute loi pour fonder symboliquement l'autorité de celle-ci grâce au ressort magique de sa forme sacrée"[18]? Qu'est-ce à dire qu'une bioéthicienne américaine, dans un article publié dans le *British Medical Journal*, qualifie la dignité humaine de "concept inutile" en éthique médicale car il ne signifierait pas autre chose "que ce qui est déjà contenu dans le principe éthique du respect des personnes". Aussi cette notion pourrait-elle être tout simplement abandonnée, sans aucune perte[19]. Mais, dans ce cas, devrions-nous également renoncer aux autres grandes notions de l'éthique – le bien, la justice, l'amour –, parce qu'elles ont une signification très large et ne satisfont pas à l'exigence d'une clarté *conceptuelle* irrécusable?

Le débat autour des interrogations que suscite la dignité humaine est paradoxal en ce sens où il s'accompagne *de facto* d'un très net processus international qui transforme des règles culturellement taboues dans l'Etat de droit[20] en règles juridiques[21], un processus qui touche au principe de dignité de la personne d'une manière toute particulière, à savoir sous l'horizon de la *neutralité* religieuse et idéologique à laquelle le droit et l'Etat sont astreints. Les détracteurs de cette thèse plaident – consciemment ou inconsciemment – pour une "dérégulation", en d'autres termes pour une *déjuridicisation* des exigences de respect en démocratie. La dignité humaine est reléguée dans la sphère des opinions personnelles, hors de l'espace public dévolu à l'ordre juridique de caractère démocratique. La conséquence

18 Voir l'article d'Olivier Cayla, directeur de recherches au Centre d'études des normes juridiques, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS): «La dignité humaine: le plus flou de tous les concepts», Le Monde, 31 janvier 2003, p. 14.

19 Macklin 2003, p. 1419. A l'opposé, la Cour constitutionnelle allemande a établi qu'il fallait faire dériver le statut moral et juridique de l'embryon humain de l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale (Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande n°39, 1 [41]). Dans la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (UNESCO 1997) la dignité humaine est réputée la "valeur clé de la bioéthique" Cf. http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=25143&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. **A propos** des contextes bioéthiques du débat, voir notamment Düwell 2001, Höffe 2001, Herms 2004, Sève 2006. Concernant "l'inflation du concept de "dignité humaine» dans la bioéthique allemande", voir Birnbacher 1996. Pour un plaidoyer en faveur de la "liberté de recherche» dans les "sciences de la vie», voir Markl 2001.

20 Voir Maihofer 1968, Denninger 2000. Toutes les constitutions récentes des Etats d'Europe de l'ouest (Suède, Portugal, Espagne, Grèce, Suisse), édictées après 1975, désignent la dignité humaine comme fondement de l'ordre politique et juridique. Cf. Starck 1981.

21 Voir Henkin 1979, Girard/Hennette-Vauchez 2005.

en est que la dignité humaine, à l'intérieur comme au-delà de l'ordre juridique, n'est plus absolue.

3. LA "DIGNITÉ HUMAINE": UN PRINCIPE DYNAMIQUE

L'archéologie de la notion de "dignité humaine"[22] montre qu'il s'agit d'un principe qui progresse dans le temps. Voilà ce que pourrait nous faire voir un aperçu du trajet historique, commencé à la Renaissance, au cours duquel la "dignité humaine" est devenue l'expression du *respect inconditionnel* dû à tout homme en vertu de son humanité, indépendamment par conséquent de ses qualités ou de ses performances.

La compréhension chrétienne de la dignité de l'homme, en tant qu'il est "façonné à l'image de Dieu", était liée à une dévalorisation de la vie terrestre. Ce à quoi, à partir de la Renaissance, des auteurs comme Pic de la Mirandole tournèrent le dos: "ils n'interprétèrent plus "la dignité et la supériorité de l'homme" comme simplement le reflet du rapport privilégié de l'homme à Dieu, mais plutôt (voyez, par exemple, le célèbre discours de Pic de la Mirandole *De la dignité de l'homme,* 1496) comme sa capacité et son droit à façonner activement sa vie sur terre. La philosophie moderne se rattacha à cela et mit en relief trois grands moments de la dignité humaine. (a) La nature non-fixe de l'homme: tandis que la Nature ou Dieu prescrivent à tous les autres êtres leur mode d'existence, l'homme est libre de choisir son mode de vie; c'est à lui que revient la possibilité de l'autodétermination créatrice. (b) Sa nature raisonnable: autrement dit, sa capacité à penser et à agir rationnellement. (c) Son autonomie: l'homme crée ses normes et ses valeurs. Ce qui, avec Kant, se formule ainsi: "On peut donc dire que l'autonomie est le principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable."[23]

A l'orée de la modernité et à l'époque des Lumières, la conception de la dignité comme liberté se trouve étroitement associée à la conception stoïcienne de la dignité comme participation à la raison. On lit chez Pascal: "L'homme est fait pour penser, c'est toute sa dignité et tout son mérite."[24] Pufendorf, le théoricien du droit de l'Etat et du

22 Voir Horstmann 1980, Spaemann 1985/86, Böckenförde/Spaemann 1987, De Koninck 1996, Bayertz 1999 et Dreier 2004, pp. 142-153.

23 Bayertz 1999 et Bayertz 1995.

24 Pascal, Pensées, fragment 146; voir aussi frgt. 346. A propos de Pascal et de Kant, voir Klein 1968.

droit des peuples, qui influença la Constitution de Virginie de 1776, voit aussi la dignité dans la liberté qu'a l'homme de choisir et de réaliser ce qui est reconnu par la raison. Il associe la dignité à l'idée d'égalité de tous les hommes. Mais c'est à Kant, dans sa *Métaphysique des mœurs*, que nous devons une conception maîtresse entre toutes, et ce jusqu'à nos jours. On peut en effet y lire au § 38: "L'humanité elle-même est une dignité; car l'homme ne peut être utilisé par aucun homme (ni par d'autres, ni même par lui) simplement comme moyen, mais il faut toujours qu'il le soit en même temps comme une fin, et c'est en cela précisément que consiste sa dignité (la personnalité), grâce à laquelle il s'élève au-dessus de tous les autres êtres du monde qui ne sont pas des êtres humains et qui peuvent en tout état de cause être utilisés, par conséquent au-dessus de toutes les choses. De même, donc, qu'il ne peut se dessaisir de lui-même pour aucun prix (ce qui entrerait en contradiction avec le devoir de s'estimer soi-même), de même il ne peut pas non plus agir à l'encontre de la tout aussi nécessaire estime de soi que d'autres se portent à eux-mêmes en tant qu'hommes: autrement dit, il est obligé de reconnaître dans le registre pratique la dignité de l'humanité en tout autre homme, et par conséquent repose sur lui un devoir se rapportant au respect qui doit être nécessairement témoigné à tout autre homme."[25]

Le concept kantien de dignité humaine s'est vu confronté à un "mais" vers le milieu du XIXè siècle, dans les mouvements socialiste et communiste; un "mais" dicté par la paupérisation réelle des masses: *mais* il faut des "*conditions* humainement dignes" pour que la dignité soit réalisée. En d'autres termes, la "dignité humaine" n'est rien qui soit *donné* partout et tout le temps. Pour comprendre la dynamique historique par laquelle des significations ont été attribuées à ce mot il faut considérer les deux présuppositions suivantes:

(1) La prémisse *anthropologique:* la nature humaine contient imperfection, diversité et ouverture au changement. De ce fait "toute tentative pour définir une nature humaine, une essence de l'homme, une substance humaine ou une image de l'homme, et pour les rendre

25 Kant, AA VI 462; Kant, Métaphysique des mœurs, Doctrine de la vertu, I, II, § 38, éd. GF-Flammarion, Paris, 1994, traduit par Alain RENAUT; cf. aussi les §§ 9, 12, 29. Sur la conception kantienne, voir Löhrer 1995 et Forschner 1998. Voir aussi J.G. Fichte, De la dignité de l'homme (Über die Würde des Menschen) et G.W.F. Hegel, Principes de la philosophie du droit, remarque du § 155.

obligatoires du point de vue normatif, va à l'encontre du noyau philosophique de l'idée de dignité humaine."[26]

(2) Le présupposé *historico-social:* elle consiste en ceci que la dignité humaine, appréhendée comme principe, règlement et norme dans des contextes socio-économiques, politiques et culturels, est obtenue de haute lutte et fait l'objet d'une interprétation.

Dans ces contextes, les définitions se font concurrence (4è partie) et c'est encore par une mise en contexte que nous répondrons à la question du substrat de la dignité et du destinataire de sa garantie (5è partie).

4. PLURALITÉ ET CONCURRENCE DES DÉFINITIONS

Innombrables sont les définitions, les explications et les justifications du principe de dignité humaine[27], postulé comme valeur ou décrit comme norme positive[28]. Elles dépendent d'intérêts épistémiques et pratiques, d'images de l'homme et du monde, et du médium dans lequel elles sont formulées, que ce soit le discours quotidien, la philosophie, la théologie ou la science juridique.[29] De même, qu'il s'agisse de définitions métaphysiques et substantielles ou pragmatiques et fonctionnelles, de leur pluralité découle la nécessité d'établir le fondement de la dignité humaine, et les cas où elle est bafouée. Le fondement ne résulte pas d'un statut ontique qui pour ainsi dire "parlerait pour lui-même", ni de besoins pratiques en eux-mêmes évidents, pas plus qu'elles ne dérivent de son concept "comme des vérités qui seraient contenues analytiquement dans ce dernier" appréhendé dans son "double rôle de catégorie éthique et anthropologique et de concept de droit constitutionnel."[30]

Dans sa variante la plus faible, la notion de dignité de l'homme renvoie à une *vision* qui permet d'établir un certain nombre d'autres principes. Une variante un peu plus consistante affirme que la "dignité" est le principe phare, plus fondamental que la valeur "droit" car les droits de l'homme reposent sur lui, et plus précieux que le mot "liberté" car on conserve encore toute sa dignité même

26 Bayertz 1995, p. 479.

27 Pour une bibliographie, voir Haferkamp 1996. Concernant les justifications alternatives, voir notamment Spaemann 1985/86; il plaide pour une compréhension non fonctionnelle de la dignité humaine.

28 A propos des valeurs dans le droit, voir Podlech 1970.

29 Voir Stoecker 2004.

30 Bayertz 1999.

quand on a perdu l'usage de sa liberté. Dans la variante la plus solide enfin, la dignité n'est en aucun cas une norme "fabriquée". C'est un concept intimement lié à la nature humaine, et qu'il faut situer entre le Droit naturel et le Droit positif.

Selon une distinction approximative, les concepts substantiels de dignité, métaphysiques et anthropologiques (1), font concurrence aux concepts de dignité fonctionnels, anthropologiques ou plutôt pragmatiques (2).

(1) La "théorie de la dotation préalable" est tournée vers une *valeur* objective du point de vue substantialiste: la dignité humaine serait une valeur pré-positive, fondée dans l'existence de l'homme, telle que Dieu ou la Nature la lui ont attribuée.

(2) D'orientation fonctionnaliste sont les théories qui adoptent des *conceptions de l'agir*[31] *et de la reconnaissance*: les hommes ont une dignité de par ce qu'ils accomplissent en propre, de manière autonome, et/ou du fait de leur besoin d'être respectés ainsi que de leur besoin d'une reconnaissance mutuelle de leur dignité. La dignité ne dérive pas d'une attribution mais bien d'une reconnaissance du devoir de s'accorder mutuellement le respect de notre dignité[32]. D'où il résulte que le principe de dignité a pour fonction de servir à protéger l'individu contre toute atteinte à ce qui fait de lui un être humain dans sa liberté et son égalité de droits. La dignité de la personne humaine exige que l'homme soit reconnu comme sujet. Son rôle de protection fait du principe de dignité un *principe juridique*, un droit subjectif fondamental; il le caractérise comme droit à se défendre et à revendiquer ses droits. Ce principe désigne alors le standard de ce qu'il est permis d'exiger d'un homme et la limite imposée non seulement aux agissements inhumains (notamment la torture, l'esclavage, la peine de mort), mais aussi aux négligences inhumaines (laisser par exemple quelqu'un mourir de faim ou tolérer qu'on persécute les minorités)[33].

31 A propos de la théorie de l'agir de Luhmann, voir Vitzthum 1985, p. 206 et suivantes.

32 A propos de la théorie de la reconnaissance et de la proposition de Jürgen Habermas qui affirme que la dignité humaine "reposerait uniquement sur les relations interpersonnelles tissées par une reconnaissance mutuelle, sur le rapport égalitaire des personnes entre elles" (Habermas 2001, p. 67) et à propos du risque que nous fait voir Hofmann (1993) que la communauté où se joue cette reconnaissance soit identifiée de manière chauvine avec la foule des co-sujets de droit au sein de l'Etat-Nation, voir Tiedemann 2005, p. 358 et suivantes.

33 Voir Birnbacher 1996.

La *pratique juridique,* considérant que les théories métaphysiques, anthropologiques et éthiques se font concurrence et qu'elles sont par nature abstraites et théoriques, définit la dignité humaine *ex negativo*, en d'autres termes "elle part de ce qui contrevient à la dignité humaine" et examine au cas par cas les atteintes portées à la dignité. Les constitutions évitent de définir le principe de dignité humaine de manière concrète (matériellement). Dans le cadre de leur compréhension de l'ordre objectif des valeurs en fonction duquel les droits subjectifs sont interprétés et à l'intérieur duquel ils se concrétisent, elles tracent bien plutôt les limites au-delà desquelles on peut établir que la dignité humaine est bafouée[34]. Elles décident si une action donnée, ou une mesure, entraîne un manquement à la dignité humaine. Du point de vue juridique, il n'existe en conséquence aucune réponse *a priori* qui vaille pour chaque situation à venir.

Les théories de la dotation préalable, de l'agir et de la reconnaissance[35] sont unanimes à considérer que la dignité revient à tout homme. Abstraction faite de leurs divergences, les théories substantialistes comme les théories fonctionnalistes de la dignité humaine n'en laissent pas moins certains problèmes non résolus:

(1) la thèse selon laquelle on ne saurait retirer sa dignité à aucun homme, y compris quand on y contrevient, n'est pas compatible avec la perte du sentiment de sa dignité éprouvée par exemple dans la torture;

(2) la thèse selon laquelle l'individu ne peut renoncer à sa dignité de personne humaine et aux droits qui en découlent, puisqu'ils lui viennent précisément de sa qualité d'homme, soulève la question de la dignité de qui ne respecte pas celle d'autrui. La théorie de l'agir part de l'idée que "c'est précisément l'individu lui-même qui détermine ce qui fait sa dignité. [Cette théorie] n'est néanmoins pas suffisante là où l'individu est dans l'incapacité d'agir ou de vouloir, là où il est hors d'état de se constituer une identité par ses propres actions."[36] Il y a toujours quelqu'un qui, *de facto,* ne respecte pas sa propre dignité

34 Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande n°30, 1, 25.

35 Pour une caractérisation des différentes théories et de leur discussion, voir Pieroth/Schlink 1994, n° en marge 384, Dreier 2004, n° 54-57 (en marge), et Haucke 2006.

36 Pieroth/Schlink 1994, n° en marge 385. A l'opposé, Kunig (2006, p. 71) souligne le fait que la dignité est échue à tout homme, sans qu'il faille encore présupposer "la conscience de sa propre dignité, voire un comportement qui serait conforme à ce sentiment."

ni celle d'autrui. Pourtant, dans un Etat de droit, il faut traiter ce quelqu'un *comme s'il* était une personne dotée de dignité. Et c'est en cela qu'on voit l'avantage d'une compréhension fonctionnaliste de la dignité sur une compréhension substantialiste.

(3) dans l'histoire, les concepts tant substantialistes que fonctionnalistes de la dignité se sont avérés instables. La consistance du principe de dignité s'est modifiée conformément aux différentes fonctions de la constitution d'invariants. Quels sont donc les critères qui doivent valoir pour interpréter le principe dans son aspect éthique et de droit constitutionnel par-delà l'indifférence relativiste?

Si l'on veut répondre à cette question il faut rendre compte de ceci: qui est porteur de la dignité, qui est le destinataire de sa garantie?

5. LA PERSONNE COMME DESTINATAIRE DE LA GARANTIE DE LA DIGNITÉ

Dans une perspective pragmatique, cela n'a pas de sens d'ériger l'"**humanité"** au rang de **sujet:** l'"humanité" comme fin en soi, comme but, n'est en rien un sujet réel, c'est au contraire un sujet virtuel dont la dignité ne saurait être protégée. C'est pourquoi je propose un renversement copernicien: jusqu'à présent, les philosophes ont supposé que la dignité de l'humanité était la *condition transcendantale de l'attribution possible* de la dignité à l'homme pris individuellement. Seule une inversion de ce rapport ouvre la voie à un concept adéquat de la personne porteuse de cette dignité. Le principe de dignité devient opératoire, en pratique, seulement au niveau de l'homme comme fin en soi, de l'individu appréhendé comme *personne*.

La querelle théorique entre conceptions métaphysiques et conceptions morales du statut des personnes, substances ou agents moraux, n'intéresse pas ici notre propos. Les listes de capacités censées constituer l'être de la personne – notamment la rationalité, la conscience, l'intentionnalité (Daniel Dennett) ou l'auto-évaluation critique et l'autonomie (Harry Frankfurt) – ne sont pas exhaustives. Elles ne sont pas non plus à l'abri de l'objection selon laquelle tous les hommes, qui sont des êtres doués de dignité humaine, ne sont pas pour autant des personnes au sens juridique du terme, le droit étant cela même qui garantit le respect de la dignité (par exemple les embryons, les nourrissons ou les personnes atteintes de démence;

ce sont les personnes responsables d'eux qui les représentent juridiquement).

Qui est une personne? Lucien Sève, philosophe et membre de longue date du Comité consultatif national d'éthique en France, a publié en 2006 un livre qui a pour titre *Qu'est-ce que la personne humaine?* A la question de savoir si l'on doit tenir ou non l'embryon pour une personne – et si oui, dans quelle mesure –, il s'est, dit-il, souvent vu répondre: "*Personne* n'appartient pas aux concepts de la biologie, allez plutôt voir le juriste et le moraliste". "Le juriste vers lequel nous nous tournons alors va nous le confirmer: la personne dont il fait profession de s'occuper se situe au-delà de tout fait empirique: c'est une fiction juridique. Est une personne, au sens où le verbe être ne décrit pas mais prescrit, le sujet titulaire de droits et d'obligations, et un tel sujet ne ressortit pas du tout aux données naturelles mais aux institutions historiques".[37]

Qu'est-ce à dire? Avec la question du destinataire de la garantie de la dignité, question qui relève du droit et de la philosophie, sommes-nous confrontés au même problème que celui déjà posé par la dignité même? Il existe, en fait, autant de réponses qu'il y a de philosophies: des réponses légitimes, mais qui ne jouissent d'aucune sorte de primat sur le type de réponse que désire avoir la société pluraliste moderne. Selon Lucien Sève, la solution à ce problème est "d'essence laïque, puisqu'à vocation publique, et par principe exempte des difficultés de l'ontologisation (...). Solution d'autant plus tentante que la culture juridique paraît jouxter en bien des cas la délibération éthique, voire lui faciliter la route."[38] Contrairement à lui, je ne tiens pas cette solution pour "intrinsèquement insuffisante" parce que "en se référant à la personne comme forme purement idéelle elle conduirait forcément l'éthique à une réduction et une limitation inacceptables." Car il ne résulte pas nécessairement de la définition juridique de la personne ce que Lucien Sève redoute: "l'obéissance à la factualité de décrets extérieurs" au lieu de "l'assentiment interne à des valeurs inconditionnelles". Et la philosophie? De l'avis de Sève, tel est le problème en sa dimension philosophique: "comment la personne humaine peut-elle bien n'être ni une réelle *substance* – physique ou métaphysique –, ni pourtant davantage une pure *fiction* juridique ou grammaticale?" Lucien Sève se réfère à la réflexion

37 Sève 2006, p. 37.

38 Sur la "culture du droit", voir Mohr 2009.

critique marxienne sur la grande question "Qu'est-ce que l'homme?»: "l'essence humaine n'est pas une abstraction inhérente à l'individu pris à part. Dans sa réalité effective, c'est l'ensemble des rapports sociaux".[39] C'est pour cette raison que Sève propose de "penser la personne comme une *réalité,* mais une réalité d'essence *historico-sociale* – plus précisément: civilisationnelle – activement intériorisée et travaillée par chacune en une mesure variable, irréductible donc aussi bien à la substance qu'à la fiction ou même à la seule relation interpersonnelle, puisqu'elle a pour base immensément débordante par rapport à chaque individu ce que j'appelle l'*ordre de la personne,* ensemble de pratiques, institutions et représentations inséparablement objectif et subjectif en voie de devenir historique".[40]

Je renverserais ici la question: le juriste confirmera-t-il que la personne est une fiction juridique? Bien au contraire, le juriste sait qu'un *sujet de droit*[41] n'est rien d'autre que l'individu vivant, un fait empirique, une réalité d'essence historico-sociale. Le droit de la personne apparaît à la fin de chaque combat pour la dignité, mené tout ensemble par l'individu et la société; et c'est exactement la forme normative sous laquelle les individus comme fin en soi, à travers un processus d'individuation réussi, deviennent des personnes. Il n'est pas conforme aux intérêts particuliers des individus qu'ils se muent, dans et par le droit, en personnes *abstraites*. C'est pourquoi la Déclaration universelle des droits de l'homme unit de façon inséparable personne, dignité et respect. La dignité est un état de la personne qui garde dans *son* droit la maîtrise de soi et de la possibilité de rester autonome dans la société.

A quel droit et à quelle société avons-nous affaire là? La reconnaissance sociale des droits fondés dans la dignité humaine nécessite des rapports sociaux où la protection des droits de l'homme soit assurée par les institutions de l'Etat de droit et de l'Etat social.[42] Des rapports sociaux sans pauvreté et faim dans le monde, sans exclusion sociale, sans guerre, sans terreur.[43] Ce n'est pas la dignité

39 Karl Marx/Friedrich Engels, *Œuvres* [MEW], tome 3, p. 6.
40 Sève 2006, pp. 17-19.
41 Il faut ici considérer la différence entre "sujet de droit" (l'individu) et "personne morale" (par exemple une entreprise).
42 Voir Sandkühler 1999, 2002, 2004.
43 C'est l'objectif du projet "Dignité humaine et exclusion sociale" (DHES), projet paneuropéen lancé en 1994 à l'initiative du Conseil européen.

qu'il faut mesurer à l'aune de ces rapports, mais bien ces rapports à l'aune de la dignité.

6. CONSTITUTION, ÉTAT DE DROIT ET DIGNITÉ HUMAINE

La proposition qui énonce "l'inviolabilité de la dignité humaine" est une *proposition juridique* contraignante[44]; la "dignité humaine", la norme qui est à la base des droits fondamentaux qui en découlent[45]. C'est seulement dans la proposition juridique que la dignité – au-delà de la querelle des justifications morales – devient le fondement ultime des exigences auxquelles nous avons le droit de prétendre comme individus et dont la protection doit nous être garantie sans conditions, de manière à la fois interpersonnelle[46] et collective, politique, sociale et culturelle. Certes, le principe de dignité est ouvert à une réflexion éthique; mais la norme de la dignité n'en demeure pas moins en son essence intangible; elle est protégée par la barrière de l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale qui formule son contenu essentiel. L'inconditionalité de la garantie exclut que l'Etat se saisisse de la norme juridique. "La dignité est *condition de la démocratie* et à ce titre elle n'est pas à sa disposition."[47] La "dignité de la personne humaine" est devenue un concept juridique opératoire pour désigner ce qu'il y a d'humain dans l'homme, ce qui mérite donc d'être protégé. Tout ce qui tend à déshumaniser l'homme sera considéré comme une atteinte à cette dignité. Voici le bilan qu'on peut dresser: le principe de dignité humaine exige l'*inconditionnalité* de la garantie; dans le même temps, qui dit "dignité humaine" dit principe de droit dynamique. *L'objection philosophique selon*

44 Voir Kunig 2006, p. 76: "Le concept de "dignité humaine" est un concept juridique (...) Qu'il soit au plus haut point indéterminé ne lui enlève pas sa qualité de concept juridique."

45 Voir Hain 2006, p. 190.

46 Dans la Constitution suisse, l'association de la dignité humaine et de la responsabilité sociale de la personne est formulée plus nettement que dans la Loi fondamentale allemande (cf. Hesselberger 1996, p. 60): "Art. 6 Responsabilité individuelle et sociale: Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société. Art. 7 dignité humaine: La dignité humaine doit être respectée et protégée."

47 Loi fondamentale, Podlech, 2è édition, Art. 1 alinéa 1, n° 16. Voir l'article 19 (2) de la Loi fondamentale («En aucun cas un droit fondamental ne peut être bafoué dans son essence") en relation avec l'article 79 (3) (qui interdit toute renonciation aux principes des articles 1 et 20 ["L'Etat fédéral démocratique et social"] en vertu d'une clause d'éternité [garantie éternelle]).

laquelle la possibilité d'une ultime fondation de nature normative ferait défaut n'est pas pertinente. L'argument de Karl-E. Hain est convaincant: "L'article 1 alinéa 1 (page 1) de la Loi fondamentale peut bien incorporer dans le droit certains principes de la philosophie pratique: pareille détermination dépendra toujours de la codification instituée par l'auteur de la Constitution, qui fait de la norme un état de fait du droit positif en vigueur. *Sous l'angle de la philosophie pratique, l'acte de la codification pourrait être interprété (suivant une décision relevant d'un choix pratique) comme le point d'arrêt d'une régression à l'infini dans la quête d'une fondation. Considéré du point de vue de la théorie constitutionnelle, la décision fondamentale de l'auteur de la Constitution pourrait être remplacée par une autre. Néanmoins, dans le cadre de l'ordre constitutionnel positif en vigueur, la dignité humaine n'est pas davantage fondée et n'a pas non plus besoin d'une justification matérielle supplémentaire tant que l'acte de la codification instituée par l'auteur de la Constitution est accepté comme fondateur de la validité du droit constitutionnel positif*."[48]

La dignité humaine rendu positive à titre de norme juridique découle d'une formation sociale du vouloir: on s'accorde à ne pas vouloir discuter *si* la dignité revient ou non aux hommes. Le lieu de cet accord est l'Etat comme forme politique de la souveraineté du peuple – non pas un Etat quelconque, mais l'Etat de droit en tant qu'Etat social[49]. L'expression "dignité humaine" ne veut pas seulement dire avoir des droits contre l'Etat, mais signifie une rupture "par rapport à la doctrine issue de l'optimisme libéral, selon laquelle la dignité humaine ne concernerait en rien l'Etat"[50]. Leur adhésion à un ordre social et étatique ne saurait être exigé des citoyens qu'à la condition que l'ordre juridique et étatique leur accorde des garanties minimales de dignité: (1) la garantie de la sécurité pour sa propre vie et d'une vie libérée de l'angoisse de l'existence; (2) une garantie contre les discriminations de sexe, de race, de langue et d'origine sociale; (3) la garantie du libre épanouissement de la personnalité[51], de la liberté d'opinion et de croyance; (4) la garantie contre le recours

48 Hain 1999, p. 228.

49 Voir Dreier 2001, p. 233: la garantie de la dignité humaine offre "au principe de l'Etat social que soit exigible la garantie étatique d'un minimum matériel pour vivre. A cet égard, la norme réfère à une composante sociale."

50 Dührig 1956, p. 118.

51 Voir Benda 1994.

arbitraire à la violence; (5) le respect des droits fondamentaux à la vie et à l'intégrité physique[52].

Contre un Etat qui viole leur dignité en violant leurs droits fondamentaux, les citoyens ont un droit de résistance.[53]

Seul un Etat de droit démocratique[54] dont la "norme fondamentale" se réfère à la dignité humaine comme valeur suprême a le pouvoir de garantir à tous les individus, d'une manière qui leur est appropriée, l'union de l'égalité[55] et de la liberté sous des conditions de justice, et de protéger ainsi la dignité individuelle en même temps que l'ensemble tout entier des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Que dans nombre de sociétés cet Etat de droit ne soit pas du tout réalisé, ou en partie seulement, je ne le conteste pas par cette déclaration normative. La normativité de ce qui fait le droit transnational et transculturel[56] des droits de l'homme est néanmoins la base de la critique des déficits de la démocratie ainsi que celle du combat social pour la démocratie. (Ce n'est pas ici le lieu de développer la question de savoir dans quelle mesure l'internationalisation, la supranationalisation, la mondialisation et la privatisation conduisent à des déficits de démocratie dans la gouvernance transnationale et si l'ordre constitutionnel national se borne à garantir les droits fondamentaux.) J'exposerai dans ce qui suit quelques-uns des éléments constitutifs de l'Etat de droit, tels qu'ils sont positivés dans le droit constitutionnel.

L'idée d'étayer les constitutions démocratiques sur le principe de la dignité humaine est récente. La constitution irlandaise de 1937 en est le premier exemple. Dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1791, le mot "dignité" n'apparaît qu'à l'article 6,

52 Ibid., n° 18-22.

53 Loi fondamentale, article 20 (4): "Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible."

54 Voir Allan 1998.

55 A propos de la "politique" anti-égalitaire "de la dignité" prônée par Avishai Margalit, voir Krebs 1999.

56 Voir McDougal 1989, Roth/Weschler 1998. Voir aussi le préambule de "La Charte des droits fondamentaux de l'Union" (2000/C 364/01): "consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice."

dans le sens ancien du terme: "La loi est l'expression de la volonté générale. (...) Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. 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." La Constitution de l'empire allemand de 1919 (la "Constitution de Weimar") ne connaît encore le principe de dignité qu'indirectement; c'est sous le titre "La vie économique" qu'on peut lire à l'article 151: "L'organisation de la vie économique doit correspondre aux principes de la justice et se proposer comme but de garantir à tous une existence digne de l'homme. A l'intérieur de ces limites il faut assurer la liberté économique de l'individu."

La valeur morale de la dignité humaine ne commence à triompher comme principe politique et juridique qu'après 1945, du fait des injustices dont on fit l'expérience et des procès de Nuremberg et de Tokyo (où fut introduite la notion de "crime contre l'humanité" en tant qu'état de fait). L'idée neuve, désormais introduite dans le droit positif, que la personne humaine possède une dignité et des droits propres, opposables à l'Etat, intervient seulement après la deuxième guerre mondiale et les expériences de non-droit liées au fascisme, au national-socialisme et à l'impérialisme nippon. Une inflation "normative" dans le domaine du droit des peuples et du droit intérieur a suivi la Charte de l'ONU et la Déclaration universelle des droits de l'homme. Désormais la dignité n'est pas seulement un droit fondamental; elle constitue la base même des droits de l'homme. Le contexte est le même pour la Loi fondamentale de l'Allemagne: "Article 1: (1) La dignité 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."

Il faut souligner:

(1) que la reconnaissance "des droits inviolables et inaliénables" est reconduite, au moyen du syntagme "En conséquence", à son fondement, la dignité humaine comme valeur suprême et norme du droit[57]. "La dignité humaine est vis-à-vis des droits fondamentaux

57 Voir Dreier 2004, Art. 1 I, n° 42.

dans une relation de fondation"[58]: "Incontesté est le caractère de norme juridique de l'article I.1 de la Loi fondamentale, tout comme l'est son caractère fondateur. Il ne s'agit pas simplement d'une proposition programmatique ni d'une profession de foi éthique, ni d'une déclaration solennelle ou d'une explication préliminaire des motifs, mais au contraire d'une *norme du droit constitutionnel objectif,* immédiatement contraignante." Ce ne sont "pas seulement les droits fondamentaux séparément mais les droits fondamentaux dans leur ensemble qui sont les concrétisations du principe de dignité humaine"[59];

(2) le droit constitutionnel montre que le principe de dignité humaine n'est pas conçu de manière statique, et pourquoi ce n'est pas le cas: il se développe par son interaction avec les représentations elles-mêmes changeantes des valeurs sociales;

(3) la Loi fondamentale n'est nullement un ordre axiologiquement neutre, elle est plutôt "un ordre de valeurs objectif".[60] La Loi fondamentale a acquis ce statut dans l'interprétation de droit constitutionnel avec "l'arrêt Lüth", à partir duquel la Cour constitutionnelle allemande a écrit l'histoire du droit constitutionnel, en 1952. On peut y lire "que la loi fondamentale, qui ne se veut nullement un ordre axiologiquement neutre (...), a également établi dans les articles voués aux droits fondamentaux un ordre de valeurs objectif où précisément s'exprime un renforcement, sur le plan des principes, de l'autorité des droits fondamentaux (...) Ce système de valeurs, qui a pour centre de gravité la personnalité humaine libre de s'épanouir au sein de la communauté sociale, et sa dignité, doit valoir pour tous les domaines du droit comme décision première du droit constitutionnel; c'est de ce système que la législation, l'administration et la jurisprudence reçoivent directives et impulsions. Bien évidemment, il exerce ainsi une influence également sur le droit civil; aucune prescription de droit civil ne peut lui être contraire, chacune de ces prescriptions doit être interprétée dans son esprit;

58 Dreier 2004, Art. 1 I, D, n° 1.

59 Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande n°93, 266: "Les soldats sont des assassins".

60 Voir l'arrêt Lüth du 15 janvier 1958 (Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande n° 7, 198, **http://www.oefre.unibe.ch/-law/dfr/bv007198.html**). A propos de cet arrêt, voir Henne/Riedlinger 2004.

(4) néanmoins la Cour constitutionnelle allemande[61], jusqu'à aujourd'hui, n'a pas défini la dignité humaine de manière concrète (matériellement) [62]. Elle a plutôt étendu, à l'occasion de jugements prononcés sur des cas particuliers, le catalogue de ses implications[63].

Le spectre des positions[64] que l'on trouve dans les commentaires et études sur la Loi fondamentale est en conséquence vaste. La position défendue entre-temps par exemple par Starck est plutôt marginale: "Si la justification métaphysique de la dignité humaine et de la liberté venait à tomber dans l'oubli, les termes de la loi fondamentale seraient alors ouverts à n'importe quelle interprétation. (...) La dignité humaine fondée métaphysiquement est le concept-clé du rapport de l'homme à l'Etat."[65] Une entente subsiste quant au contenu essentiel de la garantie de la dignité humaine: "Ce noyau de sens comprend la reconnaissance et le respect de tout homme en tant que sujet autonome, substrat des droits fondamentaux, ainsi que la reconnaissance et le respect du droit au libre épanouissement de sa personnalité et à l'agir responsable. Il englobe aussi l'interdiction de dégrader l'homme, de l'instrumentaliser à l'instar d'une chose dont on pourrait disposer comme on veut."[66] L'homme doit être respecté

61 Voir Geddert-Steinacher 1990.

62 Cela vaut aussi pour le système de droit français. En France, le droit à la dignité est un principe de valeur constitutionnelle. Néanmoins ce n'est pas la Constitution mais l'article 16 du Code civil qui le mentionne: "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". Le droit à la dignité humaine est également assuré par le Code pénal, plus récent, qui réprime les atteintes à la dignité de la personne. Ainsi, le Chapitre V intitulé "Des atteintes à la dignité de la personne", Titre II "Des atteintes à la personne humaine" du deuxième Livre "Des crimes et délits contre la personne".

63 Voir Pieroth/Schlink 1994, n° en marge 389: "On peut donc seulement essayer de préciser les atteintes spécifiques faites à la dignité humaine en fonction des domaines où elle intervient, et en particulier en fonction de ce que l'histoire nous apprend. Il faut au passage prendre en compte le lien déjà mentionné entre la dignité humaine et les droits à l'égalité et à la liberté pour le principe de l'Etat de droit et de l'Etat social.» Sur la place de "la dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande", voir Dreier 2003.

64 Pour un exposé des différentes conceptions de la dignité, voir Giese 1975, p. 3 et suivantes.

65 Starck 1981, p. 463. Voir aussi Hain 2006 pour une défense prudente de l'impossibilité de se défaire des implications métaphysiques de la notion de dignité humaine.

66 Böckenförde 2006. Voir aussi Pieroth/Schlink 1994, n° en marge 382: "A la différence de la plupart des autres droits fondamentaux, les implications juridiques

en tant que personne, il ne doit pas devenir un simple *objet* des activités de l'Etat.

Dès 1956, Günter Dürig, montrant la voie au droit constitutionnel allemand, a répondu à la question de savoir ce que représente la protection de la dignité humaine par la négative (à partir des atteintes qui lui sont portées), et par la formule kantienne de l'homme-objet, en raison de l'expérience des systèmes injustes subis tout au long du XXème siècle: "La dignité humaine est bafouée lorsque l'homme concret est dégradé au rang d'objet, de simple moyen, de valeur d'échange."[67] Il est fait offense à la grandeur de la dignité humaine quand l'homme est soumis à un traitement qui remet en cause sur le plan des principes sa qualité de sujet. Torture, esclavage, épuration ethnique entament la dignité humaine, comme encore les déplacements de population, la soumission à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, la stigmatisation, la destruction de vies "dépourvues de valeur" ou encore l'expérimentation humaine.

Dans la 42è livraison supplémentaire (de février 2003) au commentaire de Maunz et Dühring de la Loi fondamentale, Matthias Herdegen a renouvelé l'exégèse de l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale, due originellement à Günter Dürig. Selon ce dernier, ce qui rend la garantie de la dignité humaine une garantie, c'est une "valeur éthique", un "ancrage dans le droit naturel" *antérieur* au droit constitutionnel positif et voué à établir l'obligation de respect et de protection de la dignité humaine comme intangible et soustraite à tout examen. Herdegen va à l'encontre de cette thèse avec des arguments que je partage: "Du point de vue de l'analyse du droit étatique, seuls font autorité l'ancrage (intangible) dans le texte constitutionnel et l'interprétation de la dignité humaine comme

---

de la garantie de la dignité humaine sont formulées en une proposition particulière: l'article 1 alinéa 1, p. 2, oblige tout ordre public à respecter et à protéger la dignité humaine. Tandis que le concept de "respect" signifie que nulle atteinte à la dignité humaine n'est permise, le concept de "protection" va au-delà. C'est l'un des rares passages dans le catalogue des droits fondamentaux de la Loi fondamentale où il est expressément demandé à l'ordre public d'entrer en action (...). En d'autres termes, la dignité humaine n'est pas simplement une limite, elle est au contraire une tâche pour l'ordre public."

67 Dürig 1956, p. 127. A propos de la "formule de l'homme-objet", de l'"universalité", de la "justiciabilité" et de la "compatibilité intuitive" comme critères auxquels un concept de dignité humaine doit satisfaire, voir Tiedemann 2005, p. 360 et suivantes.

concept du droit positif. Qui le conteste ne peut qu'avoir recours à la haute prêtrise d'une éthique au plus haut point personnelle et à la force de persuasion qu'elle recèle auprès de la communauté des exégètes de la dignité. Ce n'est qu'au sein d'une communauté homogène du point de vue de sa religion et de sa vision du monde qu'on obtient ainsi une interprétation de la constitution dont les résultats sont prévisibles. Ou par intolérance envers tous ceux à qui le véritable accès aux certitudes d'un ordre de valeurs métapositif est refusé."68 Les conclusions que tire Herdegen en se référant au statut et à la fonction de la norme de la dignité humaine ne résultent pourtant pas de cela: "Dans la structure de l'ordre des valeurs du droit fondamental, la position au sommet du droit fondamental, la déclaration du bien juridique intangible, le devoir explicite de protection (Loi fondamentale, alinéa 1 de l'article 1, 2è proposition) ainsi que la "tabouisation" de principe introduite par l'article 79 alinéa 3 assurent une validité prééminente. Il ne faut toutefois pas confondre ce rang particulier avec une domination absolue vis-à-vis des autres valeurs du droit fondamental."[69] Comme norme constitutionnelle de même niveau, le principe de dignité humaine est sujet à délibération, ouvert aux différents regards portés sur son adéquation, sans limites clairement définies.[70]

Qu'au moins *de fait* d'autres valeurs constitutionnelles (par exemple la défense de l'Etat) ou bien les droits fondamentaux d'un tiers puissent justifier une atteinte (grave) à la dignité humaine, c'est là aussi l'interprétation de Robert Alexy: "Quand la dignité prime sur le plan des principes, elle est mise à mal sur le plan des règles. Que le principe de dignité humaine soit mis en balance avec d'autres principes dans le but d'établir le contenu de sa règle, cela se manifeste en particulier avec la peine d'emprisonnement à perpétuité, où il est dit que "la dignité humaine (...) là aussi n'est pas violée si l'accomplissement de la peine est nécessité par la dangerosité durable du prisonnier et que de ce fait une amnistie n'est pas permise." Une

68 Herdegen in Maunz/Dürig, Commentaire de la Loi fondamentale, Art. 1 alinéa 1, n° en marge 17.

69 Ibid., n° en marge 22.

70 Voir in Böckenförde 2004 sa critique virulente de Herdegen. Pour une critique de la "logique de la délibération", voir Schlink 2003, p. 54. Concernant le problème de savoir si une telle délibération est possible, voir aussi Birnbacher 2002 et pour un plaidoyer en faveur de la possibilité de cette délibération associé en même temps à une critique de Herdegen, voir Hain 2006.

telle formulation établit la préséance d'une protection de "l'édifice étatique", dans les conditions alléguées, sur le principe de dignité humaine. Dans d'autres situations, cette préférence peut se définir autrement. Il nous faut donc partir de deux normes de la dignité humaine: une règle de la dignité humaine et un principe de dignité humaine. La relation de priorité attribuée au principe de dignité humaine par rapport à d'autres principes concurrents décide du contenu de la règle de la dignité humaine. Absolument parlant, ce n'est pas le principe mais la règle qui, au vu de son ouverture sémantique, ne nécessite nulle restriction dans aucune des relations de préférence dont il est tenu compte. Le principe de dignité humaine peut être réalisé à des degrés divers. Qu'il prime, et c'est hors de doute, sur tous les autres principes sous certaines conditions ne fonde en aucun cas l'absolutisme du principe. Au contraire: cela signifie seulement qu'il existe des raisons relevant du droit constitutionnel et guère réversibles pour faire qu'il y ait dans certaines conditions une relation de priorité au profit de la dignité humaine. Pareille thèse "centriste" vaut néanmoins pour d'autres normes du droit fondamental. Elle ne touche pas au caractère de principe. C'est pourquoi on peut dire que la norme de la dignité humaine n'est nullement un principe absolu. L'impression d'absolutisme résulte de ce qu'il y a deux normes de la dignité humaine: une règle et un principe, comme aussi bien du fait qu'il existe une série de conditions sous lesquelles le principe de dignité humaine prime sans conteste sur tous les autres principes."[71]

Si l'on dresse un bilan, il apparaît clairement qu'il y a dans la philosophie du droit et dans le droit constitutionnel des conflits autour du statut et des déterminations du principe de dignité humaine, dans la mesure où un tel *principe*[72] ainsi que les *règles de droit* qui lui sont attachées n'ont aucune garantie ontique de stabilité (garantie donnée par l'être lui-même) et qu'au contraire leurs interprétations dépendent de présupposés, en quelque manière d'images de l'homme[73] et du monde, de préférences morales et surtout de rapports sociaux réels. Il existe encore des conflits autour

71 Alexy 1996, p. 96 et suivantes.

72 Voir Baer 2005.

73 Pour une mise en garde contre toute idéologisation de la dignité humaine par une "surdétermination" qui dépend du lieu où l'on se trouve ainsi que par l'ajout "d'opinions éthiques particulières" qui ont pour résultat de vider son principe de toute valeur, voir Dreier in Dreier 2004, Art. 1 I, D, n° en marge 169; voir aussi Dreier 2001.

de la dignité humaine comme *norme*, puisque les normes sont des schémas explicatifs dont l'application dépend d'abord des contextes. Ce qu'on voit d'emblée à travers une comparaison interculturelle.

7. LA DIGNITÉ HUMAINE ET LA PERSPECTIVE INTER- OU TRANSCULTURELLE

On dit souvent que l' "Occident" va jusqu'à défendre devant ses tribunaux la dignité, les droits inaliénables et les *libertés de l'individu*[74], tandis que le "Sud" et l' "Orient" insisteraient, de par leur orientation communautariste, sur les *devoirs de l'individu à l'égard de la communauté*. La rhétorique et la pratique des gouvernements occidentaux, qui récusent que les droits économiques, sociaux et culturels aient la qualité d'exigences de l'individu, donnent au moins lieu à pareille thèse (par ailleurs fausse de bout en bout).

De fait, le principe de dignité humaine recouvre différentes significations selon les différentes cultures[75]. Quelques éléments de comparaison devraient ici suffire, en guise de conclusion.

Dans la "Déclaration du Caire sur les droits de l'homme dans l'Islam" du 5 août 1990, l'article 24 confirme que "Tous les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration sont soumis aux dispositions de la Charia." L'article 25 répète que "La Charia est l'unique référence pour l'explication ou l'interprétation de l'un quelconque des articles contenus dans la présente Déclaration."[76] Les implications qui en découlent pour l'universalité juridique des droits de l'homme, et surtout pour les droits des femmes, font l'objet de débats virulents.[77] La "Charte arabe des droits de l'homme"[78], adoptée le 15 septembre 1994 par le Conseil de la Ligue des Etats arabes, émane – ainsi que le Préambule le stipule – "de la foi de la nation arabe dans la dignité humaine, depuis que Dieu a privilégié cette nation en faisant du monde arabe le berceau des révélations divines et le lieu des civilisations qui ont insisté sur son droit à une vie digne en appliquant des principes de liberté, de justice et de paix." La Charte vise à "concrétis[er] les principes éternels définis par le

74 Voir à ce sujet Mishima 2005.
75 A propos du Japon voir Mototsugu Nishino 2005, et à propos de la Chine Roetz 1996.
76 Voir le document contenant les Explications dans Al-Midani 2004.
77 Voir notamment Moller 1998.
78 Voir aussi la "Déclaration islamique des Droits de l'Homme" du 19 septembre 1981.

droit musulman et par les autres religions divines sur la fraternité et l'égalité entre les hommes".

La "Constitution de la République tunisienne" formule elle aussi son fondement "au nom de Dieu, Clément et miséricordieux" et proclame la volonté de ce peuple, qui s'est libéré de la domination étrangère grâce à sa puissante cohésion et à la lutte qu'il a livrée à la tyrannie, à l'exploitation et à la régression:

> de consolider l'unité nationale et de demeurer fidèle aux valeurs humaines qui constituent le patrimoine commun des peuples attachés à la dignité de l'homme, à la justice et à la liberté et qui œuvrent pour la paix, le progrès et la libre coopération des nations;
>
> de demeurer fidèle aux enseignements de l'Islam, à l'unité du Grand Maghreb, à son appartenance à la famille arabe, à la coopération avec les peuples qui combattent pour la justice et la liberté;
>
> d'instaurer une démocratie fondée sur la souveraineté du peuple et caractérisée par un régime politique stable basé sur la séparation des pouvoirs.

Dans l'article 5 de sa constitution donnée "par la grâce de Dieu", et qui est certainement la plus progressiste parmi les constitutions des Etats arabes, bien qu'en pratique elle soit très souvent mise à mal, la République Tunisienne garantit les libertés fondamentales et les droits de l'homme dans leur acception universelle, globale, complémentaire et interdépendante. La République tunisienne a pour fondements les principes de l'Etat de droit et du pluralisme et œuvre pour la dignité de l'homme et le développement de sa personnalité. Elle garantit l'inviolabilité de la dignité de la personne humaine et protège le libre exercice des cultes, sous réserve qu'il ne trouble pas l'ordre public.[79]

Le résultat d'une comparaison *inter*culturelle[80] avec les constitutions laïques et les déclarations ou conventions universelles des droits de l'homme est de montrer que la Charte arabe et la Constitution tunisienne ont recours, pour mettre en œuvre le principe de dignité humaine, aussi bien à des catégories métaphysiques (la "nation arabe", "Dieu") qu'à des principes pragmatiques. Ce qui conduit, non seulement en théorie mais aussi en pratique, à des

79 Voir notamment Al-Midani 2003.

80 Voir Benchenane, Les droits de l'homme en Islam et en Occident, 2003, http://www.fmes-france.net/article.php3 ?id_article=15; voir aussi Krieger 1999.

problèmes internes à la société et à des difficultés sur le plan du vivre-ensemble des cultures. Par ailleurs, il est *inhérent* au principe de dignité humaine qu'on ne puisse octroyer à personne une signification et une légitimité particulières. C'est pourquoi on ne saurait refuser aux cultures, aux sociétés et aux Etats un certain flottement: "C'est par nature que l'homme a une dignité – c'est là un élément de la culture mondiale actuelle – mais les ordres constitutionnels nationaux peuvent donner à leur édifice du droit fondamental une forme particulière, créer des catalogues du droit fondamental avec une coloration nationale qui leur est propre, voire peut-être interpréter à leur manière les "droits de l'homme" énoncés dans les déclarations et conventions internationales et régionales, avec l'idée d'une "marge d'appréciation"[81] pouvant varier dans certaines limites."

Le pluralisme factuel des présuppositions, des contextes et des justifications[82] ne risque-t-il pas d'affaiblir l'absoluité de cette norme universelle? Pareil danger est évident. On ne doit pas néanmoins payer tribut à un relativisme culturel qui conduirait à tout accepter au nom de la diversité culturelle[83]. Prenons pour illustration cette expérience de pensée très simple: imaginons, par analogie avec la revendication par le monde islamique et arabe de droits de l'homme spécifiques à sa civilisation, que le président des Etats-Unis exige pareil droit particulier en insistant sur son fondamentalisme chrétien. Abstraction faite de ses applications spécifiques à chaque culture, le principe de dignité humaine se montre dans son universalité *trans*culturelle – et non pas soi-disant "occidentale"[84]; de même, les déclarations et les constitutions réalisent le droit des droits de l'homme négocié internationalement au niveau du droit de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Et cela vaut aussi pour le monde arabe et islamique[85]. Le discours interculturel[86] et la négociation de valeurs acceptables par toutes les cultures sont

81 Häberle 1994, p. 299 et suivantes.
82 Voir Sandkühler 2004 pour des explications plus détaillées.
83 Voir Hoppe 2002 à propos d'une entente sur les droits de l'homme interculturelle et affranchie des particularismes.
84 Voir aussi Cerna 1994 à propos des différentes applications du principe de dignité humaine selon les données culturelles des différents pays.
85 Voir Bielefeldt 1998a, 2000. A propos de l'importance des droits de l'homme et des controverses parmi les interprétations islamiques du Coran, voir notamment Mawdudi 1976, Schwartländer 1993, Wieland 1993.
86 Voir Habermas 1997, Kettner 1999, Knoepffler 2005.

nécessaires au renforcement des principes et des normes reconnus transculturellement.

Dans sa Conférence générale de l'UNESCO intitulée "Diversité, partenariat, respect", prononcée en 2005, le Président de la République fédérale d'Allemagne, Horst Köhler, a ouvert une nouvelle perspective pour ce type de discours: "La dignité humaine et la diversité culturelle – c'est facile à dire, ici et maintenant. Mais reportons-nous deux générations en arrière: la seconde guerre mondiale et l'holocauste perpétré par le national-socialisme ont été l'œuvre d'agresseurs qui ont systématiquement foulé au pied la dignité humaine et voulu éliminer la diversité culturelle partout où ils passaient. Les Nations Unies et l'UNESCO ont été fondées pour que de tels malheurs ne se reproduisent plus jamais. Aujourd'hui, nous savons que l'humanité n'a pas été libérée du fléau de la guerre et que la dignité humaine reste largement menacée par la pauvreté, le sous-développement, le terrorisme et l'absence de liberté."

La dignité humaine est à la fois le fondement des droits et leur but; les droits sont le moyen de sa protection; les Etats et les organisations transnationales doivent les mettre en vigueur, les respecter et les protéger.

BIBLIOGRAPHIE

AK-GG, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Bd. 1, Art. 1-37. Bearbeitet von R. Bäumlin et al., 2. Auflage, Neuwied 1989.

Alexy, R., ^{3}1996, Theorie der Grundrechte, Frankfurt/M.

Al-Midani, M.A, 2003, Les droits de l'homme et l'Islam. Textes des organisations arabes et islamiques, édité par l'Association des Publications de la Faculté de Théologie Protestante, Université Marc Bloch de Strasbourg.

Al-Midani, M.A., 2004, Islam/ Pays arabes et droits de l'homme. La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit musulman. http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Arabe/Images/Droit%20musulman-midani.pdf.

Baer, S., 2005, Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz. In: Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 53 (2005), H. 4.

Bayertz, K., 1995, Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 81, H. 4.

Bayertz, K., 1996, Sanctity of Life and Human Dignity, Amsterdam.

Bayertz, K., 1999, Art. Menschenwürde. In: H.J. Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg.

Benchenane, M., 2003, Les Droits de l'Homme en Islam et en Occident. http://www.fmes-france.net/article.php3 ?id_article=15

Benda, E., 2001, Verständigungsversuche über die Würde des Menschen. In: Neue Juristische Wochenschrift, 54 (2001).

Benda, E., [2]1994, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: E. Benda / W. Maihofer / H.-J. Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/ New York.

Bielefeldt, H., 1998, Philosophie der Menschenrechte. Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos, Darmstadt.

Bielefeldt, H., 1998, Philosophie der Menschenrechte. Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos, Darmstadt.

Bielefeldt, H., 1998a, Zwischen Scharia und Menschenrechten, Facetten der islamischen Menschenrechtsdiskussion. In: Voigt, U. (Hrsg.), 1998, Die Menschenrechte im interkulturellen Dialog, Frankfurt/M.

Bielefeldt, H., 1999, Universale Menschenrechte angesichts der Pluralität der Kulturen. In: Reuter, H.-R. (Hrsg.), 1999, Ethik der Menschenrechte. Zum Streit um die Universalität einer Idee, I, Tübingen.

Bielefeldt, H., 2000, "Western" Versus "Islamic" Human Rights Conceptions? A Critique on Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights. In: Political Theory, Vol. 28, No. 1.

Birnbacher, D., 1996, Ambiguities in the concept of Menschenwürde. In: K. Bayertz (Hrsg.), Sanctity of Life and Human Dignity, Dordrecht

Birnbacher, D., 2002, Menschenwürde – abwägbar oder unabwägbar? In: M. Kettner (Hrsg.), Politik der Menschenwürde. Frankfurt/M.

Böckenförde, E.-W., 2004, Bleibt die Menschenwürde unantastbar? In: Blätter für deutsche und internationale Politik 10/2004.

Böckenförde, E.-W., 2006, Die Garantie der Menschenwürde. http://www.bundestag.de/ blickpunkt/101_Debatte/0604/0604053.htm.

Böckenförde, E.-W./ R. Spaemann (Hrsg.), 1987, Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis, Stuttgart.

Brugger, W., 1997, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 21, Baden-Baden.

Cerna, Ch., 1994, Universality of human rights and cultural diversity implementation of human rights in different socio-cultural contexts. Human Rights Quarterly 16,4.

De Koninck, Th., 1996, De la dignité humaine, Paris.

De Koninck.Th./ G. Larochelle (Ed.), 2005, La dignité humaine. Paris, PUF.

Denninger, E., 2000, Menschenrechte, Menschenwürde und staatliche Souveränität. In: H. Dreier (Hrsg.), Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie. Geburtstagssymposion für Hasso Hofmann, Berlin.

Di Fabio, U., 2004, Die Suche nach dem Kompaß. Wie kann Menschenwürde in einer fragmentierten Welt begründet werden? In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 26. 06. 2001, Nr. 145.

Dreier, H., 2001, Konsens und Dissens bei der Interpretation der Menschenwürde. Eine verfassungsrechtliche Skizze. In: Geyer 2001.

Dreier, H., 2003, Menschenwürde in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts. In: E. Schmidt-Aßmann et al. (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln et. al.

Dreier, H., 2005, Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz. In: ders. (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Stuttgart.

Dreier, H., [2]2004, Art. 1 I, Art. 1 II [Menschenwürde]. In: ders. (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Präambel, Artikel 1-19, Tübingen.

Dreier, R., 1981, Recht und Moral. In: Ders., Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt/M.

Dürig, G., 1956, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1

Abs. I in Verbindung mit Art 19 Bs. II des Grundgesetzes. In: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 81.

Düwell, M., 2001, Die Menschenwürde in der gegenwärtigen bioethischen Debatte. In: S. Graumann (Hrsg.), Die Genkontroverse. Grundpositionen, Freiburg.

Dworkin, R., 1977, Taking Rights Seriously, Cambridge.

Forschner, M., 1998, Marktpreis und Würde oder vom Adel der menschlichen Natur. In: H. Kössler (Hrsg.), Die Würde des Menschen, Erlangen.

Geddert-Steinacher, T., 1990, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin.

Geyer, Ch., 2001, Biopolitik. Die Positionen, Frankfurt/M.

Giese, B., 1975, Das Würde-Konzept, Berlin.

Girard, Ch./ S. Hennette-Vauchez, 2005, La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation, Paris.

Häberle, p., 1994, Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, Baden-Baden.

Habermas, J., 1997, Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte. Vermeintliche und tatsächliche Probleme. In: Frankfurter Rundschau, 4. 2. 1997.

Habermas, J., 2001, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? Frankfurt/M.

Haferkamp, B., 1996, The Concept of Human Dignity: An Annotated Bibliography. In: K. Bayertz (Hrsg.), Sanctity of Life and Human Dignity, Dordrecht/ Boston/London.

Hain, K.-E., 1999, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Baden-Baden.

Hain, K.-E., 2006, Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung? In: Der Staat, 45. Bd., 2006, H. 2.

Haucke, K., 2006, Mitgift, Leistung, Anerkennung. Ein philosophischer Vorschlag für ein integrales Verständnis menschlicher Würde. In: Ethica 14 (2006) 3.

Henkin, A. (ed), 1979, Human Dignity, The Internationalization of Human Rights, Dordrecht.

Henne, Th./ A. Riedlinger (Hrsg.): 2004, Das Lüth-Urteil in (rechts-) historischer Sicht. Die Grundlegung der Grundrechtsjudikatur in den 1950er Jahren, Frankfurt/M.

Herms, E., 2004, Menschenwürde. In: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 49.

Hesselberger, D., [10]1996, Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung, Neuwied.

Höffe, O., 2001, Wessen Menschenwürde ?. Was Reinhard Merkel verschweigt und Robert Spaemann nicht sieht. In: Geyer 2001.

Höffe, O. 2002, Menschenwürde als ethisches Prinzip. In: Höffe, O./Honnefelder, L./Isensee, J./Kirchhof, p. (Hrsg.), Gentechnik und Menschenwürde, Köln.

Hofmann, H., 1993, Die versprochene Menschenwürde. In: Archiv für öffentliches Recht 118 (1993).

Hoppe, Th., 2002, Menschenrechte im Spannungsfeld von Freiheit, Gleichheit und Solidarität. Grundlagen eines internationalen Ethos zwischen universalem Geltungsanspruch und Partikularitätsverdacht, Stuttgart.

Horstmann, R.P., 1980, Menschenwürde. In: J. Ritter/ K. Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 5, Basel/ Stuttgart.

Jarras, H.D./B. Pieroth, [8]2006, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, München.

Kettner, M., 1999, Menschenwürde und Interkulturalität. Ein Beitrag zur diskursiven Konzeption der Menschenrechte. In: Göller, Th. (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte: Methodologie, Geschichte, kultureller Kontext, Göttingen.

Klein, Z., 1968, La notion de Menschenwürde dans la pensée de Kant et de Pascal, Paris.

Knoepffler, N., 2005, Menschenwürde im interkulturellen Dialog, Freiburg/München.

Krebs, A., 1999, Würde statt Gleichheit. Zu Avishai Margalits Politik der Würde. In: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 47 (1999).

Krieger, M., 1999, Menschenrechte in arabo-islamischen Staaten. Am Beispiel Ägypten und Sudan, Frankfurt/M et al.

Kühnhardt, L., 2002, Die Unteilbarkeit der Menschenwürde als Bedingung der Universalität der Menschenrechte. In: G.V. Lang/ M.F. Strohmer (Hrsg.), Europa der Grundrechte? Beiträge zur Grundrechtecharta der Europäischen Union. Mit einem Geleitwort des Bundespräsidenten der Republik Österreich, Bonn.

Kunig, Ph., 2006, Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung). In: Jarras/Pieroth 2006.

Limbach, J., 2001, Über die Menschenwürde In: vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik, H. 4, Dezember 2001.

Löhrer, G., 1995, Menschliche Würde: wissenschaftliche Geltung und metaphorische Grenze der praktischen Philosophie Kants. Freiburg/ Brsg.

Macklin, R., 2003, Dignity is a useless concept. In: British Medical Journal, vol. 327.

Maihofer, W., 1968, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt/M.

Manetti, G., 1990 [1452], Über die Würde und Erhabenheit des Menschen, Hamburg.

Markl, H., 2001, Freiheit, Verantwortung, Menschenwürde. Warum Lebenswissenschaften mehr sind als Biologie. In: Geyer 2001.

Mattei, J.-F./ D. Folscheid/ M.-A. Ricard/ J.-F. de Rayond, La dignité humaine. Philosophie, droit, politique, économie, médecine, Paris 2005.

Maunz, Th./G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), 2003, Grundgesetz. Kommentar, München.

Mawdudi, Abul A'la, 1976, Human Rights in Islam, Leicester.

McDougal, M.S./ H. D. Lasswell/ Lung-Chu Chen, 1989, Human Rights and World Public Order, The Basic Policies of an International Law of Human Dignity, New Haven, Conn.

Mishima, K., 2005, Menschenrechte als Traditionsbruch und Abschied von der Gewalt. In: L. Kühnhardt/ M. Takayama (Hrsg.), Menschenrechte, Kulturen und Gewalt, Baden-Baden.

Mohr, G., 2009, Rechtskultur. In: S. Gosepath/ W. Hinsch/ B. Rössler (Hrsg.), Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Berlin.

Moller, S.M., 1998, Konflikte zwischen Grundrechten. Frauenrechte und Probleme religiöser und kultureller Unterschiede. In: S. Gosepath/ G. Lohmann (Hrsg.), 1998, Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt/M.

Montgomery, J. W., 1986, Human Rights and Human Dignity, Dallas.

Mototsugu Nishino, 2005, Menschenwürde als Rechtsbegriff in Japan. In: Dreier, H. (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Stuttgart.

Neumann, U., 1998, Die Tyrannei der Würde. In: Archiv für Recht- und Sozialphilosophie, 1998, n° 2.

Pieroth, B./B.Schlink, [10]1994, Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg.

Podlech, A., 1970, Wertungen und Werte im Recht. In: Archiv für öffentliches Recht 99 (1970).

Poscher, p., 2004, Menschenwürde als Tabu. In: Frankfurt Allgemeine Zeitung, 2. Juni 2004, Nr. 126, S. 8.

Reiter, J., 2004, Menschenwürde als Maßstab. In: Aus Politik und Zeitgeschichte B 23-24/2004.

Roetz, H., 1996, Konfuzius und die Würde des Menschen. Der Kultur Chinas sind individuelle Freiheitsrechte nicht fremd. In: Die ZEIT Nr. 47, 15.11.1996.

Roth, K./ J. Weschler, 1998, Das Versprechen muß gehalten werden. Die Vereinten Nationen und die Menschenwürde. In: G. Köhne (Hrsg.), Die Zukunft der Menschenrechte. 50 Jahre UN-Erklärung, Bilanz eines Aufbruchs, Reinbek b. Hamburg.

Sandkühler, H.J., 1999, Menschenrechte. In: ders. (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, Hamburg.

Sandkühler, H.J., 2002, Il diritto, lo Stato e la democrazia pluralistica. In: Filosofi tedeschi a confronto, a cura di Massimo Mori, Bologna.

Sandkühler, H.J., 2004, Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights. In: ders./ Hong-Bin Lim (eds.), Transculturality – Epistemology, Ethics, and Politics, Frankfurt/M. et al.

Schlink, B., 2003, Die überforderte Menschenwürde. Welche Gewißheit kann Artikel 1 des Grundgesetzes geben? In: Der Spiegel 51/2003.

Schopenhauer, A., 1840, Preisschrift über die Grundlage der Moral. In: WW in 5 Bde., hg. v. L. Lütkehaus, Bd. III., Zürich 1988.

Schwartländer, J. (Hrsg.), 1993, Freiheit der Religion. Christentum und Islam unter dem Anspruch der Menschenrechte, Mainz.

Sève, L., 2006, Qu'est-ce que la personne humaine? Bioéthique et démocratie, Paris.

Spaemann, R., 1985/86, Über den Begriff der Menschenwürde. In: Scheidewege. Jahresschrift für skeptisches Denken, Jg. 15.

Spaemann, R., 1987, Über den Begriff der Menschenwürde. In: E.-W. Böckenförde/ R. Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, Stuttgart.

Spaemann, R., 1996, Personen. Versuche über den Unterschied zwischen "etwas" und "jemand", Stuttgart.

Starck, 1981, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, Juristen Zeitung, 36. Jg., 17. Juli 1981.

Stoecker, R. (Hrsg.). Menschenwürde. Annäherungen an einen Begriff, Wien 2004.

Tiedemann, p., 2005, Zum Begriff der Menschenwürde. Philosophische Grundlagen und juristische Anwendung. In: Ethica 13 (2005) 4.

Trinkaus, Ch., 1970, In Our Image and Likeness. Humanity and Divinity in Italian Humanist Thought, 2 vol., Chicago.

Troll, Ch., o.J., Welchen Stellenwert haben Menschenwürde und Religionsfreiheit im Islam. http://www.sankt-georgen.de/leseraum/troll18.pdf.

Vitzthum, W., 1985, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Juristen Zeitung, 40. Jg., 1. März 1985.

Werner, M., 2000, Streit um die Menschenwürde. In: Zeitschrift für medizinische Ethik 46.

Wetz, F.J., 1998, Die Würde des Menschen ist antastbar. Eine Provokation, Stuttgart.

Wetz, F.J., 2005, Illusion Menschenwürde. Aufstieg und Fall eines Grundwerts, Stuttgart.

Wieland, R., Menschenwürde und Freiheit in der Reflexion zeitgenössischer muslimischer Denker. In: Schwartländer 1993.

LA DIGNITE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Laurence Burgorgue-Larsen

Professeur de droit public à l'Ecole de droit de la Sorbonne; membre de l'IREDIES (Institut de Recherche en droit international et européen de la Sorbonne), Présidente du Tribunal constitutionnel d'Andorre.

ABSENCE IRRADIANTE

Absente du texte de la Convention, la *dignité* irradie la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Bien que les promoteurs de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales[1] évoluent après guerre dans un contexte politique où il est question d'éradiquer les maux qui ont ravagé l'Europe – au premier chef desquels un mépris radical car funeste pour la vie de l'être humain[2] – on sait que la Convention comme ses protocoles additionnels ne souffle mot de la dignité de l'être humain.

Cette absence intrigue. Elle est en totale contradiction avec les textes internationaux et nationaux qui ont marqué l'après-guerre et qui ont transfiguré le droit en l'humanisant, en lui attribuant une valeur ontologique forte. On sait que deux ans avant l'adoption de la Convention, deux textes internationaux majeurs à valeur déclaratoire, l'érigeait en "valeur cardinale". Le texte le plus connu est évidemment l'instrument à valeur universelle qu'est la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 dont la célébration du 60ème anniversaire a permis également d'honorer la mémoire et l'œuvre de René Cassin[3]. Elle octroyait une

1 Il s'agit de la dénomination officielle de la Convention qui est communément appelée "Convention européenne des droits de l'homme" (CEDH).

2 Les travaux préparatoires de la Convention démontrent que la dignité était en réalité omniprésente dans les esprits marqués par la philosophie humaniste d'après-guerre, *v.* L-E. PETTITI, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, p. 32.

3 L'Institut international des droits de l'homme lui avait déjà consacré une étude en 1981, *v.*, *Actualité de la pensée de René Cassin*, Paris, CNRS, 1981, 133p.

place de choix à la dignité, tant au sein de son préambule[4] qu'à la première de ses dispositions. Et d'affirmer avec emphase que "*tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit*". Six mois auparavant, le 2 mai 1948, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme était adoptée. Un considérant liminaire y proclame "*Que les peuples américains ont élevé à l'état de dignité la personne humaine*" tandis que la première phrase martèle que "*Tous les êtres humains naissent libres et égaux du point de vue de leur dignité et de leurs droits…*"[5]. Les Amériques avaient donc ouvert la voie… Dans le champ interne, toujours à la même époque de l'immédiate après-guerre, la Loi Fondamentale de Bonn du 23 mai 1949 s'inscrivait dans ce nouveau courant *pro dignitas* en hissant la dignité au frontispice de la nomenclature des droits protégés[6]. Elle était le premier texte d'une longue série qui allait octroyer à la dignité une place de choix en inaugurant le constitutionnalisme moderne.

Cette absence textuelle s'est néanmoins transformée en une omniprésence jurisprudentielle[7]. Le juge européen, comme très souvent, est venu de façon prétorienne combler le vide originel.

---

4 Consécration dans le Préambule de la Déclaration universelle de "*La reconnaissance de la dignité à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables (…)*".

5 Le texte original est le suivant: "*Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros*."

6 L'article 1 de la Loi Fondamentale se lit ainsi:
"1) La dignité 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 législatifs, exécutifs et judicaires à titre de droit directement applicable*".

7 Cette donne est similaire à ce qui existe dans le système constitutionnel français. Absente du texte constitutionnel, la dignité a irradié la jurisprudence. Celle du Conseil constitutionnel tout d'abord qui a fait découler le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine du Préambule de la Constitution de 1946 (2ème considérant) (Cons.const., 27 juillet 1994, *Lois Bioéthique*, n°94-343-344 DC; *GDCC*, 14ème éd., Paris, Dalloz, 2007, n°43); celle du Conseil d'Etat ensuite avec le très discuté arrêt d'Assemblée *Commune de Morsang sur Orge* du 27 octobre 1995. Pour un état des lieux récent du foisonnement de la notion au sein de la législation et de la jurisprudence administrative française, *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. 979.

Aujourd'hui, le foisonnement jurisprudentiel est majeur[8]. Pour l'appréhender, il a fallu trancher parmi ses nombreux sens et opter pour une approche méthodologique spécifique. La dignité étant une notion polysémique, il a fallu tout d'abord choisir un des deux sens qu'on lui attribue en règle générale. La dignité au sens d'une qualité attachée à un rang ou une fonction officielle – la *dignitas*[9] – ne sera pas au centre des analyses de cet article[10]. C'est évidemment ici la dignité au sens de la qualité attachée à la personne humaine – considérée dans son essence – qui a été choisie pour décrypter le foisonnement jurisprudentiel et pour voir s'il avait un *sens*[11]. Dans ce contexte, il a été possible de déterminer le champ matériel de l'utilisation de la dignité. On sait que les articles les plus souvent sollicités sont ceux qui constituent le noyau dur des droits, *i.e.* les droits dits "intangibles" susceptibles ni de dérogations (sur la base de l'article 15), ni de limitations qui seraient justifiées sur la base de la poursuite d'objectifs dits "légitimes". Les articles 2 et 3 consacrant le droit à la vie pour le premier et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants pour le second sont, sans surprise, ceux où la Cour octroie à la dignité une place

8 Certains pourraient présenter cette jurisprudence de façon positive en utilisant la métaphore printanière en parlant de *bourgeonnement* et tandis que d'autres à l'inverse, plus pessimistes, pourraient la présenter en usant d'une métaphore plus funeste, celle de la *prolifération* (à l'instar des cellules cancéreuses qui se répandent et finissent parfois par emporter la vie)… Pour notre part, on restera plus neutre.

9 Attribut de la souveraineté déléguée par la voie d'un office.

10 Pour une analyse très stimulante qui entend démontrer que le "principe contemporain de dignité en tant qu'il peut être conceptuellement et fonctionnellement rattaché au standard des bonnes mœurs (c'est-à-dire, (…) en tant qu'il a pour fonction première la fondation d'obligations ou d'interdictions) a davantage à voir avec l'ancien concept de *dignitas* qu'avec le principe de dignité tel qu'il était proclamé après la Seconde Guerre mondiale", *v.* S. HENNETTE-VAUCHEZ, "Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau", *Droits*, 2009, n°48, pp. 59-85.

11 C'est ce que Xavier BIOY appelle pour sa part la "dignité de la personne". Il la distingue de façon savante de la Dignité attachée par l'ordre public au respect de l'Humanité qui existe en chacun de nous. Cette distinction est évidemment parfaitement opératoire et instructive; pour des raisons de commodité, je la rangerai toutefois aux côtés de la deuxième acception en considérant que cette deuxième signification qui somme toute est marqué par une référence commune à l'être humain est constituée de deux branches (personne ET humanité). On se reportera à sa communication dans cet ouvrage ainsi que sa thèse, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, 913p. (Nouvelle bibliothèque des thèses).

de choix[12]. Sa présence n'est toutefois pas circonscrite à ces seules dispositions centrales. L'article 8 (vie privée et familiale) lui fait une place, tant dans le cadre des liens avec l'autonomie personnelle et du droit de disposer de son corps[13] qu'au regard des questions de droit au logement[14]. Dans une moindre mesure, l'article 10 est également activé (liberté d'expression) pour transformer la dignité en un soubassement de la notion de "société démocratique"[15].

Déterminer l'approche méthodologique fut le second point préalable qu'il a fallu trancher afin de délimiter les contours de l'étude. Etudier la dignité dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg aurait pu conduire à étudier de façon précise, par exemple, la stratégie des titulaires de la saisine de la Cour en décryptant leur jeu de l'évocation de la dignité dans leurs requêtes introductives d'instance et la réussite ou non de leur stratégie judiciaire. Bref, il aurait été question de déterminer les effets de l'évocation de la dignité sur l'issue du litige. Cette approche n'a pas été retenue. En plus d'avoir été déjà explorée en doctrine[16], elle a l'inconvénient dans le cadre de cette contribution de se situer à la marge de l'analyse du contenu proprement dit de la jurisprudence en tant que tel[17]. De même, un autre angle d'attaque aurait été d'étudier l'utilisation de la dignité dans toutes les opinions séparées des juges, opinions dissidentes et concordantes. Passionnant en soi, on passait toutefois clairement ici à côté de l'objet de cette communication qui est centrée sur la jurisprudence de la Cour prise dans sa collégialité.

---

12 L'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril1978 fut à cet égard précurseur.

13 Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*; Cour EDH, Gde Ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*; Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique.*

14 Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni.*

15 Cour EDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, Série A n°48, § 36: "Les convictions philosophiques" visées par l'article 2 du protocole n°1 sont des "*convictions qui méritent respect dans une "société démocratique" et ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne*".

16 Des études très documentées ont démontré d'ailleurs que plus que les parties au litige, c'est surtout le juge, *propio motu*, qui invoque l'atteinte à la dignité humaine en allant jusqu'à le faire dans le dispositif de ses décisions, certainement aiguillonné dans certaines espèces par l'argumentation des *amici curiae* qui prennent très souvent l'allure d'ONG ou de Comités conventionnels (à l'instar du Comité de prévention contre la torture), *v.* L. JEANNIN, "La notion de dignité appliqué à l'article 3 CEDH", *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, C-A CHASSIN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 112.

17 Cela n'exclut évidemment pas qu'une telle démarche soit, de temps à autre (en passant), utilisée pour étayer la démonstration principale.

Il a été ce faisant discrétionnairement choisi de voir la manière dont la Cour utilise la dignité dans ce qu'il ne faut pas avoir peur d'appeler sa "politique jurisprudentielle". Le professeur Edouard Dubout dans un article éclairant a ainsi défini la notion de "politique jurisprudentielle": il est question d'une "stratégie[18] juridictionnelle globale et systématisée d'instrumentalisation du droit à des fins institutionnelles ou politiques (au sens large)[19]". Appliquée à la problématique de cette étude, cela revient à se demander si la dignité a été utilisée – pour ne pas dire "instrumentalisée – par la Cour européenne pour atteindre des objectifs tout à la fois "institutionnels" et "politiques". Or, sans avoir voulu coûte que coûte déformer, dénaturer, bref, mal interpréter la jurisprudence de la Cour, il faut bien reconnaître que le traitement juridictionnel de la dignité répond *grosso modo* à ces deux éléments. La dignité a en effet dans la jurisprudence européenne une fonction tout à la fois *institutionnelle* (I) et *politique* (II).

I. UNE FONCTION INSTITUTIONNELLE

On a souvent tendance à croire, sans doute trop rapidement, que la volonté de la Cour est d'accroître *coûte que coûte* son rayon d'action; autrement dit, d'élargir sans cesse le champ d'application de la Convention. Cela caractériserait grossièrement la stratégie institutionnelle de la Cour: affirmer son "autorité" de la manière la plus extensive possible pour utiliser une terminologie politiste. S'il s'agit d'une tendance de fond indéniable – la jurisprudence sur le champ d'application de l'article 6§1 en témoigne largement – il ne faut cependant pas considérer qu'elle est activée automatiquement et en toutes circonstances. La réalité est, comme souvent, plus nuancée.

L'utilisation de la dignité comme "concept interprétatif" dans la poursuite de la stratégie institutionnelle de la Cour le démontre. La dignité est utilisée pour maîtriser le contenu des droits garantis par la Convention. Or, cette maîtrise se manifeste par un processus ambivalent marqué tantôt par l'*élargissement* du contenu des droits

18 Le mot de stratégie est tout à fait idoine. Son origine remonte au champ lexical de la guerre et concerne "une manœuvre déployée de façon habile pour atteindre un objectif précis".

19 E. DUBOUT, "Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme", *RTDH*, 2008, n°74, p. 388.

(A), tantôt par le refus de cet élargissement, c'est l'option du *statu-quo* (B).

A. L'*élargissement* du contenu des droits

"La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons". La formule de l'arrêt *Campbell et Fell* de 1984[20] est d'autant plus célèbre qu'elle exprime à merveille la manière dont la jurisprudence de la Cour a été "un accélérateur de la reconnaissance des droits des personnes privées de liberté". Cet apport est d'autant plus exceptionnel que la Convention ne contient aucune disposition spécifique à leur égard. Parmi les dispositions qui, de près ou de loin, trouvent à s'appliquer au cas des personnes privées de liberté, c'est l'article 3 – qui prohibe en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains et dégradants – qui a fait l'objet d'un essor remarquable. En raison de son "pouvoir d'attraction", l'article 3 a constitué depuis les années 1970 "le plus formidable outil de protection des personnes privées de liberté[21]. "L'élargissement du contenu des droits – grâce au ressort de la dignité – s'est donc réalisé de façon progressive essentiellement sur la base de l'article 3. Du coup en créant ce que Frédérique Sudre a appelé de façon paroxystique "un article *3 bis*"[22], la Cour a permis que les aspects inhérents aux conditions de vie en détention recouvrent l'allure de "conditions dignes". Si la dignité a donc été le "principe matriciel" selon l'heureuse formule du professeur Bertrand Mathieu qui a servi de fondement à l'extension du contenu du droit consacré à l'article 3, elle a également servi à la Cour pour imposer aux Etats toute une série d'obligations positives.

L'arrêt *Kudla* qui consacre cet article *3 bis* s'inscrit en réalité dans un mouvement progressif d'élargissement rampant où la Cour "après avoir vu dans les personnes privées de leur liberté des requérants 'ordinaires', effectue un changement d'approche dans la décennie 1990 en mettant en valeur leur "vulnérabilité" et leur "fragilité[23]".

---

20 Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, Série A n°80, § 69.
21 J-M. LARRALDE, "L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté", *La portée de l'article 3…, op. cit.,* p. 210.
22 F. SUDRE, "L'article 3 *bis* de la Convention européenne des droits de l'homme: le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine", *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, Vol. 2, pp. 1449-1514.
23 J-M. LARRALDE, *op. cit.,* p. 211.

Elle a procédé en trois temps. Avec l'arrêt *Tomasi*[24], en 1992, la Cour pose le principe selon lequel l'intégrité physique d'une personne privée de sa liberté doit bénéficier d'une garantie absolue en raison de son état d'infériorité. Le juge De Meyer relit d'ailleurs très clairement ce nouveau principe dans son opinion séparée à la dignité humaine en affirmant "à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par son propre comportement porte atteinte à la dignité humaine et doit dès lors être considéré comme une violation du droit garanti par l'article 3[25]". L'arrêt *Selmouni*[26], en 1999, constitue la deuxième phase du processus en opérant un abaissement du seuil exigible pour retenir la qualification de torture, ce qui a eu pour conséquence de condamner pour la première fois la France pour acte de torture. Partant, des actes autrefois qualifiés de "traitements inhumains ou dégradants" peuvent désormais être qualifiés de "torture". L'arrêt *Kudla* en 2000 vient parachever ce mouvement en consacrant ni plus ni moins un droit qui en tant que tel n'existait pas dans le texte originel de 1950, "le droit d'être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine". Du coup, sans jamais définir en tant que telle la dignité, la Cour a été amenée *in concreto* au fil des espèces à déterminer les contours des conditions dignes des détentions.

Il est très significatif ici de relever qu'elle s'est immédiatement arrimée aux standards posés par le Comité européen pour la prévention contre la Torture (CPT) – organe conventionnel mis en place par la Convention européenne contre la Torture – qui a toujours considéré que la qualité de la vie dans les établissements pénitentiaires était importante. Cette utilisation témoigne du processus de fertilisation croisée de la jurisprudence européenne en ce que la Cour s'appuie sur l'expertise d'organes techniquement compétents dans un domaine particulier; ce qui est le cas de la "doctrine" du Comité qui se trouve être, pour tous les spécialistes de l'univers carcéral, un outil indispensable. Du coup, se réappropriant les critères du Comité, la Cour considère que les mauvais traitements peuvent en effet résulter

24 Cour EDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France.*

25 Ce point est désormais constamment rappelé par la Cour: "A l'égard d'une personne privée de sa liberté, l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue en principe une violation du droit garanti par l'article 3" (Cour EDH, DR, *Ribitsch*, §38; Cour EDH, 9 juin 1998, *Tekin c. Turquie*, § 53).

26 Cour EDH, 23 juillet 1999, *Selmouni c. France.*

"non d'une volonté délibérée" mais être le "résultat de déficiences dans l'organisation ou l'insuffisance de ressources" et s'attèle à évaluer de façon globale les conditions de détention afin de vérifier si elles sont conformes au respect de la dignité humaine[27]. Les arrêts sont innombrables qui mettent régulièrement en avant les carences de détention dues essentiellement au problème de surpopulation carcérale. L'arrêt *Kalashnikov* de 2002[28] a été remarqué à cet égard comme marquant la détermination de la Cour de ne plus accepter des conditions déplorables de détention. Depuis, les condamnations contre la Bulgarie[29], la Russie[30], la Turquie, l'Ukraine, la Pologne[31], mais aussi la France, sont légion.

Il n'est pas inutile à ce stade de mentionner que la jurisprudence constructive de la Cour a rejoint le libellé de textes internationaux qui, adoptés postérieurement à la Convention européenne, avaient intégré pour leur part le droit d'être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine. Ainsi de l'article 10 du Pacte sur les droits civils et politiques de 1996[32] ou encore l'article 5 de la Convention américaine de 1969, le célèbre "Pacte de San José"[33].

---

27 Cour EDH, 6 mars 2001, *Dougoz c. Grèce;* Cour EDH, 19 avril 2001, *Peers c. Grèce.*

28 Cour EDH, 15 juillet 2002, *Kalashnikov c. Russie*. La santé des détenus est ce faisant régulièrement au cœur de la jurisprudence de la Cour, *v.* Cour EDH, 12 juin 2008, *Metchenkov c. Russie.*

29 Cour EDH, 22 octobre 2009, *Stoyan Dimitrov c. Bulgarie*, §§ 66-67.

30 Cour EDH, 21 juin 2007, *Kantyrev c. Russie*, §§ 50-51; Cour EDH, 29 mars 2007, *Andreï Frolov c. Russie*, §§ 47-49; Cour EDH, 4 mai 2006, *Kadikis c. Lithuanie*, § 55, 4 mai 2006, et Cour EDH, 28 mars 2006, *Melnik c. Ukraine*, §102.

31 Cour EDH, 22 octobre 2009, *Norbert Sikorski c. Pologne*, §§140-141.

32 Il est libellé comme suit: "Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect inhérent à la personne humaine".

33 Il est libellé comme suit: "1. Toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale. 2. Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine. 3. La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant. 4. Les prévenus doivent être, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés, et soumis à un régime approprié à leur condition de personnes non condamnées. 5. Lorsque le prévenu est mineur, il doit être séparé des adultes et traduit, avec toute la célérité possible, devant un tribunal spécialisé où il recevra un traitement approprié à son statut. 6. Les peines privatives de liberté doivent avoir pour but essentiel l'amendement et le reclassement social des condamnés." (C'est nous qui soulignons), *v.* L. BURGORGUE-LARSEN, "Les équivalents de l'article 3 de la CEDH dans le système interaméricain des droits de l'homme", *La portée de*

La kyrielle d'obligations positives imposées aux Etats dans la lignée de la jurisprudence *Kudla* sont multiples. On ne s'y attardera point ici. Ce qu'il est important de souligner c'est qu'elles se sont déployées dans deux directions afférentes l'une comme l'autre à un état particulier des détenus, soit leur santé, soit leur âge. Du coup, sur la base de "la dignité des conditions de détention", la Cour a posé de nouvelles règles en forme d'obligations aux Etats. Il s'agit classiquement d'obligations positives: il est établi de façon claire que les conditions de détention ne doivent pas aggraver la souffrance inhérente à la peine et que l'article 3 impose aux Etats de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté, notamment par l'administration de soins médicaux adéquats[34]. Il peut bien s'agir également d'obligations négatives consistant par exemple en l'abstention de traitements spécifiques quant un détenu souffre de graves troubles mentaux[35]. Il est intéressant de préciser que si le jeu des obligations est également présent dans le champ de l'article 2 – dans des lieux qui ne sont pas des prisons mais où les personnes se trouvent sous le contrôle de l'Etat – ici la dignité n'entre pas en ligne de compte: c'est le principe majeur de la préservation de la vie qui l'emporte (l'arrêt *Saoud* rendu contre la France le démontre parfaitement[36]).

B. Le *statu quo* au niveau du contenu des droits

Quand il est question de *statu-quo*, c'est (entre autres choses) la lancinante question des droits économiques et sociaux qui est en jeu[37]. Pour l'heure, la Cour est très prudente et n'a pas utilisé la dignité au point d'en faire un outil de promotion des droits sociaux à l'égard desquels le texte de 1950 ne souffle mot. Partant, tant les situations d'extrême pauvreté que les questions afférentes au logement restent

l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, C-A. Chassin (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 23-46.

34 Cour EDH, 5 avril 2005, *Nevmerjitsky c. Ukraine.*

35 Cour EDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni.*

36 Cour EDH, 9 octobre 2007, *Saoud c. France*, *JCP G* 2008, II, 10012, note J-B Thierry. La Cour se fait un point d'honneur à rappeler que pèse sur l'Etat à l'égard des personnes détenues, placées en garde à vue ou arrêtées et se trouvant dans un rapport de dépendance par rapport aux agents de l'Etat *"une obligation de protection de la santé impliquant de dispenser avec diligence des soins médicaux lorsque l'état de santé de la personne le nécessite afin de prévenir une issue fatale"*. Elle a constaté *in casu* une violation de l'article 2.

37 J-F. FLAUSS (dir.), *Droits sociaux et droit européen: bilan et prospective de la protection normative*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

exclues du contenu tant du droit garanti à l'article 3 que de celui consacré à l'article 8 de la Convention européenne. Ceci dit, il n'en reste pas moins que la jurisprudence récente de la Cour démontre une évolution en matière sociale. L'arrêt *Demir et Baykara* entre autres choses est révélateur d'une évolutivité de l'interprétation européenne. Toutefois, les questions visées concernent l'évolution de la notion de liberté d'association à travers les manifestations variées d'exercice des droits syndicaux et non les conditions de vie des individus comme tel. Partant, la jurisprudence européenne ne fait toujours pas entrer dans le champ de protection de l'article 3 les situations d'extrêmes pauvreté et d'exclusion sociale, dont on aurait pu penser qu'elles portent atteinte à la dignité de l'être humain[38]. Même si le juge européen a admis le principe selon lequel le montant insuffisant d'une pension et d'autres prestations sociales pour maintenir un niveau de vie minimum était susceptible de soulever une question au titre de l'article 3[39], la pusillanimité est le maître mot qui caractérise la politique jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg en la matière[40].

Le même constat général s'impose pour le "droit au logement". Si depuis plus de vingt ans, la Cour européenne affirme que les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait entièrement abandonner la satisfaction aux forces du marché[41], sa justiciabilité *in se* n'est pas à l'ordre du jour. Si elle sembla dans un premier temps inclure implicitement dans le droit au respect du domicile, la protection du droit au logement comme tel[42], la célèbre affaire *Chapman* relative aux droits des Tsiganes au Royaume-Uni[43], fut un coup d'arrêt très net à cette tendance. La Cour

38 Commission EDH, 9 mai 1990, *Van Volsem c. Belgique,* Cette exclusion est critiquée par F. SUDRE, "Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme", *RUDH,* 2000, pp. 28-32.

39 Cour EDH, DR, 23 avril 2002, *Larioshina c. Russie*.

40 On recense tout au plus une jurisprudence relative aux destructions 'autoritaires' de logements qui, par ricochet, conduisent les populations déracinées à "*vivre dans des conditions déplorables*". Ces "*souffrances mentales considérables*" ont été vues par la Cour comme des "*traitements dégradants*" prohibés par l'article 3: Cour EDH, 12 juillet 2005, *Moldovan et autres c. Roumanie*, §§103 et 110; Cour EDH, 30 janvier 2001, *Dulas c. Turquie*, §55.

41 Cour EDH, 21 février 1986, *James et autres c. RU*, Série, A n°98.

42 Cour EDH, 21 novembre 1995, *Velosa Barreto c. Portugal*, A. 334, *RUDH*, 1996, p. 16, obs. M. LEVINET; Cour EDH, 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, *JCP G,* 2000, I, 203, n°20, chron. F. SUDRE.

43 *In casu,* la Cour refuse d'assimiler à une violation du droit à la vie privée et familiale le non octroi par les autorités britanniques d'un permis d'aménagement

se prononce dans les termes suivants: "*il importe de rappeler que l'article 8 ne reconnaît pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile, pas plus que la jurisprudence de la Cour. Il est à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile, mais il existe malheureusement dans les Etats contractants beaucoup de personnes sans domicile. La question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire*"[44].

Il ne faudrait pas déduire de cette affaire que les questions afférentes au logement (sous l'angle des droits des propriétaires comme des locataires en matière d'expulsion et de relogement par exemple) soient absentes de la jurisprudence conventionnelle. Loin de là[45]. Toutefois, la Cour comme, dans beaucoup d'autres domaines, préfère mobiliser la carte de la protection "procédurale" plutôt que celle de la garantie substantielle[46].

Du coup, en resserrant l'effectivité judiciaire de l'invocation de la dignité à des questions "fondamentales" en ce qu'elles sont uniquement centrées sur le respect de l'intégrité physique et mentale des individus sous le contrôle de l'Etat, la Cour prévient les critiques qui ne manquent pas de surgir régulièrement en doctrine relative à la dilution et donc à l'affaiblissement du principe qui perd son caractère "absolu"[47]. Surtout, et le cas du "droit au logement" est

---

à une tzigane désireuse d'implanter durablement ses caravanes sur un terrain lui appartenant.

44 CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, § 99, *RTDH,* 2001, p. 887, obs. F. Sudre; *RTDCiv*, 2001, p. 448, chron. J.-P. Marguenaud; *L'Europe des libertés*, mai 2001, p. 2, note M. Levinet.

45 F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROEK, "Le droit au logement dans la Convention européenne des droits de l'homme. Bilan et perspectives", *Le logement dans sa multidimensionnalité: une grande cause régionale*, N. BERNARD, Ch. MERTENS, (dir.), Namur, Ministère de la région wallonne, 2005, spec. p. 318 .

46 Ainsi, la Cour a récemment posé le principe de la nécessité d'un contrôle juridictionnel préalable à une expulsion de logement (Cour EDH, 13 mai 2008, *McCann c. Royaume-Uni*). C'est le défaut de contrôle juridictionnel qu'elle a sanctionné et non les dispositions de la loi sur les expulsions, *v.* N. BERNARD, "Pas d'expulsion de logement sans contrôle juridictionnel - Le droit au logement et la Cour européenne des droits de l'homme", *RTDH*, 2009, n°78, pp. 527-552.

47 Selon B. MATHIEU, "*Si l'on considère que la protection de la personne humaine est un impératif catégorique, il faut que la dignité de la personne humaine soit un principe rigoureux. Au contraire, si le principe de dignité s'épuise dans la liste des règles qui en dérivent, s'il s'enfle jusqu'à perdre toute spécificité, envahissant non*

topique, quand bien même la Cour européenne reconnaît que tout être humain mérite de disposer d'un "endroit où il puisse vivre dans la dignité", elle valorise – sur une question sociétale extrêmement sensible – l'absence de consensus européen et du coup, amoindrit la portée du droit de vivre dignement. Cette technique qui renvoie dans la foulée à la marge nationale d'appréciation lui permet de maîtriser le contenu effectif d'un droit et de ne pas y inclure des aspects qu'elle considère comme trop "délicats".

II. UNE FONCTION "POLITIQUE"

La "fonction politique" doit être entendue ici dans une acception compréhensive. Elle se développe dans le cadre du système conventionnel qui doit être *en prise* avec les évolutions traversant les ordres juridiques nationaux pour ne pas dire les sociétés nationales. Du coup, la dignité sert ici d' "outil de conciliation". La dignité sert d'outil afin de *concilier les droits* (A). La conciliation des droits est indispensable quand deux droits s'entrechoquent, quand il y a une opposition radicale entre eux. C'est une des tâches les plus ardues qui revient régulièrement aux juges de régler – qu'ils soient internes ou internationaux. L'office du juge de Strasbourg ne déroge pas à ce signe des temps modernes où les oppositions et les contradictions sont multiples et où le juge doit trancher. A cette première facette de la fonction conciliatrice – une facette orthodoxe – se combine une autre, certainement plus originale. Il n'est plus question d'une conciliation des droits, mais d'une *conciliation au sein des droits* (B).

A. La conciliation *des* droits

Dans le cadre de cet exercice complexe de conciliation des droits, la dignité n'est pas là où certains pourraient *a priori* l'attendre. La jurisprudence démontre que la Cour entend rester maîtresse de l'utilisation de la dignité en ne cédant pas aux attentes multiples des requérants, des attentes qui prennent souvent l'allure de revendications déstabilisantes pour l'ordre sociétal établi. L'analyse démontre ici que la conciliation est celle, tout à la fois des droits "censés" être intangibles, comme celle qui se manifeste entre les droits intangibles et les autres.

---

seulement le champ de la bioéthique, mais aussi le domaine social ou politique, la reconnaissance de son caractère absolu est privée de sens", D., 1996, 337ème cahier, chron p. 286.

A priori et en théorie, quand deux droits intangibles s'affrontent, aucun ne devrait souffrir une limitation dans le cadre de l'exercice conciliatoire. Toutefois, la tâche du juge, c'est de rendre justice afin d'éviter le déni de justice: or, cette exigence contraint le juge à concilier ce qui *a priori* ne peut l'être et du coup à "restreindre" un des deux droits. Or, dans l'affaire *Pretty* excessivement connue[48] – où les articles 2, 3, 8, 9 et 14 ont été mobilisés par la requérante – la Cour a été amenée (entre autres choses) à concilier notamment deux droits dits "intangibles": le droit à la vie et le droit de ne pas subir de torture et de traitements inhumains et dégradants. Elle a clairement valorisé le premier au détriment du second. En acceptant que l'interdiction en principe absolue posée à l'article 3 soit "relative", car susceptible de limitations au nom de la préservation considérée comme fondamentale de la vie, c'est bien à une restriction de l'article 3 à laquelle on a assisté dans l'affaire *Pretty*. La dignité (de mourir sans souffrances) a été écartée au profit de la vie (même si elle est a l'origine de souffrances... Il n'est pas inutile à ce stade de revenir sur les "fondamentaux" de l'argumentation de la Cour. On sait que la requérante, atteinte d'une maladie incurable et neuro-dégénérative, mettait tout d'abord en exergue le droit individuel à l'autodétermination. Selon elle, l'article 2 garantirait non seulement le droit à la vie, mais également le droit de choisir de continuer ou de cesser de vivre; de sorte que serait assuré "*comme corollaire du droit à la vie, un droit à mourir de façon à éviter une souffrance et une indignité inéluctables*" pour reprendre l'argumentation de la demanderesse présentée au § 35 de l'arrêt. Elle considérait également que le refus des autorités britanniques de ne pas prendre l'engagement d'abandonner les poursuites contre son mari si ce dernier l'aidait à se suicider et la prohibition du suicide assisté établie par le droit pénal britannique s'analysaient en un traitement inhumain et dégradant dont l'Etat était responsable[49]. En un mot, l'Etat manquait à son obligation de la protéger contre des souffrances intolérables

48 Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni, v.* G. ARMAND, "La dignité des malades en fin de vie. Réflexions à partir de l'arrêt Pretty", *La portée de l'article 3…, op. cit.,* spec. pp. 189-190; L. BURGORGUE-LARSEN, "Peut-on choisir sa mort au nom du principe de dignité humaine ?", *Libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien 2003, pp.265-280; E. GARAUD, *RJPF*, 2002, p. 11; P. MALAURIE, *RTDCiv.*, 2002, p. 858; F. SUDRE, *JCP G*, 2002, I, 157 n°1 et 13; O. de SCHUTTER, *RTDH*, 3003, p. 71-111.

49 Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 54.

si sa maladie atteignait son stade ultime. Sur ces deux points, la Cour récuse l'argumentation de la requérante. On sait qu'elle refuse d'inférer du droit à la vie un droit à la mort (digne) selon le célèbre § 39: *"L'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir"*. Surtout, sur le second point où c'est l'article 3 qui était invoqué, la Cour – bien qu'elle reconnaisse que la souffrance due à la maladie puisse constituer un "mauvais traitement" au sens de l'article 3 (§52), se place sur le terrain de l'imputabilité pour rejeter la demande en considérant que l'Etat ne peut être tenu responsable de telles souffrances. C'est dans ce contexte qu'en utilisant de façon restrictive la méthode d'interprétation systémique, elle introduit dans son argumentation afférente à l'article 3 des considérations sur l'article 2 en affirmant: *"L'article 3 doit être interprété en harmonie avec l'article 2"* qui reflète des *"valeurs fondamentales respectées par les sociétés démocratiques"* et qui consacre d'abord et avant tout *"une prohibition du recours à la force ou de tout autre comportement susceptible de provoquer le décès d'un être humain et il ne confère nullement à l'individu un droit à exiger de l'Etat qu'il permette ou facilite son décès"* (§54). En raisonnant de la sorte, la Cour européenne reproduit la démarche de la Cour dans l'affaire *Otto-Premigner Institut*. La Cour y avait estimé que la liberté religieuse garantie par l'article 9 pouvait jouer comme limite à la liberté d'expression proclamée à l'article 10. Certains auteurs en doctrine avaient été très critiques à l'égard d'une telle démarche, sauf qu'il s'agissait in casu de la conciliation de droits dits "conditionnels"… Ici le raisonnement aboutit à déplacer le débat juridique de l'article 3 vers celui de l'article 2 et à considérer dans le même temps que la protection du droit à la vie justifie une limitation à l'interdiction en *principe absolue* des traitements inhumains et dégradants[50]…

En réfléchissant sur cet exercice de conciliation, on est amené à se demander si la dignité a été un outil de conciliation entre des droits intangibles et conditionnels ou uniquement entre des droits conditionnels. L'affaire connue de tous et qui est apparue entrer dans la première branche de la problématique est l'affaire *K.A. et A.D*[51]. Une lecture attentive démontre qu'à aucun moment la dignité

50 G. ARMAND, "La dignité des malades en fin de vie. Réflexions à partir de l'arrêt Pretty", *La portée de l'article 3…, op. cit.*, pp. 189-190.
51 Cour EDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*.

n'apparaît dans le raisonnement de la Cour et encore moins dans les arguments des requérants – qui tenaient plus que tout à leur pratique sexuelle confinant on le sait à ce que d'aucuns ont qualifié de "barbarie". Autrement dit, là où, en doctrine, le problème a été posé en termes d'opposition frontale entre la liberté et la dignité – faisant ainsi surgir des "écoles" opposées où droit et valeurs morales se sont affrontées[52], cette opposition n'existe pas formellement dans la *ratio decidendi* de l'arrêt. Elle avait peu de chance d'apparaître car ce sont les requérants sadomasochistes qui ont circonscrit la stratégie argumentaire en invoquant une violation des articles 6, 7 et 8. Partant, là où la dignité aurait pu jouer (si notamment l'article 3 avait été invoqué) comme outil conciliatoire entre l'autonomie personnelle des uns (reposant sur l'article 8) et l'intégrité physique des autres (avec pour fondement l'article 3 qui se serait érigé éventuellement en limite à la liberté), c'est on le sait le consentement qui a joué dans l'affaire un rôle majeur.

B. LA CONCILIATION *AU SEIN DES* DROITS

Le juge met en place ici deux types de démarches. La première consiste à distinguer tout en les conciliant des notions non déterminées, des notions non définies, bref des notions floues au sein même d'un droit. Pour l'instant, c'est l'article 3 qui a été au centre de cette tâche dans la mesure où il est composé de trois concepts non définis: la torture, les traitements inhumains et les traitements dégradants. Il a fallu les définir, les distinguer pour mieux évidemment les concilier en s'accordant une marge de manœuvre conséquente avant d'adapter les notions à l'évolution démocratique des Etats. En général, ce processus est accueilli sans critique par la doctrine qui salue dans une belle unanimité un tel processus interprétatif. La seconde est plus polémique car, toujours pour la doctrine, elle repose sur une erreur de perspective. Il s'agit pour la Cour de concilier non plus des notions, mais des "intérêts" subjectifs qui apparemment s'opposeraient et qui se trouveraient englobés au sein d'un même droit. Apparaît ici à nouveau l'article 2 de la Convention.

52 Pour une analyse de l'ambivalence de l'utilisation de la notion – surtout quand elle entre en conflit avec l'autonomie personnelle des individus – on renvoie à l'article de D. ROMAN qui fait en outre le point sur toutes les oppositions doctrinales hexagonales, "'A corps défendant': la protection de l'individu contre lui-même", *D.*, 2007, p. 1284.

Toutes les composantes notionnelles de l'article 3 ont été revisitées par la Cour qui, de façon évolutive et s'adaptant aux standards des sociétés démocratiques a rehaussé le niveau des exigences imposées aux Etats; l'arrêt *Selmouni*[53] est symptomatique de cette démarche. Dans ce contexte, la dignité a servi comme paramètre interprétatif pour déterminer les contours du traitement "dégradant" et du coup, le concilier habilement avec les autres notions. Ainsi, selon la Cour, un traitement peut être qualifié de "dégradant" et tomber sous le coup de l'interdiction de l'article 3, "s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa *dignité humaine*, voire la diminue, ou s'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique"[54]. A partir de ce *dictum*, la référence à l'atteinte à la dignité a permis à la Cour européenne d'intégrer une somme importante et très variée de situations, de pratiques plus ou moins systématiques et fréquentes, dans la notion de traitement "dégradant" – qu'elle couple parfois automatiquement et sans aucune explication avec la notion de "traitement inhumain et dégradant"[55] – autant d'éléments factuels qui lui ont permis, *in fine*, d'emporter l'applicabilité de l'article 3. Toutefois, là encore, la Cour européenne est maître du jeu et peut faire échapper certaines affaires à l'emprise de l'article 3 et de celle du traitement dégradant quand elle estime qu'il est pas trop délicat.

---

53 Cour EDH, Gde Ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, G. COHEN-JONATHAN, *RGDIP*, 2000, p. 181; P. LAMBERT, *RTDH*, 2000, p. 123.

54 Cour EDH, *Price c. Royaume-Uni*, §§ 24-30; Cour EDH, *Valašinas c. Lituanie*.

55 Il faut tout de suite ajouter que si la frontière conceptuelle est aujourd'hui assez claire entre la notion de torture d'un côté et celle de traitement humain et dégradant de l'autre; ce n'est pas le cas pour la délimitation entre les deux dernières notions. Tantôt la Cour parle exclusivement de "traitement dégradant", tantôt elle opte pour une vision englobante et mentionne les "traitements inhumains et dégradants". L'élément de certitude, c'est le rôle joué par la dignité. Pour un exemple d'une approche "englobante" de la notion de traitement "inhumain et dégradant", Cour EDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne.* On relèvera la critique acerbe de J-F Flauss qui s'insurge contre le procédé de la Cour: "Fondée sur une conception relative exacerbée de la dignité humaine, la solution adoptée par la Cour (d'ailleurs fortement controversée en son sein) répond sans doute à une vision très activiste de la protection des droits de l'homme. Mais elle contribue aussi, malheureusement, à transformer la notion de 'traitements inhumains et dégradants' en concept attrape-tout, ainsi d'ailleurs, qu'à brouiller la hiérarchie des valeurs sous-jacents à la distinction entre les deux sortes de traitement", *AJDA*, 25 septembre 2006, p. 1710.

Sur le premier point qui débouche sur l'applicabilité de l'article 3, trois exemples suffiront à montrer la stratégie "rampante" de la Cour; trois exemples très différents où on peut constater un degré très variable d'atteinte au corps en tant que tel. Dans le cadre des *conditions de vie dans l'univers carcéral*, la Cour peut déceler l'existence d'un "traitement dégradant", car attentatoire à la dignité, dans le fait de pratiquer de façon systématique et arbitraire ce que l'on appelle pudiquement des "fouilles intégrales" et qui reviennent ni plus ni moins à pratiquer des "inspections anales" des détenus au nom d'impératifs sécuritaires. L'affaire *Frérot c. France* le met particulièrement bien en relief[56]. En soi, la Cour rappelle que la pratique de la fouille intégrale n'est pas illégitime si et seulement si elle s'avère nécessaire à la sécurité de l'établissement pénitentiaire ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales[57]. Toutefois, elle doit être conduite de manière convenable dans le respect de la personne du détenu afin "de ne pas amoindrir sa dignité humaine". En l'espèce toutefois, la Cour a stigmatisé la pratique existante au sein de la maison d'arrêt de Fresnes qui était la seule prison qui imposait des fouilles intégrales systématiques ne reposant sur aucun impératif convaincant de sécurité. La Cour y a vu une mesure arbitraire, qui plus est provoquant un sentiment d'infériorité "et de profonde atteinte à la dignité que provoque indubitablement l'obligation de se déshabiller devant autrui et de se soumettre à une inspection anale" (§ 47); et d'y voir un "traitement dégradant" (§ 48)[58].

---

56 Cour EDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*.

57 Le Conseil d'Etat dans la même affaire avait jugé compatible avec l'article 3 de la Convention les fouilles intégrales – telles que prévues par la circulaire du Garde des Sceaux du 14 mars 1986 pris en application de l'article D.275 du Code de procédure pénale dans sa version en vigueur à l'époque des faits – "*compte tenu des mesures prévues pour protéger l'intimité et la dignité des détenus et eu égard aux contraintes particulières afférentes au fonctionnement des établissements pénitentiaires*", CE, 8 décembre 2000, *Frérot, RFDadm*, 2001, p. 261.

58 Il est intéressant de relever ici une divergence analytique avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui s'explique toutefois par un contexte totalement différent ou des gardiens de prison et des forces de police avaient donné l'assaut contre une prison en violant et tuant près de 41 détenus, dont de nombreuses femmes. (Cour IDH, Cour IDH, 25 novembre 2006, Fond et réparations, *Prison Miguel Castro Castro c. Pérou*, Série C n° 160). La Cour a jugé que *les actes de violence sexuelle auxquels fut soumise une détenue sous le couvert d'une supposée 'inspection' vaginale tactile constituèrent un viol qui, de par ses effets, est une torture"* (§ 312).

Si dans l'importante affaire *Tremblay*[59], la Cour qualifie de "traitement inhumain et dégradant" la *prostitution contrainte*, c'est qu'elle la juge incompatible "*avec les droits et la dignité de la personne humaine*", la dignité servant encore une fois de catalyseur analytique pour emporter le qualificatif de "*traitement inhumain et dégradant*". La Cour se garde bien toutefois de se prononcer sur la question de savoir si la prostitution en elle-même est contraire à l'article 3; elle relève d'ailleurs ici l'absence de consensus en la matière (§ 24).

Le troisième et dernier exemple concerne la *situation politique* prévalant dans le Nord de l'île de Chypre qui a été abordée par le truchement du "traitement dégradant" lui même révélé par une atteinte à la dignité humaine. La Cour a en effet jugé dans l'affaire interétatique *Chypre c. Turquie* que les autorités turques imposent aux Chypriotes grecs vivant dans le Nord de l'île, en raison de leur origine ethnique, de leur race et de leur religion, des conditions de vie (surveillance, isolement, restriction à la liberté de circulation) avilissantes et contraires au respect de la *dignité humaine* de ses membres. Partant, le juge de Strasbourg qualifie la discrimination ainsi pratiquée de "traitement dégradant"[60].

Refuser de se laisser guider et *in fine* emprisonner par les bornes de l'argumentation des requérants en matière de dignité est un autre aspect de la jurisprudence européenne. L'affaire *Tysiac*[61] met parfaitement en exergue la manière dont la Cour refuse d'être instrumentalisée à tout le moins orientée et encadrée par la démarche de la requérante; elle entend ce faisant garder la main sur l'orientation argumentaire. Cela lui permet de traiter la question d'un avortement thérapeutique légal, non sous l'angle de l'article 3, mais sous l'angle des obligations procédurales de l'article 8, ce qui lui permet d'éviter d'aborder de front un problème sociétal épineux. On sait que la loi polonaise qui interdit l'avortement dispose toutefois que l'avortement est légal lorsque la grossesse met en danger la vie ou la santé de la femme et que cela est certifié par deux médecins quel que soit le stade de la grossesse. Or, la requérante qui courrait de sérieux risques pour sa vision ne pu obtenir la possibilité de procéder

59 Cour EDH, 11 septembre 2007, *Tremblay c. France*, *v.* J-P MARGUENAUD, *RTDCiv,* 2007, p. 730.

60 Cour EDH, Gde Ch., 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie, v.* P. TAVERNIER, *RTDH,* 2002, p. 807.

61 Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne, v.* B. MATHIEU, *JCP G* 2007 II 10071.

à un avortement thérapeutique en raison du refus opposé par le chef de service de l'hôpital. A la suite de l'accouchement, elle fut atteinte de cécité et obtint un statut d'invalide.

Alors que la requérante invoquait une violation de l'article 3 – en considérant que les circonstances de l'affaire s'analysaient en un "traitement inhumain et dégradant" qui l'a amené à la cécité complète et qui l'a maintenu dans un état d' "angoisse" et de "détresse" profonde, la Cour sans véritablement argumenter s'est contentée d'affirmer que "*Vu les circonstances de la présente cause, la Cour juge que les faits allégués ne révèlent aucune violation de l'article 3*". Là où sa "politique jurisprudentielle" éclate au grand jour c'est quand elle continue en affirmant "*Elle estime par ailleurs qu'il convient d'examiner les griefs de la requérante sous l'angle de l'article 8 de la Convention*" (§ 66)…

Concilier des "intérêts" est un autre aspect délicat de la jurisprudence de la Cour européenne. Dans la célèbre affaire *Vo*[62], on sait que les contradictions analytiques ont été multiples, révélatrices d'une gêne certaine de la Cour à trouver le bon angle d'attaque juridique pour affronter des questions sensibles. Or, comme l'angle d'analyse ne fut pas le bon, du coup, les incohérences furent nombreuses. La première est que la Grande Chambre a de façon illogique refusé de trancher la question de l'applicabilité de l'article 2 à l'égard de l'enfant à naître (le *nascisturus*) en se retranchant derrière la marge nationale d'appréciation qui doit être laissée aux Etats. Or, la doctrine dans son ensemble a rappelé à juste titre que la marge d'appréciation est un mécanisme qui n'intervient qu'au stade de l'application du texte conventionnel, autrement dit au stade des conditions d'exercice du droit garanti[63]. Elle récidivait dans l'affaire *Evans* qui trouva son épilogue après renvoi devant la Grande Chambre le 10 avril 2007[64]. La seconde contradiction qui confine à

62 Cour EDH, Gde Ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, X. BIOY, *RDP*, 2005, p. 1417; P. MURAT, *Dr. fam*., 2004, com. n°194; M. LEVINET, *JCP G*, 2004, p. 10158; J. PRADEL, *D.* 2004, p. 2456;

63 Sauf à méconnaître alors que la Convention est un instrument d'harmonisation des droits internes, *v*. F. SUDRE (dir.) "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *RDP*, 2005-3, p. 767.

64 Cour EDH, Gde Ch., 10 avril 2007, *Evans c. France*. L'affaire n'est pas identique à l'affaire *Vo* dans la mesure où elle concerne le cas d'embryons congelés et leur destruction suite au retrait du consentement du partenaire masculin du couple qui, quelques années auparavant, avait décidé d'un commun accord avec sa partenaire, de congeler des embryons dans le cadre d'un traitement "FIV". Quoi qu'il en soit,

l'illogisme radical est, qu'alors que la Cour avait décidé *in fine* de ne pas trancher la question de *l'applicabilité* de l'article 2, elle n'en a pas moins analysé la question de la violation au fond de cette disposition sous son angle procédural ! Elle clame la non-applicabilité de 2 pour toutefois examiner la violation du versant procédural dudit article 2. On avouera que le vertige nous saisit devant une telle démarche pour le moins paradoxale. La troisième contradiction et non des moindres concerne un point important que l'on entend mettre en lumière ici. La Cour raisonne – et la doctrine l'a très bien montré[65] – comme si l'affaire concernait l'IVG; à tout le moins, elle "fait preuve de la même prudence" que celle affichée dans les affaires relatives à l'avortement. On sait qu'ayant eu à connaître de la conventionnalité des législations nationales autorisant l'avortement, la Cour s'est refusée *"à déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie, reconnu par l'article 2, vaut également pour le fœtus*[66]*"*. Dans ce contexte de *self-restraint*, la Grande Chambre dans l'affaire *Vo* estime que *"l'enfant à naître n'est pas considéré comme une 'personne' directement bénéficiaire de l'article 2 de la Convention et son 'droit' à la 'vie', s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de la mère"* (§ 80 de l'arrêt Vo). Ce "droit à la vie s'il existe" pour reprendre les termes passablement

---

la Cour reproduit la même erreur en affirmant au § 54: "Dans son arrêt du 7 mars 2006, la chambre a rappelé que, dans *Vo c. France* ([GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII), la Grande Chambre avait considéré qu'en l'absence d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, *le point de départ du droit à la vie relevait de la marge d'appréciation que la Cour estime généralement devoir être reconnue aux Etats dans ce domaine*. Or, ainsi que l'ont précisé les juridictions internes dans la présente affaire, le droit britannique ne reconnaît pas à l'embryon la qualité de sujet de droit autonome et ne l'autorise pas à se prévaloir – par personne interposée – du droit à la vie garanti par l'article 2. Partant, la chambre a conclu qu'il n'y avait pas eu en l'espèce violation de cette disposition. (…) § 56: "Pour les raisons exposées par la chambre, *la Grande Chambre estime que les embryons créés par la requérante et J. ne peuvent se prévaloir du droit à la vie protégé par l'article 2 et qu'il n'y a pas donc pas violation de cette disposition*" (c'est nous qui soulignons).

L'affaire a donc ici été traitée entièrement sous l'angle de l'article 8, la requérante se plaignant des effets des dispositions de la loi britannique de 1990 "en vertu desquelles, une fois ses ovules fécondées avec le sperme de J, celui ci a pu rétracter son consentement" (§ 57). La Cour après un tour d'horizon judiciaire international, n'a pas condamné le RU et a conclu à l'absence de violation de l'article (§ 92).

65 Notamment Xavier BIOY dans un commentaire éclairé de la décision *Vo*: "L'arrêt *Vo c. France*, Une lecture publiciste. Cour EDH, 8 juillet 2004", *RDP*, 2005-5.

66 Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et a. c. Irlande,* Série A n°146, § 66.

alambiqués de la Cour, gênée aux entournures, cette "*potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne*" "doivent être protégés par la dignité humaine sans pour autant en faire une "personne" qui aurait un droit à la vie au sens de l'article 2 (§). Il est donc clair que la Cour affuble cet être en devenir de la "dignité", mais parce que cet être n'a pas atteint la capacité juridique propre à une "personne", les intérêts de la mère peuvent prévaloir.

Ici, et c'est un premier problème, la dignité acquiert automatiquement une portée à géométrie variable, une portée relative, qui est en contrariété avec son caractère absolu. En effet, dans le cadre de l'exercice conciliatoire mis en avant par la Cour entre les intérêts du fœtus et ceux de la mère, la dignité de l'être en devenir s'efface au détriment des intérêts de la mère. Le problème est que "Cour européenne raisonne comme si le cœur du problème résidait dans une entrave de la volonté de la mère qui pourrait être de ne pas garder l'enfant. Faisant état d'une jurisprudence qu'elle pense pertinente, la Cour ne développe en fait que des cas de conflit entre l'intérêt de la mère et celui du fœtus (.../…). Or, en l'espèce, *"la volonté de la mère n'est pas en cause ici au plan de la libre disposition de soi. Son intérêt est convergent avec celui du fœtus. Inversement même, elle vient se plaindre d'une absence de protection à la fois du fœtus en lui-même et de sa volonté d'être mère"*[67]. On est ainsi en accord avec le professeur Bioy quand il affirme qu' " en posant le problème de l'applicabilité de l'article 2 en termes de reconnaissance d'une personnalité pour le fœtus et en concluant ce raisonnement par un refus de se prononcer au cas où cela risquerait de conduire à construire un sujet menaçant pour les droits de la femme, la Cour a suivi une fausse piste" [68]. Le problème c'est que la fausse piste est là et que la dignité s'est retrouvée propulsée au cœur d'un exercice conciliatoire (qui n'avait pas lieu d'être en l'espèce) et qui l'a affaibli.

* *

Cet aperçu jurisprudentiel de l'utilisation par la Cour européenne du concept de dignité montre, dans ses grandes lignes, qu'elle entend en garder la maîtrise. En la reliant exclusivement aux droits dits

67 Il faut rappeler ici en effet que si Mme Vo a dû subir un avortement celui-ci était thérapeutique et était la conséquence d'une erreur médicale, le médecin traitant ayant par erreur de patiente, percé la poche des eaux…

68 X. BIOY, "L'arrêt *Vo c. France*, Une lecture publiciste. Cour EDH, 8 juillet 2004", *RDP*, 2005-5, p. 1426.

intangibles, elle s'inscrit dans un mouvement somme toute classique qui a marqué la configuration des systèmes juridiques après le second conflit mondial. La Cour européenne n'est pas toutefois à l'abri de difficultés conceptuelles dès que des questions sociétales, par nature difficiles, lui sont soumises. Ces *hard cases* ne satisferont jamais véritablement tout le monde car le droit ici révèle ses limites devant des questions qui le dépassent.

L. Burgorgue-Larsen, "La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *La Dignité saisie par les juges en Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.55-78 (Col. "Droit et Justice" n° 95).

L'INQUIÉTANTE PROTECTION DE LA DIGNITÉ HUMAINE *KLÊSIS*, 2011

Pierre-Yves Quiviger

Professeur de philosophie, Directeur du Centre de Recherches en Histoire des Idées (CRHI, EA 4318), Université de Nice-Sophia-Antipolis.

La remarquable thèse de Véronique 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*[1] fait le point, bien au-delà de ce que son titre laisse entendre, sur les difficultés posées par la référence, de plus en plus fréquente, à la dignité humaine dans les décisions des juridictions, qu'elles soient nationales ou internationales. De manière très persuasive, Véronique Gimeno-Cabrera aboutit à l'idée que, dans le domaine du droit public, la notion de dignité renvoie désormais à une obligation qui pèse sur les sujets de respecter, par rapport à leur propre action, l'humanité en eux, dans un horizon théorique profondément marqué par le kantisme. Est ainsi jugée contraire à la dignité toute attitude, qu'elle soit imposée, subie ou acceptée, qui met un individu en position de ne pas respecter ce qu'on est en droit d'attendre de tout être humain. Le point notable est évidemment qu'on ne prend pas en considération la présence ou l'absence de *consentement* du sujet à ce qui est décrit soit comme un traitement dégradant, soit comme une humiliation, soit comme un déshonneur, soit comme une atteinte au respect que l'on doit à tout être humain. Il semble y avoir dans cette évolution juridique du statut de la dignité un décalage par rapport à un mouvement d'ensemble du droit allant vers une plus grande intégration des phénomènes de *subjectivité* et d'appréciation *individuelle* des préjudices. Alors même que, depuis 1789, chaque décennie semble apporter son lot de *droits subjectifs*, de *prétentions* nouvelles qu'on peut faire valoir devant le juge, l'émergence de la notion de dignité peut diminuer ces droits, dans la mesure où elle est opposable au sujet lui-même, indépendamment de son accord pour

1 LGDJ, 2005.

une attitude à son endroit qu'il ne juge pas nécessairement, pour sa part, indigne de lui (on peut gloser infiniment sur le sentiment de non-indignité, et argumenter qu'on est parfois contraint de choisir "l'indignité" pour pouvoir, par exemple, obtenir des revenus qu'on n'obtient pas en ayant une attitude "digne"; à quoi on objectera que, s'il y a choix, arbitrage, décision, c'est que s'offrait, tout de même, une autre voie, qu'on jugeait probablement encore moins digne et qu'il y a quelque obscénité à ne pas voir l'écart qui sépare les situations que nous jugeons volontiers indignes et celles dont sont l'objet ceux qui endurent des traitements humiliants et dégradants et qui ne les "choisissent pas", comme les esclaves ou les victimes de criminels). Schématiquement, on peut remarquer que l'ancienne notion de *dignitas*, signifiant le statut que je devais assumer, honorer, et qui, dans une large mesure, m'obligeait (comme dans la formule "noblesse oblige…") s'est élargie jusqu'à caractériser l'ensemble des actions que je peux librement accomplir. Cette *dignitas*, dont je pouvais demander au droit la protection contre les atteintes qui la visaient, et qui était réservée à certaines fonctions éminentes, celles des *dignitaires* justement, a connu une formidable extension, jusqu'à l'universalisation. On en trouve la persistance dans l'incrimination plus lourde des injures adressées aux représentants des forces de police, aux corps constitués, au président de la République, qu'on ne saurait outrager sans porter atteinte en même temps à la dignité de la Nation toute entière. C'est désormais vis-à-vis de toute personne humaine que j'ai des devoirs, au titre du respect de la dignité de l'entière humaine condition, dont elle est le porteur, comme tout un chacun. Or, de même que l'ancienne *dignitas* était source d'obligations pour son titulaire, la nouvelle dignité universelle semble devenir source d'obligations universelles. Il faut néanmoins noter les limites paradoxales d'une telle universalité: en effet, l'aspect le plus inquiétant de cette étrange conception est que l'on est d'autant plus volontiers titulaire d'obligations qu'on est par ailleurs en situation de mériter une protection supplémentaire; autrement dit: plus on a besoin de voir protéger ses droits, plus on se retrouve limité dans son action au nom d'une dignité imposée de l'extérieur.

Il convient donc de prendre la mesure d'une notion juridique qui étend la protection de la dignité au-delà de la prétention subjective à cette protection, pour aller jusqu'à la protection objective de cette même dignité y compris contre la volonté subjective d'être protégé,

en sorte que l'usage libre que je peux faire de ma propre volonté et de mon propre corps se voit diminué. On étudiera dans une première partie la protection que le droit apporte à la dignité humaine puis l'atteinte que la référence à la dignité peut porter à mes droits dans une seconde partie.

1. QUAND LE DROIT ME PROTÈGE EN PROTÉGEANT LA DIGNITÉ HUMAINE

A quoi sert le droit ? Avant tout, à effacer les déséquilibres qui peuvent naître des situations subies ou choisies par les sujets, en s'appuyant sur des normes plus ou moins stables et d'interprétation plus ou moins commode, afin de pouvoir anticiper les arbitrages qui seront rendus par les juridictions qui, donc, *disent le droit.* Si je signe un contrat, j'attends de l'autre partie qu'elle honore les engagements qu'elle a pris, de même qu'elle attend de moi que j'honore mes engagements. Si j'ai versé une somme d'argent en échange de la livraison d'un objet X, la non-livraison de X fait de moi un *créancier* jusqu'à la livraison, laquelle fera disparaître au même moment mon statut de créancier et celui de *débiteur* endossé par la personne qui assume la livraison. Il y a une question juridique dès lors qu'existe ce déséquilibre. De la même manière, si je calomnie abusivement un concurrent dans le cadre de mes activités commerciales, celui-ci est en droit d'attendre que je sois condamné à lui verser une somme d'argent constitutive de *dommages et intérêts* de nature à effacer le *préjudice* que je lui ai fait subir. Du désordre a été introduit dans la vie commerciale de mon concurrent par mon comportement; rétablir l'ordre, l'équilibre, dans la situation d'ensemble, est le travail du droit. Le même raisonnement peut être conduit dans le domaine pénal, avec un équilibre qui prend la forme d'une *peine*, de nature à compenser l'infraction; dans le domaine du droit administratif, avec l'évaluation de l'*excès de pouvoir* qu'une administration s'est permis par rapport à la légalité, et qu'il convient d'annuler, ou bien encore dans la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique qu'il faut, pour la juridiction administrative ou judiciaire, *quantifier*. Le droit peut donc être défini analytiquement comme le processus qui identifie des dettes et des créances, qui vise leur égalisation (et donc leur annulation réciproque), en s'inspirant des normes coercitives adéquates correspondant au contexte.

Quelle place la dignité humaine, notion qu'on rattacherait plus volontiers à la sphère éthique qu'à la sphère juridique, peut-elle jouer au sein une telle démarche ?

Si l'on désigne comme "indigne" une situation dans laquelle je me considère comme *humilié, dégradé, avili, déshonoré, maltraité* ou encore *méprisé*, soit au titre d'un statut que je possède (père de famille, agrégé de philosophie, citoyen de nationalité française, titulaire d'un titre de noblesse, pratiquant d'une certaine religion, etc.) soit simplement en tant qu'individu, on comprend fort bien quel rôle le droit peut jouer. En me reconnaissant susceptible de me plaindre d'une indignité que je subis, ou d'une atteinte à ma dignité, le droit me donne les moyens d'obtenir réparation d'un préjudice spécifique que je subis, qu'on peut quantifier, et que me doit celui qui a manqué à ses obligations envers moi, obligation qui peut s'énoncer comme *maintien* ou *préservation* de ma dignité.

Le Code pénal français organise de manière très détaillée la protection contre les atteintes à ma dignité, à travers le chapitre V (Des atteintes à la dignité de la personne) du titre II (Des atteintes à la personne humaine) du Livre II (Des crimes et délits contre les personnes): sont ainsi sanctionnés, *expressis verbis,* les discriminations, la traite des êtres humains, la dissimulation forcée du visage, le proxénétisme, le recours à la prostitution des mineurs, l'exploitation de la mendicité, l'exploitation de la vente à la sauvette, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne, le bizutage et les atteintes aux respects dus aux morts. A l'exception du dernier élément, sauf à vouloir faire parler les cadavres, on voit bien comment rattacher l'atteinte à la dignité de la personne au sujet de droit atteint dans son être. On sait que la mission du droit pénal, par distinction avec celle du droit civil, peut se définir comme la sanction, par des peines, des atteintes portées au corps social dans son ensemble: quand un employeur traite mal un salarié en raison de la couleur de sa peau, le salarié subit un préjudice (plan civil), mais ce préjudice se double d'une atteinte portée aux règles qui organisent la vie sociale (plan pénal) dans son ensemble (refus de la discrimination raciale). Le passage par la notion de dignité permet donc à la fois à un sujet de se plaindre d'un préjudice qu'il subit, dont la particulière gravité est soulignée par le terme de "dignité" (si je suis blessé "dans ma dignité", c'est un peu plus grave que si je suis simplement blessé "dans ma chair" ou "dans ma susceptibilité" ou "moralement"), et, dans le

même temps, de faire reconnaître socialement et collectivement, par le truchement de la justice pénale, l'infraction commise *à l'occasion* du préjudice civil qui est enduré. La notion de dignité trouve ainsi à s'appliquer de manière pertinente dans le domaine du droit du travail, ce qui permet aux juridictions de condamner des employeurs non seulement au titre de comportements abusifs vis-à-vis de leurs salariés, mais en faisant aussi référence à l'atteinte portée à la dignité des subordonnés (ainsi dans un arrêt du 15 décembre 2010, la Cour d'appel de Paris qualifie une attitude de discrimination d'un salarié en raison de son orientation sexuelle, contraire à l'article L 1132-1 du Code du travail, "d'atteinte à sa dignité"). Dans la jurisprudence en matière de droit du travail, reviennent les termes de comportement "vexatoire" (Cass. Soc. 21 mai 1992; CA Grenoble 3 avril 2002; CA Douai 30 novembre 2000, CA Versailles 20 avril 2000), d'attitude "humiliante" (Cass. Soc. 8 novembre 1989) ou encore d'atteinte à "l'honorabilité" (CA Bourges 7 mars 1986) – qu'on soit dans le registre du harcèlement moral ou dans une attitude jugée irrespectueuse à l'endroit des salariés, on contrevient au principe de l'*exécution loyale* du contrat de travail et cela autorise par exemple la requalification par la juridiction d'une rupture unilatérale du contrat de travail par l'employé en licenciement. Si l'on se place du point de vue de l'employeur, on peut s'inquiéter d'un mouvement qui accorde une grande importance à ce que les juridictions n'hésitent pas à appeler la "sensibilité du salarié" (CA Bourges 15 juin 2001) – mais c'est précisément le travail du droit que d'évaluer si la sensibilité d'une personne a été *légitimement* bouleversée et on ne voit pas comment partir d'autre chose juridiquement que d'une sensibilité heurtée et qui dénonce cette atteinte à l'occasion d'une *plainte* (si la sensibilité n'est pas heurtée, et cela vaut aussi pour une sensibilité physique, il n'y a pas de place pour le droit – pensons ainsi aux sports de combat, dans lesquels je peux endurer une souffrance physique que je n'accepterais pas dans un autre contexte, ou encore aux injures, qui n'en sont pas si elles interviennent dans un contexte consensuel et érotique).

On remarquera néanmoins qu'il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur la notion de "dignité" pour sanctionner pénalement les mauvais traitements et que la dimension de dégradation, de vexation, d'humiliation, pourrait tout à fait s'apprécier sans faire intervenir la sensibilité des victimes, comme on le voit bien dans l'organisation par le Code pénal d'une sanction des traitements cruels infligés aux animaux, qui ne fait absolument pas intervenir la perception subjective

(qu'ils ont, n'en doutons pas, même si elle a très évidemment une forme différente de notre sensibilité) des événements qu'ils subissent. L'article 521-1 du Code pénal dispose ainsi:

Le fait, sans nécessité, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 F d'amende. (…) Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie.

On aura compris que relèvent donc d'une forme de "nécessité" (pour qui ?) l'élevage et l'abattage industriel de milliers d'animaux tout comme, par exemple, le gavage des oies et canards pour la production de foie gras. Sont aussi sanctionnés les mauvais traitements et les atteintes à la vie et à l'intégrité des animaux. Il ne s'agit évidemment pas de comparer le statut des salariés et celui des animaux, mais de mettre en lumière le fait que, du point de vue du traitement juridique, la référence au *sentiment d'indignité* n'est pas nécessaire pour sanctionner des comportements dégradants, humiliants. C'est d'ailleurs en s'appuyant là-dessus, comme on le verra dans la seconde partie, qu'on justifie la non-prise en considération du consentement des supposées "victimes" de traitements dégradants et humiliants, assimilant ainsi les sujets de droit concernés aux animaux qu'on maltraite et qui ne peuvent ester en justice.

De deux choses l'une, soit le point de départ de l'action en justice est un préjudice éprouvé, énoncé et dénoncé comme tel, auquel le juge fait droit (ou pas); soit le point de départ de l'action en justice est, pour ainsi dire une atteinte à la dignité constatée de l'extérieur, et que la victime ne reconnaît pas comme telle (ou parce qu'elle y consent ou parce que son statut juridique lui interdit de la reconnaître et de l'énoncer – comme c'est le cas par exemple pour l'esclave ou pour l'animal). Restons pour l'instant dans le premier terme de l'alternative.

La référence juridique à la dignité peut aussi me permettre, au-delà de la capacité à sanctionner une mesure vexatoire, humiliante ou discriminante dans le cadre du travail, de faire valoir un certain nombre de droits. Ainsi, si je possède un certain statut, je peux refuser une mission que je juge indigne de ce statut si la loi

accorde à l'ensemble des titulaires de ce statut des prérogatives ou des avantages spécifiques – ici aussi, la référence à la dignité est superfétatoire, car en réalité, par un simple syllogisme, je peux réfuter juridiquement l'ordre qui m'est donné d'accomplir une tâche X si la série des tâches prévues pour le statut qui est le mien ne comprend pas cette tâche X, ou si je peux établir que cette tâche X contrevient à la série des prérogatives qui concernent le statut que j'occupe. Plus intéressante est la référence à la dignité qu'on va rencontrer dans les lois organisant l'action médicale – ainsi de la loi du 22 avril 2005 qui indique que le médecin doit "sauvegarder la dignité du mourant" et "assurer la qualité de sa vie", en ayant recours à des soins palliatifs en cas de perte d'espoir thérapeutique. La législation permet ici aux patients de s'appuyer sur une *prétention* à la dignité qui est source d'une obligation particulière à la charge du personnel médical et des services des hôpitaux – la référence législative à la dignité permet au "mourant", au sujet qui est en fin de vie, d'être titulaire d'une certaine créance, qui prend la forme d'une prise en charge de la douleur, du confort, de l'assurance aussi du respect de la volonté du patient, conformément à la loi du 4 mars 2002. Cette créance est parfois l'objet d'une interprétation abusive par certaines associations, comme celle intitulée Pour le Droit de Mourir dans la Dignité (ADMD) puisqu'elle aboutit à la revendication non seulement d'un droit opposable à mourir conformément à ce que chacun juge digne (ce qui est difficilement contestable), mais aussi d'un droit à pouvoir bénéficier d'un geste actif de suicide assisté de la part de l'équipe médicale, ce qui est beaucoup plus problématique, puisqu'il s'agit alors de faire naître une obligation médicale d'intervention *pour* procurer la mort et non plus simplement d'une obligation médicale de *respecter* le choix et l'action volontaires du patient. Autrement dit: le respect de la dignité peut signifier que l'équipe médicale doit laisser mourir un patient qui le souhaite, ou encore il peut signifier que l'équipe médicale doit accepter qu'un patient puisse refuser un traitement qui, pourtant, pourrait le sauver, ou bien même il signifie que l'équipe médicale peut procurer à un patient les moyens de mettre fin à des souffrances qu'il juge intolérables, à charge pour le patient de se suicider, s'il le désire (c'est ainsi que fonctionne l'association *Dignitas*, en Suisse, qui fournit une assistance technique à des suicidants, qui se suicident… eux-mêmes; une telle pratique est impossible en France du fait de la pénalisation de l'incitation et de la provocation au suicide). En revanche, dès lors

que "dignité" voudrait dire qu'on a le droit de mourir comme on le souhaite *de façon générale*, il va de soi que le droit ne peut pas facilement contraindre d'autres acteurs à permettre la réalisation d'un tel souhait, surtout si ce souhait passe par la dépénalisation de ce qui demeure matériellement un homicide – ce n'est d'ailleurs pas très différent de ce que le droit prévoit pour une revendication qui prendrait la forme d'un "droit de vivre comme on le souhaite *de façon générale*", revendication qui ne peut s'accomplir que dans le cadre de ce qui dépend de moi, et non d'autrui. Il n'y a donc aucun droit à *cette* dignité, entendue comme éminemment subjective, dès lors qu'elle supposerait la collaboration contrainte d'autres sujets: autant il est possible de faire peser sur un employeur l'obligation de ne pas traiter différemment ses employés féminins, maghrébins ou homosexuels, autant on ne saurait faire peser sur un médecin l'obligation d'injecter du chlorure de potassium, ou un autre poison, à un malade qui en fait la demande.

2. QUAND LA DIGNITÉ HUMAINE PORTE ATTEINTE À MES DROITS

Dans l'arrêt *Touzard*, en date du 1er février 2006, le Conseil d'Etat justifie la sanction d'un commissaire stagiaire qui, ayant bu avec excès dans un bar, a déclenché une rixe, puis a brandi sa carte de policier, et a fait ensuite venir d'autres policiers en renfort. La cour suprême de l'ordre administratif explique qu'un fonctionnaire de la police nationale, conformément à l'article 7 du Code de déontologie édicté par le décret du 18 mars 1986, "ne se départit de sa dignité en aucune circonstance" en précisant que l'ex-commissaire stagiaire "ne saurait utilement se prévaloir de la circonstance que l'un de ses collègues aurait bénéficié d'une sanction plus clémente après avoir commis des faits analogues". La dignité liée à une fonction, un statut ou un corps de métier entraîne un certain nombre d'obligations qui vont au-delà de ce que je peux, individuellement, considérer comme acceptable et conforme à *ma* dignité, entendue au sens de la première partie. On peut imaginer que le futur commissaire considérait qu'il ne s'était pas comporté indignement dans la mesure où d'autres commissaires stagiaires s'étaient déjà comportés ainsi, d'une part, et que, d'autre part, il n'est pas généralement incompatible avec une vie sociale convenable, telle qu'on peut l'attendre de n'importe quel citoyen français masculin, de boire un peu trop, de se battre dans les bars et de compter sur l'aide de ses collègues de travail

pour s'imposer sur les autres clients du bar. Le Conseil d'Etat peut néanmoins de manière légitime décrire cette attitude comme *contraire* à l'image que la police nationale doit renvoyer, image qui suppose de ses agents une certaine exemplarité. La *dignité* en l'espèce n'étant pas celle de la personne humaine en générale, mais celle liée au statut de commissaire. On pourra juger, dans les circonstances de l'espèce, la décision plus ou moins sévère, il n'en demeure pas moins qu'assumer les charges de commissaire ne va pas sans assumer un certain comportement et renoncer à certaines actions, acceptables chez d'autres citoyens. C'est un certain métier, qu'on choisit d'embrasser, avec les obligations afférentes, dont on peut très largement s'exonérer, en choisissant un autre métier.

Cette première configuration, qui met en balance une restriction de mes possibles, clairement énoncée avant d'embrasser volontairement un statut, et les avantages liés à ce statut, conformément à l'heureuse formule "*With great powers, comes great responsibilities*", n'entraîne pas de véritable difficulté en termes de philosophie du droit, puisque, comme tout contrat, il est librement accepté par les parties qui s'engagent (l'Etat et l'agent). On ne peut donc pas parler d'une "atteinte aux droits" du fait de la consécration de la dignité dans ce cas d'espèce.

De cette première configuration, il faut absolument distinguer celle dans laquelle le sujet qui se voit reprocher ou interdire une action volontaire *au nom* du principe de dignité, qu'on lui oppose, est dans une situation qu'il n'a pas *contractuellement* choisie. Ainsi, à supposer que la préservation systématique de la vie d'une personne soit une exigence qu'on doit à la *dignité humaine*, indépendamment du souhait de la personne elle-même, comme l'indique le commissaire du gouvernement Muriel Heers dans les conclusions précédant l'Ordonnance Feuillatey du Conseil d'Etat en date du 16 août 2002, il faut arbitrer entre la volonté de la personne et la volonté de celui qui veut la sauver contre sa volonté, sans que la première personne ait choisi la situation dans laquelle elle se trouve. Un patient témoin de Jéhovah qui ne souhaite pas être transfusé, quitte à devoir mourir, peut légitimement croire que son refus de traitement sera respecté, conformément à ce que prévoit la loi du 4 mars 2002. On pourrait objecter que c'est alors faire courir au médecin le risque d'être incriminé pour non-assistance à personne en péril (article 223-6 du Code pénal) mais, en réalité, l'existence de la

loi du 4 mars 2002 est constitutive d'un fait justificatif (article 122-4 du Code pénal) – obéir à la loi dégage de la responsabilité pénale. Par ailleurs, il n'est pas du tout évident que la référence à la dignité soit juridiquement pertinente dans un contexte où l'on pourrait tout à fait jouer "dignité contre dignité", celle touchant au respect de la vie contre celle touchant au respect des convictions religieuses et de l'autonomie de la volonté. Si un témoin de Jéhovah juge qu'il est contraire à sa dignité de vivre avec en lui le sang d'un autre (il ne s'agit pas de discuter du caractère plus ou moins farfelu d'une telle assertion – la plupart des croyances religieuses sont pleines de convictions farfelues), comment légitimement lui opposer l'indignité qu'il y aurait à *vouloir refuser de vivre* avec en lui le sang d'un autre ? Si l'on admet qu'un témoin de Jéhovah est un adulte capable – et il ne semble pas que les représentants de ce courant religieux aient été massivement placés sous curatelle ces dernières années – pourquoi ne pas respecter l'expression de sa volonté et porter atteinte à ses droits fondamentaux ?

Plus généralement, dans quelle mesure peut-on opposer à un sujet la notion de respect de la dignité afin de l'empêcher d'user de son corps comme il l'entend ? Dans le remarquable arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, la Cour européenne des droits de l'homme rappelait, au paragraphe 66, que:

> la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps.

Il est tentant de rapprocher cette décision du célèbre arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*:

Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine; Considérant que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire

lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération. (…) Considérant que le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause".

La proposition la plus problématique de cet arrêt en lui-même excessivement liberticide est selon moi: "utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle; par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine". Comme cela a été signalé par plusieurs commentateurs, on peut remarquer que le fait d'être "utilisé comme un projectile", bref, d'être réifié, ne constitue donc pas une indignité quand il s'agit de projeter un homme de taille moyenne, puisqu'aucun maire n'a jamais interdit pour atteinte à la dignité de la personne humaine les attractions du type "homme canon".

Le commissaire du gouvernement Patrick Frydman l'indique d'ailleurs clairement dans ses conclusions:

> ce n'est pas n'importe quelle personne qui est lancée (…). Aussi, cette attraction renvoie-t-elle – fût-ce, chez la plupart des spectateurs, inconsciemment - au sentiment obscur et profondément pervers selon lequel certaines personnes constitueraient, du fait de leur handicap ou de leur apparence physique, des êtres humains de second rang, et susceptibles, dès lors, d'être traités comme tels. (…) Et l'on ne peut davantage s'empêcher de comparer le sort du nain ainsi exhibé avec celui réservé aux phénomènes de foire, tels que les frères siamois, victimes de régressions génétiques ou autres monstres en tous genres, qui tendent aujourd'hui fort heureusement à disparaître (…). On observera que les réactions à ce spectacle chez les nains eux-mêmes, ne sont, mise à part bien entendu

> celle de M. Wackenheim [le nain qui était lancé], pas moins défavorables. C'est ainsi que l'Association nationale des personnes de petite taille a fait connaître publiquement son indignation à ce sujet, en soulignant (…) que la protestation de l'opinion publique face à une telle attraction serait massive si c'était à un animal qu'on infligeait le traitement ainsi subi par le nain.

Autrement dit: lancer la personne X est une atteinte à la dignité de la personne humaine, parce que X appartient à la catégorie W "des monstres en tous genres", catégorie qui, je cite, tend "aujourd'hui fort heureusement à disparaître". D'autres personnes relevant de la catégorie W, y compris réduite aux seules personnes de petite taille, (a-t-on véritablement consulté tous les nains, y compris ceux travaillant dans des cirques, des jeux télévisés, tous les comédiens de petite taille – il est vrai que le commissaire du gouvernement Patrick Frydman cite la comédienne Mimi Mathy qui s'est, elle, indignée; mais est-elle la seule comédienne naine ?) sont d'accord pour dire qu'il ne faut pas lancer la personne X qui, elle, souhaite être lancée, contrairement à la plupart des personnes relevant de la catégorie W auxquelles, du reste, il n'a jamais été proposé d'être lancées contre leur gré. N'y a-t-il pas une discrimination à l'endroit de la catégorie W ? N'est-il pas absolument contraire aux droits les plus fondamentaux de toute personne que de se voir privée de l'usage d'une liberté et de sources de revenus, au nom de son appartenance à une catégorie ? Appartenir à la catégorie W signifie être une victime régulière de discrimination, y compris de la part de la fonction publique (il faut mesurer une taille minimale pour occuper certains postes – un nain ne peut devenir ni militaire ni policier). Cet arrêt, au nom de la dignité, interdit aux membres de la catégorie W d'exercer certains métiers, en particulier tous ceux susceptibles de donner lieu à une certaine "réification" – métiers tout à fait accessibles à l'ensemble des sujets de droit qui ne relèvent pas de la catégorie W. Autrement dit: être handicapé signifie juridiquement, grâce à l'arrêt Morsang sur Orge, pouvoir exercer *moins* de métiers qu'une personne bien portante. C'est d'ailleurs un argument qui avait été avancé par Monsieur Wackenheim, comme le rapporte Patrick Frydman dans ses conclusions:

M. Wackenheim a beau jeu de faire valoir que le souci de protéger la dignité humaine qui lui est ainsi opposé a, en ce qui le concerne, plutôt pour effet d'y porter atteinte (…). Mais, pour moralement embarrassante qu'elle soit, cette argumentation pathétique n'entame

en rien la valeur des considérations qui précèdent. Le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait en effet s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet.

On mettra en rapport la relativisation de la position éminemment "subjective" du… sujet de droit concerné par la limitation de ses propres droits avec une des premières formules du commissaire de gouvernement dans ses célèbres conclusions:

> Aussi le motif essentiel des arrêtés attaqués tient-il évidemment (…) à ce que le spectacle en cause a été considéré comme attentatoire à la dignité de la personne humaine. A cet égard se pose d'abord une question préalable, qui ne peut d'ailleurs trouver sa solution que dans l'intime conviction de chacun, et qui est de déterminer si le lancer de nains encourt, effectivement ou non, par sa nature même, un tel reproche.

Puisqu'il s'agit d'intime conviction, et qu'au fond chacun peut donner son avis, le mien est que seule une conception discriminatoire des personnes handicapées, et en particulier des nains, peut conduire à voir dans le fait de jouer avec leur petite taille, à s'amuser d'eux et avec eux, à les ridiculiser, à en rire, une atteinte à la dignité. Car nous réifions tout le monde, nous ridiculisons tout le monde, nous nous moquons de tout le monde et le rire et le ridicule ne peuvent relever de l'indignité, au titre par exemple de la discrimination, que dans la mesure où le rire ou le ridicule auraient lieu aux dépens des personnes concernées, qu'on stigmatiserait ou bannirait de la société. Je ne vois pas pour ma part, dans mon "intime conviction", de différence entre une personne de petite taille et une personne dite "normale", sinon, précisément, la taille – je ne vois pas pourquoi, en se ridiculisant, en étant un objet, il engagerait avec lui l'ensemble des nains et l'ensemble des êtres humains alors que quand n'importe qui, de taille normale, se ridiculise, il est le seul à faire rire et son ridicule ne rejaillit pas sur l'humanité toute entière. La seule limite à ce ridicule est l'accord de la personne concernée – être handicapé, outre mille difficultés quotidiennes, devrait-il condamner aussi à l'exemplarité, comme pour les policiers ? On le voit: le paternalisme le plus effrayant et la reconduction feutrée des discriminations les plus absurdes se logent dans les bons sentiments – au moins pourrait-on souhaiter que l'usage de la notion de dignité soit réservé aux situations dans lesquelles des sujets de droit trouvent à se plaindre

de préjudices qu'ils subissent et non à se voir priver de l'usage le plus élémentaire de leurs prérogatives d'êtres humains.

La notion de dignité n'est pas en soi source de difficulté: seulement, il faut en réserver l'usage juridique aux situations de revendications et de plaintes issues des sujets de droit eux-mêmes. Droit et morale peuvent ici faire bon ménage, quand la notion morale de dignité permet de constituer des infractions précises et de faire droit à des préjudices négligés – quand il s'agit en somme de permettre aux sujets de droit de faire disparaître ou diminuer des traitements qu'ils jugent dégradants, humiliants ou déshonorants. En revanche, quand l'injection de la morale dans le droit se fait au détriment des sujets eux-mêmes et produit une précarisation objective de leur situation, le rôle de la philosophie du droit est d'alerter méthodiquement sur ce mélange des genres, afin non pas de libérer le droit de la morale (le droit peut faire son miel de n'importe quoi, la morale peut être une source appréciable de bonne juridicité), mais de préserver les droits existants, tout en libérant la morale de l'obsession juridique: a-t-on vraiment besoin de consacrer juridiquement nos indignations morales?

LE PRINCIPE DE DIGNITE HUMAINE FACE AUX SYSTEMES D'ARMES LETAUX AUTONOMES ET QUASI AUTONOMES: A LA FOIS CIBLE POTENTIELLE D'ATTEINTES ET OUTIL DE REGULATION?

Rebecca Mignot-Mahdavi

Doctorante au Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) et membre associée du Centre de droit pénal et de criminologie (CDPC), à l'Université de Nanterre. À partir de septembre 2015, doctorante à l'Institut Universitaire Européen de Florence, Italie.

"It is change, continuing change, inevitable change that is the dominant factor in society today. No sensible decision can be made any longer without taking into account not only the world as it is, but the world as it will be."

Isaac Asimov

Tenter d'analyser les atteintes portées par les systèmes d'armes létaux autonomes et quasi autonomes, au principe de dignité humaine présente un double défi très exigeant: analyser les enjeux soulevés par des systèmes d'armes létaux non encore saisis par le droit, en essayant d'identifier les atteintes qu'ils pourraient porter à un principe, certes mobilisé dans la sphère juridique, mais non encore défini de façon claire et cohérente.

Les enjeux relatifs aux systèmes d'armes létaux autonomes (ci-après, "SALA") ont été discutés du 13 au 17 avril 2015 aux Nations Unies à Genève. Des thématiques utiles à la compréhension des caractéristiques des SALA ont été abordées, notamment à travers la problématique des difficultés éventuellement posées par ces systèmes, au regard du droit international humanitaire (ci-après "*DIH*"), dues à leur degré croissant d'autonomie. Plus encore, ont été envisagées les violations potentielles du droit international des droits de l'homme (ci-après "*DIDH*"). En particulier, la question de l'atteinte portée par les SALA aux principes essentiels que sont, en DIDH, le droit à la vie, le droit de mourir dans la dignité et la protection de l'intégrité physique et mentale, ainsi que le principe

d'humanité posé par l'article 3 commun aux conventions de Genève, ont été soulevées[1].

Des conflits récents ont révélé l'usage de technologies au degré croissant d'autonomie, la plus visible d'entre elles étant l'utilisation de drones armés pilotés à distance par les forces armées américaine et israélienne. Ces avions de combat sont capables d'exercer différentes actions de manière totalement autonome, à commencer par le décollage et l'atterrissage, entièrement automatisés, le maintien de l'appareil en orbite autour d'une position GPS à une altitude désignée, ainsi que la collection et le traitement automatisés de nombreuses images. Si ces systèmes présentent des fonctions programmées et autonomes, il n'en reste pas moins que leur attribuer le qualificatif de systèmes d'armes létaux autonomes serait erroné puisqu'ils sont encore à ce jour pilotés par des humains et soumis au contrôle direct, notamment décisionnel, de ces derniers[2], le terme "autonome" étant en effet exclusivement utilisé pour désigner les engins qui ne sont pas pilotés directement par l'Homme.

Aborder distinctement, d'une part, les enjeux relatifs au droit international des droits de l'homme et d'autre part, les difficultés posées au regard du droit international humanitaire, n'est pas anodin. La qualification des conflits – lors desquels sont utilisés des nouvelles armes plus autonomes et ceux qui donneront cours à l'utilisation de systèmes d'armes létaux autonomes – en conflit armé n'est pas évidente. Par conséquent, puisque nous n'aurons pas le temps ici d'effectuer le travail de qualification du ou des conflits, l'analyse de l'impact de l'utilisation d'armes de plus en plus autonomes sur le principe de dignité humaine devra être non seulement effectuée dans le cadre du droit international humanitaire (ci-après, *"DIH"*) mais aussi dans celui du droit international des droits de l'homme (ci-après, *"DIDH"*). Si les situations ne sont pas des conflits armés, seul le DIDH s'applique et s'il s'avère que certaines des situations dans lesquels sont ou seront utilisées des systèmes d'armes létaux quasi-autonomes ou autonomes sont bien qualifiables de conflits armés,

1 Réunion des Hautes Parties contractantes à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, "Programme de travail annoté révisé de la réunion informelle d'experts sur les systèmes d'armes létaux autonomes, Genève, 13-17 avril 2015", DOC. N°CCW/MSP/2015/WP.1/Rev.1.

2 ASARO P., p. 690.

rappelons que "[l]a protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques"[3].

Au sein du droit international des droits de l'homme, le principe de dignité humaine doit être isolé. Il fera office à la fois d'objet et d'outil dans l'analyse que nous conduirons. La plupart des rapports ou travaux portant sur les défis majeurs posés par les SALA parlent des atteintes potentielles de ces systèmes au principe de dignité humaine, sans nécessairement le démontrer[4]. Des auteurs voient comme une évidence la corrélation entre la nécessité d'encadrer certaines pratiques nouvelles et le principe de dignité humaine[5]. Puisqu'il ne semble pas qu'un lien de rattachement entre un principe aux contours et au contenu flous et des objets juridiques non encore identifiés (car en cours de construction) puisse être évident, la question de savoir si le caractère autonome ou quasi autonome des systèmes d'armes létaux emporte nécessairement une atteinte au principe de dignité humaine doit être posée.

Si la réponse à cette question n'est pas évidente, c'est sans doute parce que nous n'envisageons pas ce principe comme une qualité intrinsèque à tout être humain, un attribut naturel de l'Homme, mais plutôt comme un principe construit et utilisé par le droit international des droits de l'homme positif de façon croissante, par sa consécration dans les textes, sa mobilisation dans les prétoires et décisions de justice. C'est bien à l'aune d'une analyse juridique que ce principe doit donc être étudié. Il semble que ce principe soit un principe matriciel – conçu comme irriguant les instruments de protection

3 C.I.J., avis consultatif du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, C.I.J. Rec., 2004, p. 46, § 106. En d'autres termes, En principe, le droit international des droits de l'homme s'applique en tout temps, y compris lors d'un conflit armé. Cependant, en période de conflit armé, la protection offerte par les conventions de droit international des droits de l'homme peut être réduite par la mise en oeuvre de clauses dérogatoires. C'est ce que rappelait la C.I.J. dans son avis consultatif sur le Mur, en 2004. Au demeurant, en cas de conflit entre deux normes issues de ces deux corpus juridiques, le jus in bello primera sur le droit international des droits de l'homme en vertu du principe "lex specialis derogat legi generali."

4 "Mind the Gap. The Lack of Accountability for Killer Robots", *IHRC*, April 2015, p. 9 et s., "Shaking the Foundations. The Human Rights Implications of Killer Robots", *IHRC*, May 2014

5 MATHIEU B., " Chapitre 6. La dignité, principe fondateur de droit", *Journal international de la bioéthique*, 2010, n°3, vol. 21, pp. 77-83.

des droits de l'homme et de droit international humanitaire avec la clause de Martens[6] – et indérogeable. Nous l'identifierons comme un principe de la catégorie des "contenants". Un contenant désigne "ce qui contient quelque chose"[7], en l'occurrence une multiplicité de droits fondamentaux. La définition du principe de dignité humaine peut en outre être précisée en s'intéressant à l'objectif qu'il poursuit: interdire la déshumanisation. Au risque d'affirmer une définition tautologique du terme, il nous semble que la déshumanisation et la dépersonnalisation, qui visent réciproquement l'action de "faire perdre le caractère humain"[8] et "1. L'action d'ôter la personnalité de, de rendre impersonnel (…) 2.L'impression de ne plus être soi-même, en tant que personne physique et personnalité psychique", soient les termes désignant les actions plus proches de ce à quoi le principe de dignité humaine s'oppose.

Il va falloir rechercher en premier lieu si les systèmes d'armes autonomes ou quasi autonomes, par leur caractère autonomes et par leur utilisation, peuvent porter atteinte au principe de dignité humaine, en considérant ce principe comme "contenant" (I). Le processus d'autonomisation des systèmes d'armes n'ayant pas encore abouti, le principe de dignité humaine pourrait être utilisé non plus seulement comme un objet mis en danger par l'autonomisation des systèmes d'armes létales, mais plutôt comme un outil pour éviter une telle dérive, comme outil de construction et de programmation des systèmes d'armes létaux autonomes. Dans cette perspective, en s'intéressant au but qu'il vise, nous en dégagerons ce qui pourrait s'apparenter à son essence et ferait de lui un principe plus autonome: un principe d'interdiction de la "dépersonnalisation et

6 Sur la Clause de Martens, voir, TICEHURST R., "La clause de Martens et le droit des conflits armés", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 30 avril 1997, n° 824: "La clause de Martens fait partie du droit des conflits armés depuis sa première apparition dans le préambule de la Convention II de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre: "En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique."

7 *Dictionnaire Larousse*, Éd. 2015.

8 *Le Petit Robert de la Langue française*, Édition 2015, Paris, p. 705.

déshumanisation"[9]. Nous verrons, sans prétendre à l'exhaustivité, si la mobilisation de cet outil suffit à faire des SALA des systèmes respectueux du DIDH ou s'ils sont de tout façon, par leur nature et leur fonction, contraires au principe de dignité humaine (II).

I) L'IMPACT SUR LE PRINCIPE DE DIGNITÉ HUMAINE, ENTENDU COMME CONTENANT, DES SYSTÈMES D'ARMES LÉTAUX AUTONOMES OU QUASI AUTONOMES

Afin d'étudier l'impact sur le principe de dignité humaine du caractère autonome ou quasi autonomes des systèmes d'armes létales, deux éléments doivent être pris en compte: à la fois le nature de cet impact (A) et les protagonistes touchés par cet impact (B). Autrement dit, il convient à la fois d'observer en quoi le principe de dignité humaine est violé et qui voit sa dignité violée par l'utilisation de systèmes d'armes létaux autonomes ou quasi autonomes. Cette dernière distinction est nécessaire puisque nos regards se porteront à la fois sur l'utilisation des drones armés, dont on a vu qu'ils étaient un premier pas vers l'autonomisation complète des systèmes d'armes, et sur les SALA à proprement parler.

A) La substance des violations potentielles

Pour concevoir en substance en quoi le principe de dignité humaine est mis en danger par les systèmes d'armes autonomes ou quasi autonomes (2), il faut nécessairement et en premier lieu s'assurer de la validité de la définition de ce principe comme "contenant" et fondement d'une multitude de droits, dont la liste est fixée par le droit positif substantiel ou par le juge (1).

1) Validité de la définition du principe comme contenant ou comme principe irrigateur du DIDH

De multiples juridictions de protection des droits de l'homme, y compris au niveau régional, et de nombreux auteurs de doctrine s'accordent pour présenter le souci de protection de la dignité humaine comme irriguant le droit international des droits de l'homme, de même que le droit international humanitaire. Ruti Teitel, définit

9 BHUTA N., "ICRC Report to CIA: Treatment of High Value Detainees Amounted to Disappearance and Torture", *EJIL*, 7 avril 2009, URL: http://www.ejiltalk.org/icrc-report-to-cia-treatment-of-high-value-detainees-amounted-to/

ainsi la dignité humaine comme constituant "la base d'une liste de normes minimales fondamentales de l'humanité" [10]. Le Comité International de la Croix Rouge (CICR), dans son Commentaire des Protocoles additionnels se réfère aux fondements communs du DIH et du DIDH dans les termes suivants: "Ce noyau irréductible des droits de l'homme (…) correspond au niveau le plus bas des "droits inaliénables de protection qui peut être réclamé par toute personne à tout moment. L'objet des normes fondamentales figurant dans les deux organismes de droit est la protection de la personne humaine de certains actes odieux considérés comme inacceptables par toutes les nations civilisées en toutes circonstances". Un autre exemple de la mobilisation du principe comme un principe englobant et fondant d'autres droit: le journal officiel de l'Union européenne publie les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, parmi lesquelles figure une explication du principe de dignité humaine qui "n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux"[11]. La place du principe de dignité est croissante dans les décisions des juges en Europe. Le principe est mobilisé comme essence des droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans des affaires aux thématiques très variées[12].

Il ressort de ces différents exemples un principe de dignité humaine qui s'apparente d'abord à un principe fondamental et matriciel. Découlerait de cet objectif fondamental, qui irrigue le droit international des droits de l'homme et le droit international

10 TEITEL R., *Humanity's Law*, Oxford University Press, 2014, p. 47.

11 Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JO C 303, 14.12.2007, pp. 17–35.

12 CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. contre Royaume-Uni*, n°20166/92, §44: "De surcroît, l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines"; CEDH, 18 juin 2009, Budina contre Russie (déc.), n°45603/05: les juges ont reconnu une possible obligation de protection sociale incombant aux Etats sur le terrain de l'article 3 de la CEDH au nom de la dignité humaine; CEDH, 21 janvier 2011, M.S.S. c. Grèce et Belgique: mobilisation du principe concernant les conditions d'accueil des migrants; CJUE, 27/09/12, Cimade et Gisti, §56: "*l'économie générale et la finalité de la directive 2003/9/CE (*Directive Accueil) ainsi que le respect des droits fondamentaux, notamment les exigences de l'article 1e de la Charte selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée, s'opposent"à ce que la directive Accueil ne s'applique pas aux personnes sous procédure Dublin".

humanitaire, une multitude de droits identifiés par le juge comme faisant partie d'un noyau dur. Cette catégorie n'est donc pas sans rappeler la notion de *jus cogens*, notion dont l'enjeu majeur de la définition du contenu ne manque pas d'occuper la doctrine[13]. Il n'en reste pas moins que si nous cantonnons notre analyse à l'observation du droit positif, guidés par le souci d'être le moins prescriptifs possibles pour ne pas brouiller les pistes encore davantage, le principe de dignité humaine semble être reconnu comme étant un "contenant", irriguant le droit international des droits de l'homme, et dont découlent une série de droits de l'homme, inscrits par ailleurs eux-mêmes dans le droit positif[14]. L'objectif semble être de promouvoir certains droits de l'homme à l'aide du principe de dignité humaine. Aussi le principe de dignité humaine est-il mobilisé en présence d'atteintes au droit à la vie, au principe d'interdiction de la torture ou des traitements inhumains et dégradants, notamment dans le cadre d'une détention, d'atteintes à la prohibition de l'esclavage, du servage ou du travail forcé[15].

---

13 Pour approfondir, voir: BIANCI A., "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", *E.J.I.L.*, 2008, pp. 491-508; COHEN-JONATHAN G., "Le *jus cogens* et les droits de l'homme", *in La France, l'Europe et le Monde – Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, pp. 61-85; MAÏA, "Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme", *in Le particularisme interaméricain des droits de l'homme – en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 271-311; KADELBACH S., "*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes*, and other rules – The Identification of Fundamental Norms", *in*. TOMUSCHAT CH. & THOUVENIN J.-M., *The fundamental Rules of International Legal Order – Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21-40.; KOLB R., "Observations sur l'évolution du concept de *jus cogens*", *R.G.D.I.P.*, 2009-IV, pp. 837-850; TAVERNIER P., "L'identification des règles fondamentales – un problème résolu?", *in* TOMUSCHAT CH. & THOUVENIN J.-M., *idem.*, pp. 1-20; VIRALLY M., "Réflexions sur le jus cogens", Annuaire français de droit international, volume 12, 1966. pp. 5-29.

14 HILGENDORF E., "Human dignity and post human", p. 3: "the right to material existence, the right to autonomous self-development, the right to the freedom from cruel or unnecessary punishment, the right to respect for privacy, the right to intellectual integrity, the right to equality before the law, and the right to a minimum level of respect".

15 GREWE C., "La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", Conférence-débat du CDPC sur la dignité de la personne humaine, Cycle "Les valeurs du droit public", 30 octobre 2014.

2) Les violations potentielles des droits contenus par le principe de dignité humaine par l'utilisation des systèmes d'armes autonomes ou quasi autonomes

Il convient de souligner l'opacité de la conduite des opérations menées à l'aide de drones armés. Ce manque de transparence nourrit les incertitudes sur les critères qui entrent en jeu dans la prise de décision de tuer, sur les cibles des opérations, sur les raisons pour lesquelles telle ou telle personne est visée, ainsi que sur les conséquences des attaques[16]. Ce manque de transparence va nécessairement à l'encontre d'un travail précis et exhaustif d'identification des violations du principe de dignité humaine par les systèmes d'armes létaux quasi-autonomes. Dans ces conditions, la seule démarche possible consiste donc à poser des hypothèses et à se fonder sur les travaux journalistiques établis sur question[17].

La programmation d'armes létales autonomes s'annonce des plus complexes. Il existe une exigence toute particulière à s'assurer que ces systèmes autonomes à l'intelligence artificielle soient parfaitement en mesure d'incorporer les normes de droit international humanitaire et de droit international des droits de l'homme, ainsi que de les appliquer. Or, comme le souligne justement Jakob Kellenberger, ancien président du Comité international de la Croix Rouge, en septembre 2011: "un système véritablement autonome serait doté d'une intelligence artificielle telle qu'il devrait être capable de mettre en œuvre le droit international humanitaire. Alors qu'il y a un intérêt et des financements pour la recherche considérables dans ce domaine, de tels systèmes n'ont pas encore été conçus. Leur développement représente un défi de programmation monumental qui pourrait bien se révéler impossible"[18].

---

16 BHUTA N., «Foreword", *in* BHUTA N., KREβ C., SEIDERMAN I., HEYNS C., MELZER N., SCHEININ M., BENVENISTI E., DWORKIN A., *Targeted Killing, Unmanned Aerial Vehicles and EU Policy*, EUI Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Papers, 2013, n°17, p .1.

17 Concernant les rapports journalistiques, voir en particulier: COLL S., *Ghost Wars: the secret history of the CIA, Afghanistan and Bin Laden, from the soviet invasion to September 10, 2001*, Penguin Books, New York, 2004, 712 p.; MAZZETTI M., *The Way of the Knife: the CIA secret army, and a war at the ends of the Earth*, Penguin Books, New York, 2014, 381p.

18 KELLENBERGER J. "International Humanitarian Law and New Weapon Technologies", 34th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, San Remo, 8-10 September 2011, (*traduit de l'anglais*): "A truly autonomous system would have artificial intelligence that would have to be capable of

Reprenons la distinction opérée par Ian Seiderman entre les droits applicables en période de conflit armé et en dehors d'une situation de conflit armé, en traitant uniquement ce qui se rattache au principe de dignité humaine[19]. Le principe d'humanité inscrit à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 doit guider toutes les actions des belligérants. Le DIH dans son ensemble est donc irrigué par ce principe d'humanité, qui semble être l'équivalent du principe matriciel de dignité humaine en droit international des droits de l'homme. Ce principe d'humanité irrigue les autres principes que sont le principe de distinction, le principe de proportionnalité, et le principe de précaution et d'interdiction des maux superflus et des souffrances inutiles.

Prenons parmi eux le principe de distinction, qui implique que les frappes puissent être précises. Les systèmes d'armes létaux autonomes ou quasi autonomes permettent-ils une telle précision? S'agissant des systèmes d'armes létaux quasi autonomes que sont les drones armés, il a été reconnu qu'ils permettaient l'identification de cibles potentielles à une longue distance et qu'ils permettaient même ainsi une réduction de la période temporelle entre cette identification et le déploiement de la force contre ces cibles. En effet, les difficultés issues de la distance physique entre le "pilote" et l'avion sont réduites par la réunion des capacités technologiques, y compris automatisées, du drone qui permet de "se rapprocher à distance"[20]. C'est plutôt l'utilisation qui est faite des drones qui porte atteinte au principe de distinction. Si l'on se cantonne à ce stade de l'analyse, alors il est possible de déduire que c'est seulement lorsque la main de l'Homme appuie sur le joystick, que les systèmes d'armes quasi autonomes sont susceptibles de porter atteinte au principe de distinction. Le problème résiderait alors dans son caractère "quasi" autonome. Les systèmes d'armes létaux complètement autonomes peuvent-ils, au contraire, être respectueux dudit principe?

Quant aux systèmes d'armes létaux entièrement autonomes, s'ils sont programmés à l'aide de paramètres suffisamment fiables pour les rendre en mesure de frapper des cibles spécifiques, il n'y

implementing IHL. While there is considerable interest and funding for research in this area, such systems have not yet been weaponised. Their development represents a monumental programming challenge that may well prove impossible."

19 SEIDERMAN I., "The United States Targeted Killing Policy and the Threshold of Armed Conflict under International Law", *Idem*, p. 22.

20 HEYNS C., *op. cit.*, p. 26.

aucune raison qu'ils soient indiscriminants par nature[21]. Mais comme le CICR le souligne dans un rapport de 2011, le challenge posé par les nouvelles technologies de l'armement en général n'est pas tant de savoir si elles sont bonnes ou mauvaises en elles-mêmes mais plutôt d'étudier les circonstances de leur utilisation. La mise en pratique du système autonome pourra être jugé inadéquat et illégal dans sa capacité à distinguer les civils des combattants dans le cadre théâtre urbain du conflit, par exemple, mais légale dans des environnements de type "champ de bataille" avec peu ou pas de civils présents[22]. Quant au principe de proportionnalité, selon lequel le préjudice subi par les civils ne doit pas être excessif par rapport à l'avantage militaire poursuivi, certains auteurs tels qu'Anderson et Waxman soulignent à juste titre que le calcul du caractère excessif des dommages collatéraux n'est pas opéré par tous les êtres humains de la même manière, avec des critères identiques et une formule scientifique unique. Mesurer cet excédent n'est possible qu'au cas par cas, notamment en se fondant sur ce qui s'est produit dans des situations antérieures et est encore une fois très dépendant des circonstances[23]. Ainsi, avant même de fabuler sur l'idée que ces machines puissent égaler voire surpasser le jugement humain dans l'application de ces principes, la question de savoir comment trouver une formule mathématique permettant la programmation des critères de respect du principe de proportionnalité reste posée.

Le principe de dignité humaine est en outre conçu comme promouvant le droit à la vie, protégé notamment par l'article 2 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966. Il prohibe les privations arbitraires de la vie. En droit international des droits de l'homme, la force létale ne peut être utilisée que si elle est absolument nécessaire – c'est-à-dire si aucun autre moyen ne peut être utilisé pour arrêter l'agresseur – et si elle est proportionnée – autrement dit, la force létale n'est utilisée que parce que la vie de quelqu'un était mise en danger par cet agresseur. Dans le cadre d'un conflit armé, l'utilisation de la force létale à l'encontre d'un participant direct aux hostilités est autorisée. Outre le fait que de

21 ANDERSON K., REISNER D., WAXMAN M., "Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems", *International Law Studies*, vol.90, p. 399.

22 WAXMAN M.C. & ANDERSON K., "Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems", *Columbia Public Law Research Paper*, April 10, 2013, p. 11.

23 *Idem.*, p. 12.

simples soupçons de participer à la préparation d'activités terroristes imminentes ne suffisent pas à caractériser une participation directe aux hostilités, si l'on se place dans un conflit armé, ne peut-on pas se référer au droit au juge dont doivent bénéficier les prisonniers de guerre, capturés dans la zone surplombée par le drone? Si l'on se place en dehors d'une situation de conflit armé, les conditions susvisées de nécessité et de proportionnalité pour utiliser la force létale ne sont pas remplies par l'utilisation préventive de drones armées.

Le droit à la vie est en outre considéré comme étant mis en danger par les systèmes d'armes létaux complètement autonomes en ce que ces derniers prennent seuls des décisions ayant un impact sur des vies humaines. En ce sens, Peter Asaro estime que "pour préserver la moralité humaine, la dignité, la justice et la loi, nous ne pouvons pas accepter qu'un système automatisé prenne la décision d'éradiquer une vie humaine"[24].

En revanche, il ne faut pas omettre, dans l'analyse de l'impact des SALA ou quasi autonomes sur le principe de dignité humaine, la distance physique créée par les drones armés entre la zone de frappes d'une part, et les militaires et population du pays détenteurs de tels systèmes. Cette distance contribue de fait à empêcher la confrontation physique d'une des parties au conflit et protège le droit à la vie de ses membres. Mais il est possible, au moins dans certains circonstances, que cette distance diminue certains des obstacles psychologiques à la destruction, pour qui appuyer sur un bouton pour déployer la force létale peut ressembler à un jeu d'ordinateur ou, à tout le moins, à une mise à mort fictive[25].

Outre l'intégrité physique, l'intégrité mentale protégée par le principe de dignité humaine, est heurtée par la mise à mort à distance par les systèmes d'armes létaux quasi autonomes, permise par l'automatisme de certaines actions de l'engin. Le Monde titre le 18 juin 2013 "Les blessures à l'âme des tueurs à distance", dans un article qui présente le témoignage d'un opérateur de drone, faisant état du traumatisant "déphasage entre sa vie quotidienne dans un coin tranquille des Etats-Unis et la violence déclenchée par les drones

24 *Traduit de l'anglais,* ASARO P., *op. cit.*, Volume 94, n° 886, Été 2012, pp. 708-709.

25 HEYNS C., *op. cit.*, p. 26.

télécommandés"[26]. Des rapports soulèvent même l'effet traumatique supérieur du fait de la possibilité pour les opérateurs de drones tout voir à travers leurs écrans, aussi bien les massacres que l'intimité et les habitudes quotidienne des personnes qu'ils ciblent. Aussi les experts à l'origine de ces rapports soulignent-ils la grande difficulté à jongler simultanément entre les exigences de la vie domestique et les phases de combat[27].

Ensuite, le choix du cadre du conflit armé dans lequel s'opèrent ces frappes par drones et s'opéreront peut-être les opérations des SALA est lui-même attentatoire au principe de dignité humaine entendu comme comprenant le droit à l'intégrité physique et mentale notamment: "La position des États-Unis a causé de graves dommages à la protection accordée par le DIH et le DIDH. Le choix du paradigme de la guerre a donné lieu à plusieurs problèmes: il y a notamment la fait que l'une des parties à un conflit peut invoquer les droits et privilèges de la guerre sans accorder des droits réciproques à ses ennemis, tout en acceptant les contraintes juridiques qui y sont relatives, et que cette même partie au conflit puisse prétendre que le non respect des règles de DIH par l'ennemi place leurs combattants dans un "trou noir juridique"[28].

Après cette analyse non exhaustive des droits, promus et contenus par le principe de dignité, susceptibles d'être violés par les systèmes d'armes létaux autonomes ou quasi autonome, par les modalités de leur utilisation ou encore le contexte dans lequel elle intervient, il convient de se pencher plus précisément sur les victimes potentielles de cette déshumanisation de la décision de tuer.

B) Les victimes potentielles de la déshumanisation de la décision de tuer

Non seulement s'agit-il de se demander si les cibles des attaques perpétrées à l'aide des systèmes d'armes en cause sont victimes des atteintes (1) mais aussi convient-il d'analyser les violations de la

26 BERNARD P., "Les blessures à l'âme des tueurs à distance", *Le Monde*, 18 juin 2013.

27 voir notamment en français, COLIN A., "Syndrome post traumatique du militaire, éléments de contexte et de réflexion stratégique", Fiche de l'IRSEM n° 20, Septembre 2012, 7p.

28 ICJ, Assessing Damage, Urging Action, available at: http://www.icj.org/report-of-the-eminent-jurists-panel-on-terrorism-counter-terrorism-and-human-rights/, p. 64.

dignité humaine potentiellement subies par les agents à l'origine de l'attaque (2).

1. La cible, victime de l'atteinte?

Deux définitions de la "cible" peuvent être dégagées. Selon une définition large, la cible est toute personne résidant sur le territoire survolé par le drone ou occupé par des systèmes d'armes létaux autonomes. Selon une définition étroite, la cible est tout individu effectivement touché par une frappe de l'un de ces systèmes d'armes létaux. Dans ce dernier cas de figure, une distinction sera opérée, ou non, entre civils et combattants selon que l'on se situe dans le cadre d'un conflit armé. Les atteintes, elles, sont de deux natures comme les développements précédents ont pu le dessiner, et peuvent être distinguées en deux catégories: les atteintes physiques et les atteintes psychologiques. Les cibles au sens large du terme seront donc davantage concernées par les atteintes psychologiques et les cibles, au sens étroit, par les deux types d'atteintes.

Les cibles peuvent-elles être considérées comme étant victimes d'atteintes à leur intégrité psychologique causées par des drones armés? Dans un article de Reuters Magazine, David Rhode raconte son séjour au Pakistan et l'horreur psychologique vécue au quotidien par les habitants des zones surplombées par les drones, comme capturés et détenus par eux dans leur environnement quotidien: "les drones étaient terrifiants. Depuis le sol, il est impossible de déterminer où et qui ils ciblent, puisqu'ils tournoient dans le ciel. Le "buzz" d'une hélice lointaine est un rappel constant de la mort imminente"[29]. Rhode décrit donc la vie sous les drones comme l'enfer sur terre et raconte que le traumatisme et la peur s'étend même à des zones où les frappes sont peu fréquentes. L'Université de Stanford a publié en 2012 un rapport, "Living Under Drones", qui fait état dans un chapitre intitulé "Mental Health Impacts of Drone Strikes and the Presence of Drones" de l' "anxiété anticipatoire" que certains psychiatres ont pu déceler chez des patients sous surveillance et menace constante des drones[30]. En tout état de cause les cibles, au sens large ou étroit, sont susceptibles

29 *traduit de l'anglais;* RHODE D., "Drone Wars", *Reuters Magazine*, 26 janvier 2012, (URL: http://www.reuters.com/article/2012/01/26/us-david-rohde-drone-wars-idUSTRE80P11I20120126)

30 "Living Under Drones: Death, Injury, And Trauma To Civilians From Us Drone Practices In Pakistan (2012)", *International Human Rights And Conflict Resolution Clinic At Stanford Law School And Global Justice Clinic*, NYU School Of Law, (URL:

de souffrir de troubles psychologiques aigües. Quant aux atteintes psychologiques potentielles causées par les SALA aux individus ciblés, il est aisé d'imaginer qu'une atteinte à l'intégrité mentale similaire puisse naître de la crainte de l'incapacité des SALA à distinguer entre civils et combattants ou bien, en dehors d'une situation de conflit armé, entre un individu soupçonné d'être impliqué dans une activité terroriste, et un individu qui ne l'est pas. Comme vu précédemment, certains experts affirment qu'il est tout simplement trop difficile de concevoir une machine qui soit en mesure de faire la distinction entre un combattant et un non-combattant, notamment entre un ancien participant direct aux hostilités désormais blessé et incapable de se battre, ou qui s'est rendu[31]. À noter que ce risque d'erreur n'est pas propre à la machine et que les humains eux aussi peuvent effectuer un mauvais jugement et violer ce principe, surtout quand la décision est prise à distance. Ce risque et la crainte qui en découle chez les individus ciblés concerne donc aussi bien l'utilisation des drones armés.

Cette incapacité à discriminer peut en tout état de cause avoir pour conséquence des atteintes à l'intégrité physique des cibles, cette fois au sens étroit du terme. L'Open Society Justice, dans un rapport d'avril 2015, recense les atteintes portées à l'intégrité physique de civils au Yémen par neuf frappes aériennes américaines, toutes vraisemblablement conduites à l'aide de drones armés, entre mai 2012 et avril 2014[32]. Le rapport précise en introduction que le terme de "civil" est employé pour désigner toute personne qui n'aurait pas du être ciblée par la force létale des Etats-Unis, aussi bien conformément au DIH qu'au DIDH[33]. Il recense les cas de civils blessés et tués par ces attaques par drones armés[34]. Il apparaît donc que les cibles des drones armés peuvent être victimes d'atteintes à leur intégrité physique contraire au DIH et au DIDH, en violation du principe de dignité humaine.

Encore une fois, toujours dans une démarche prospective, les cibles des SALA seraient-elles des victimes potentielles d'atteintes à

---

http://www.livingunderdrones.org/wp-content/uploads/2013/10/Stanford-NYU-Living-Under-Drones.pdf).

31 LIN P., "Autonomous Military Robotics: Risk, Ethics, and Design", 2008.

32 SINGH A., Death by Drone. Civilian Harm Caused by US Targeted Killings in Yemen, *Open Society Justice Report*, New York, 2015, 124p.

33 *Idem*, p. 5.

34 *Ibidem*., pp. 42-93.

l'intégrité physique, en violation du principe de dignité? Si la privation de la vie est arbitraire conformément au DIDH ou si la victime est civile au sens du DIH, la cible des SALA sera bien victime d'atteintes au principe de dignité humaine. Sur un plan plus éthique encore, la cible est victime de l'atteinte au principe de dignité humaine puisque les armes concernées sont complètement autonomes et seraient en mesure de décider de lui ôter la vie sans mesurer ni sa valeur, ni l›importance de sa perte[35].

2. L'agent, victime de l'atteinte?

"C'est l'honneur des hommes d'avoir partout abandonné la loi du talion; c'est leur honneur d'avoir ici et là aboli en temps de paix la peine de mort; c'est leur honneur également de refuser d'infliger aux prisonniers, quels qu'ils soient, des conditions matérielles et morales inhumaines de détention qui dégradent en définitive autant celui qui les subit que celui qui les inflige"[36]. Pierre Lambert concevait qu'il faille, dans l'analyse des atteintes à la dignité humaine, analyser le cas de celui qui inflige les souffrances qui conduisent à de telles atteintes.

Les situations de conflits armés – ou l'utilisation de la force létale dans le cadre d'un plan systématique et en dehors de conflits armés – font naturellement apparaître chez le personnel militaire – ou plus généralement les agents des opérations létales – des névroses, traumatismes, et autres syndromes de stress post-traumatique. Une des justifications de l'utilisation de drones armés réside dans l'objectif de ne pas mettre en danger les forces armées américaines en leur évitant d'aller sur le terrain. Or, les opérateurs de drones sont désormais nombreux à témoigner dans la presse en y évoquant leur souffrance psychologique. Des rapports, dont un français élaboré par Agnès Colin de l'Institut de Rechercher Stratégique de l'École Militaire en 2012, constatent l'apparition de *Post Traumatic Syndrom Disorder* (PTSD) chez les pilotes de drones[37]. Le rapport

35 Shaking the Foundations, p. 3.

36 LAMBERT P. "Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational", *R.T.D.H.*, 1998, n° 34, p. 302, cité par EUDES M., "La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention", *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006.

37 Voir, en ce sens: LINDLAW S., «UAV operators suffer war stress", *Air Force Times*, 7 août 2008, (URL: http://www.airforcetimes.com/news/2008/08/ap_remote_stress_080708/); SINGER PW., "Ethical Implications of Military Robotics", *The 2009 William C. Stutt Ethics Lecture*, United States Naval Academy, 25 mars 2009;

de l'IRSEM souligne que si l'on pensait que "les pilotes de drones, étant à distance, ne pouvaient pas souffrir du stress habituellement ressenti pas les combattants", l'expérience américaine démontrait le contraire. Il identifie deux facteurs comme pouvant être à l'origine de cette atteinte à l'intégrité mentale des opérateurs de drones. D'une part, le rapport identifie comme facteur la distanciation avec le théâtre du conflit qui conduit l'opérateur à vivre concrètement dans un monde réel civil et à être présent virtuellement, via la machine, dans un monde de guerre. Selon le rapport "cette "distanciation" conduit à une dissonance cognitive qui peut être déstabilisante voire traumatisante et conduirait à des PTSD. Les témoignages recueillis par Peter Singer (2009) sont à ce titre éloquents: "On fait la guerre pendant 12 heures, on tire sur des cibles, on exécute des combattants ennemis, et puis on monte dans sa voiture et on rentre à la maison. Et 20 minutes après, on est assis à la table du dîner et on parle avec nos enfants de leurs devoirs d'école"[3839]. D'autre part, le rapport identifie l'amélioration des techniques de traitement d'image comme facteur de cette atteinte à l'intégrité mentale des opérateurs de drones. La haute résolution leur permet en effet de voir les personnes tuées, par leurs frappes mais aussi par celles de leurs collègues, ce qui n'était pas permis pour les pilotes de bombardiers qui ne pouvaient voir que très rarement les conséquences de leurs opérations[40]. Les pilotes des drones armés peuvent donc être considérés comme potentielles victimes d'atteinte au principe de dignité humaine, compris comme protégeant l'intégrité mentale des individus.

Concernant maintenant les systèmes d'armes létaux autonomes, les agents sont les robots. Si les robots commencent à être dotés de capacités décisionnelles propres à l'Homme, la question peut se poser de savoir s'il faudra considérer, à un certain stade de leur évolution et autonomisation, qu'ils sont dotés d'une valeur propre et donc, de droits[41]. Néanmoins, puisque le principe qui nous intéresse est le

TARAVELLA A., COSTE F., "Relation homme-robot, prise en compte de nouveaux facteurs sociologiques", *Etude de l'Irsem n°16*, 2012; COLIN A., "Syndrome post traumatique du militaire, éléments de contexte et de réflexion stratégique", Étude de l'IRSEM n°20, Septembre 2012.

38 SINGER PW., "Ethical Implications of Military Robotics", *The 2009 William C. Stutt Ethics Lecture*, United States Naval Academy, 25 mars 2009.

39 COLIN A., "Syndrome post traumatique du militaire, éléments de contexte et de réflexion stratégique", Étude de l'IRSEM n°20, Septembre 2012, p. 6.

40 *Idem*, p. 6.

41 LIN P., "Autonomous Military Robotics: Risk, Ethics, and Design", 2008.

principe de dignité humaine, que les robots, même complètement autonomisés, ne peuvent être considérés comme appartenant au genre humaine, alors aucune violation du principe de dignité humaine n'est envisageable concernant les robots soldats.

Enfin, si à terme les opérations létales ne sont plus effectuées qu'à l'aide de SALA, cela signifie que les individus actuellement en charge de les conduire perdront leur travail. Si l'on considère le droit au travail comme participant à la sauvegarde de la dignité humaine[42], alors celui qui n'est plus sollicité pour mener les opérations pourra être dans certains cas considéré comme subissant une atteinte à sa dignité. Pas étonnant que ces problématiques liées au travail interviennent dans le cadre de l'utilisation de robots, le terme "robot" étant issu du mot tchèque "robota", qui signifie "travail, besogne, corvée".

Si le caractère autonome ou quasi autonome des systèmes d'armes létales semble conduire ou pouvoir conduire à des violations du principe de dignité humaine en ses différents volets et dans certaines circonstances – et puisque nous nous situons en amont de la création et de l'utilisation des systèmes d'armes complètement autonomes – prenons plutôt le principe de dignité humaine comme un potentiel outil pour réguler la création des armes autonomes, comme un principe matriciel pour irriguer les programmations des robots.

II) LE PRINCIPE DE DIGNITÉ HUMAINE, PRINCIPE D'INTERDICTION DE DÉSHUMANISER: OUTIL INSATISFAISANT DE RÉGULATION DES LOIS DE LA ROBOTIQUE

Imaginons qu'il soit imposé, dans le cadre de la programmation de systèmes d'armes létaux autonomes, de prendre pour point de repère, ou plus encore comme "loi fondamentale", l'interdiction de

42 Sur ce point, voir notamment: COSSALTER P., "La dignité humaine en droit public français: l'ultime recours", *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions, 2014, numéro 4, p. 5: "*En matière de droit au logement et de droit du travail le principe est de sauvegarder cette dignité sociale consacrée avant la première guerre mondiale*"; Article web, "Existe-t-il un droit au travail?", Vie publique, 9 octobre 2013, (URL: http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/citoyennete/definition/droits/existe-t-il-droit-au-travail.html): "Le droit au travail participe à la dignité de l'être humain. Il a été affirmé pour la première fois, en 1848 par la IIe République qui créa, dans cette perspective, des Ateliers nationaux permettant de fournir un travail aux chômeurs. Ce droit au travail a été repris dans le préambule de la Constitution de 1946, qui affirme: «Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi», et par notre Constitution actuelle".

déshumaniser, ici utilisée comme définition du principe de dignité humaine (A). Est-ce que cela suffirait à ce que l'action du "robot", à l'issu de cette programmation, mène les actions létales, pour lesquelles il a été conçu, sans conduire à la violation de ce principe? C'est ce qu'il faudra tenter d'élucider (B).

A) L'utilisation du principe de l'interdiction de déshumaniser comme fil conducteur à la création des lois de la robotique

La validité de la définition du principe de dignité humaine, non plus seulement comme contenant mais comme un principe d'interdiction de déshumaniser doit être vérifiée (1). Si elle est valide, imaginons qu'elle puisse être un fil conducteur à la programmation des robots (2).

1. Validité de la définition du principe de dignité humaine comme principe d'interdiction de déshumaniser

Outre les actions menées par ces armes, c'est leur caractère autonome ou quasi autonome qui semble pouvoir être, en soi, constitutif d'une violation du principe de dignité humaine. Il semble que cette intuition, partagée par des êtres humains qui s'apprêtent à déléguer la décision de tuer à des machines autonomes, s'attache à l'objectif du principe de dignité humaine: interdire la déshumanisation. Peter Asaro développe par exemple l'idée selon laquelle il existe dans les textes de DIH et de DIDH une exigence implicite de prise de décision par l'Homme. Il dégage ce principe du droit international des droits de l'homme, qui garantit certains droits humains pour toutes les personnes, indépendamment de l'origine nationale et en tout temps. Il soutient que les droits à la vie et à une procédure régulière font implicitement peser sur les individus et les Etats en temps de paix et dans les situations de conflits armés, de ne pas déléguer à une machine ou à un processus automatisé l'autorité ou la capacité d'initier l'utilisation de la force meurtrière indépendamment d'une décision humaine qui s'effectue au cas par cas, et de "sa légitimité morale et juridique". Il prône la création d'une norme internationale qui établisse ce devoir avant qu'un "large éventail de systèmes automatisés et d'armes autonomes, qui sont

susceptibles de poser de graves menaces pour les droits fondamentaux des individus, commencent à apparaître"[43].

Ce qui nous intéresse particulièrement est l'identification par l'auteur de normes de droit international des droits de l'homme qui impliquent que l'être humain soit en charge de la prise de décision. L'exigence de décision humaine tel que Peter Asaro le révèle semble ainsi être un fil conducteur du droit international des droits de l'homme. Or, nous avons vu que le principe de dignité humaine n'était pas un principe ou droit autonome parmi les autres droits de l'homme mais un principe conçu comme matriciel et comme irriguant le droit international des droits de l'homme. L'exigence que décrit Asaro pourrait tout à fait être considérée comme une conséquence du principe de dignité humaine.

En outre, ce parallèle met en évidence plus globalement la fin poursuivie par le principe de dignité humaine: interdire la déshumanisation.

2. Le principe d'interdiction de déshumaniser comme fil directeur de la programmation des SALA

Le principe de dignité humaine, entendu comme le principe d'interdiction de déshumaniser, peut être mobilisé pour irriguer les lois de la robotique. Le principe qui interdirait la déshumanisation, voire qui viserait la conservation de l'espèce humaine a été utilisé par Isaac Asimov dans la construction de ses lois de la robotique. La version originale des trois lois d'Asimov se présente comme suit:

> Première Loi: un robot ne peut blesser un être humain ni, restant passif, permettre qu'un être humain soit exposé au danger;
>
> Deuxième Loi: un robot doit obéir aux ordres que lui donnent un être humain, sauf si de tels ordres sont en contradiction avec la première loi;
>
> Troisième Loi: un robot doit protéger son existence tant que cette protection n'est pas incompatible avec la Première ou la Deuxième Loi[44].

---

43 *(traductions de l'anglais)* ASARO P., "On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making", *International Review of the Red* Cross, vol. 94, n°886, 2012, pp. 687-688.

44 ASIMOV I., "Runaround", *in* ASIMOV I., *I, Robot*, 1942.

La première loi nous intéresse ici particulièrement. Elle irrigue les autres et impose que l'être humain ne soit jamais lésé. À noter que ces lois ne sont pas sans poser de difficultés. Histoire après histoire, Isaac Asimov en soulève un certain nombre et met notamment en lumière que ces trois règles hiérarchiquement assemblées peuvent conduire à des blocages dans certaines situations, notamment lorsque, par exemple, le robot reçoit des ordres contradictoires de deux personnes ou lorsque la protection d'un être humain est susceptible de porter préjudice à la vie d'un autre être humain. L'identification de ces problèmes a conduit Isaac Asimov à introduire une Loi Zéro et à modifier les trois autres lois, l'ensemble se lisant alors comme suit:

> Loi zéro: un robot ne peut mettre en péril l'humanité, ou par son inaction, permettre que l'humanité soit mise en péril.
>
> Première Loi: un robot ne peut blesser un être humain, ou par son inaction, permettre qu'un être humain soit blessé; sauf quand les conséquences de l'action s'opposent à la loi zéro;
>
> Deuxième Loi: un robot doit obéir aux ordres qui lui sont donnés par des êtres humains, sauf quand de tels ordres s'opposent à la Première loi ou à la loi zéro;
>
> Troisième Loi: un robot doit protéger sa propre existence aussi longtemps qu'une telle protection ne s'oppose pas à la première ou à la deuxième loi, et à la loi zéro.

La loi zéro, qui vise l'humanité, se rapproche encore davantage de ce qui pourrait être un principe d'interdiction de déshumaniser en sa première partie ("un robot ne peut mettre en péril l'humanité"), s'imposant même comme une obligation pour le robot d'œuvrer pour la sauvegarde de l'espèce humaine ("ou par son inaction, permettre que l'humanité soit mise en péril"). L'idée d'utiliser le principe de dignité humaine comme fil conducteur de la programmation des systèmes d'armes létaux autonomes n'est pas absurde. D'autres auteurs réfléchissent à la nécessité de construire des "robots éthiques", comme Ronald Arkin. Son projet vise la conception de machines qui exécutent mieux ce que les humains font sur le champ de bataille, notamment en réduisant la commission de crimes de guerre ou de comportements illicites[45].

45 Voir en ce sens: ARKIN R., "The Case for Ethical Autonomy in Unmanned Systems. Ethical Autonomous Systems", *Journal of Military Ethics*, 2010, n°12, 12p.; P. LIN, G. BEKEY, K. ABNEY, "Autonomous Military Robotics: Risk, Ethics,

Outre le problème, non encore élucidé, de la possibilité de traduire ces impératifs en langage mathématique, la question de savoir si le robot pourra échapper à sa programmation et donc à ce principe d'interdiction de déshumaniser qui irriguerait cette dernière, se pose. Intéressons-nous aux robots les plus autonomes, dotés d'un "sensor-protector-actuator" qui leur permet de "prendre des mesures, calculer la réponse à donner, agir sur l'environnement en retour"[46]. Il est totalement autonome et n'a pas besoin de l'Homme pour agir. En outre, pour échapper à une programmation, il faudrait que le robot soit doté d'une autonomie au sens du libre-arbitre kantien. Or, l'autonomie du robot n'est que le résultat technique de l'émancipation de la machine par rapport à l'Homme pour fonctionner. Ainsi, il ne faudrait pas confondre "l'autonomie technique du robot avec la liberté comme autonomie telle qu'on la trouve chez Kant"[47]. Le robot n'est pas un agent libre, puisqu'il ne s' "autoprogramme" pas. Un robot autonome, puisqu'il n'est pas doté de libre arbitre, ne peut décider d'échapper à sa programmation.

Alors, si tant est qu'il soit mathématiquement possible d'effectuer une programmation des SALA avec pour principe directeur le principe de dignité humaine, afin notamment que le robot incorpore les normes de droit international des droits de l'homme et de droit international humanitaire, l'utilisation de ce principe matriciel ne semble pas suffisante pour enlever le caractère intrinsèquement déshumanisant de ces systèmes visant un objectif létal.

B) Les SALA, des systèmes intrinsèquement déshumanisants, attentatoires au principe de dignité humaine?

Si les SALA ne peuvent pas être respectueux, a priori du principe de dignité humaine c'est d'une part parce que si leur programmation était guidée par ce principe, leur fonction ne pourrait plus être létale et ils n'auraient donc plus de raison d'exister (1); et quand bien même il était possible de complexifier les lois de la robotique pour que ce

---

and Design", rapport à destination du US Department of Navy, Office of Naval Research, préparé par "Ethics + Emerging Sciences Group"de la California Polytechnic State University, San Luis Obispo, 2008, p. 2.

46 RUFFO M.-d.-N., "Le robot, étranger de l'éthique", *Séminaire des doctorants de Paris Sorbonne*, 21 mai 2013, p. 5.

47 *Idem.*

soit viable, il semble la décision de tuer sera toujours déléguée à une machine et donc déshumanisée (2).

1. La dignité humaine comme principe directeur de la programmation des machines emportant suppression de leur fonction létale?

La première loi d'Asimov telle que formulée en premier lieu ("un robot ne peut blesser un être humain ni, restant passif, permettre qu'un être humain soit exposé au danger") mais aussi après création de la loi zéro ("un robot ne peut mettre en péril l'humanité, ou par son inaction, permettre que l'humanité soit mise en péril") soulève un enjeu majeur: la passivité visée par la version originale de la Première Loi et l'inaction visée par la seconde version exigent que le robot intervienne constamment pour réduire toute sorte de risques courus par les êtres humains. Comme vu précédemment, ces lois pourraient être inscrites en conséquence de l'utilisation du principe de dignité humaine pour fonder et irriguer la programmation des systèmes d'armes létaux autonomes. Les robots ainsi programmés ne seraient-ils pas dans l'incapacité d'accomplir la tâche première pour laquelle ils ont été conçus: tuer? Il semble donc que si le principe de dignité humaine était utilisé comme principe matriciel des lois de la robotique, les SALA verraient leur fonction létale supprimée.

Pour résoudre ce problème, Isaac Asimov modifie une nouvelle fois en 1985 la formulation de la Première loi, qui se lit alors comme suit: "*un robot ne peut blesser un être humain*". Lue à la lumière de la Loi Zéro, la Première loi autorise le robot à nuire à un être humain s'il présente une menace pour le reste de l'humanité. Cela pourrait être utilisé pour conférer aux S ALA leur fonction létale à nouveau. Mais est-ce que le principe de dignité humaine, entendu comme interdiction de déshumanisation pourrait-il alors être considéré comme respecté? Si le robot est habilité à remplir sa fonction première, tuer, malgré l'utilisation première du principe de dignité humaine pour effectuer sa programmation, et ce grâce à une complexification des différentes lois qui régiront ses actions, le problème se renversera. En mesure d'accomplir sa fonction première, la machine va identifier elle-même ses cibles et prendre la décision de mettre fin à ses jours. La décision de tuer sera donc prise par une machine. À la finale, le principe de dignité humaine sera violé précisément par la déshumanisation de la décision de tuer.

2. La déshumanisation de la décision de tuer emportant nécessairement la violation du principe de dignité humaine?

Peter Asaro fait de la déshumanisation de la décision de tuer le principal fondement de son rejet des systèmes d'armes létaux autonomes et de son combat pour l'introduction dans les textes de droit international humanitaire et de droit international des droits de l'homme d'un principe d'interdiction de l'utilisation des SALA. Selon lui, "les systèmes d'armes autonomes représentent une évolution qualitative de la technologie militaire, précisément parce qu'ils suppriment le jugement humain de l'initiation de la force létale. Par conséquent, en l'absence de jugement humain et d'examen, ces systèmes menacent de saper les droits humains"[48]. Il précise sa posture en mettant en lumière le modèle utilisé aujourd'hui par les forces armées américaines: le modèle *"human-in-the-loop"* ("un humain dans la boucle"), qui exige qu'un être humain intervienne dans le cycle de la prise de décision sans quoi la force létale ne peut en aucun cas être employée. Il souligne que non seulement, l'intervention d'un être humain est exigée mais qu'en sus, "pour être légitime, ce processus doit remplir trois autres conditions: d'une part, l'opérateur humain (qui prend la décision d'employer la force létale après avoir vérifié que la cible est légitime) doit disposer de suffisamment de temps pour réfléchir. D'autre part, cet opérateur doit avoir reçu une formation appropriée et être bien informé. Enfin, il doit être tenu responsable et répondre de ses actes"[49].

À l'évidence, ces conditions ne peuvent être remplies par une machine, puisqu'en dehors de la question plus débattue – qui ne sera pas abordée ici – de la responsabilité des robots, l'une d'elles implique de réfléchir. Or, il semble que le principe de dignité humaine, entendu comme interdiction de dépersonnaliser et déshumaniser, soit au fondement (même implicitement) du modèle "human in the loop". Donc les SALA, impliquant de déposséder l'Homme de la décision de tuer, s'inscrivent a priori en violation du principe de dignité humaine.

Il faut néanmoins nuancer cette première conclusion qui consiste à affirmer qu'au regard de la déshumanisation de la décision de tuer, les SALA emportent intrinsèquement et nécessairement violation du principe de dignité humaine. En effet, la décision de placer ou

48 *traduit de l'anglais;* ASARO P., *op. cit.*, p. 693.
49 *traduit de l'anglais; ASARO* P., *idem,* p. 695.

non des robots dans telle ou telle zone de combat relèvera toujours de la discrétion des êtres humains[50]. La réponse à la question de savoir si les SALA sont intrinsèquement attentatoires au principes de dignité humaine variera nécessairement en fonction de leur degré d'autonomie[51].

Ainsi, le principe de dignité humaine conçu comme principe "englobant" semble pouvoir être particulièrement utile pour analyser les objets juridiques non encore identifiés ("OJNI"), créés au fil des évolutions technologiques. Pour qu'il constitue un réel outil permettant d'arriver à cette fin, encore faut-il que son contenu, ou les droits fondamentaux qu'il fonde et contient, soit déterminé. Ensuite, le principe présente un intérêt certain lorsqu'est souligné l'objectif qu'il vise, soit l'interdiction de déshumaniser, de dépersonnaliser. En effet, même s'il est apparu qu'utiliser le principe de dignité humaine sous cette forme n'enlevait pas toutes ses embuches au chemin sur lequel nous avançons, il semble pouvoir demeurer un outil de régulation et un lien entre les acquis juridiques du passé et les mystérieux objets juridiques du futurs.

Ces développements commençaient par une citation d'Isaac Asimov. Selon ce dernier, c'est le "changement, changement continu, changement inévitable, qui est le facteur dominant dans la société d'aujourd'hui" et dans ces circonstances, "aucune décision raisonnable ne peut être faite plus longtemps sans prendre en compte non seulement le monde tel qu'il est, mais le monde tel qu'il sera".

Puisque l'apparition des OJNI semble de toute façon inévitable, le principe de dignité humaine n'attend qu'à être consolidé pour constituer un outil efficace, aussi bien pour mesurer les dégâts que sont susceptibles de causer les futurs objets juridiques, enfants des nouvelles technologies, que comme prisme pour tenter, en amont de leur naissance, d'amoindrir ces potentiels dégâts.

---

50 LIN P., "Autonomous Military Robotics: Risk, Ethics, and Design", 20 décembre 2008, p. 33.

51 LIN P., idem: (traduit de l'anglais) "Ces robots pourraient faire des choix autonomes sur les moyens à la réalisation de leurs objectifs pré programmés, mais non sur les objectifs eux-mêmes; ils ne pourraient pas choisir leurs propres objectifs pour eux-mêmes, mais ils seraient toujours attendre d'avoir le but d'obéir à des ordres donnés par leur commandant militaire".

CONSIDÉRATIONS SUR LA *CAPACITÉ CONSTITUANTE* DU PRINCIPE DE DIGNITÉ HUMAINE

L'EXEMPLE DES RELATIONS ENTRE EGALITE ET DIGNITE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPREME DU CANADA

Robin Médard

Doctorant contractuel en droit public à l'Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux - CREDOF), doctorant associé à l'Université de Montréal (Centre d'études et de recherches internationales – CÉRIUM) et coordonnateur du pôle Canada de l'Institut des Amériques.

"Equality's track record is clear. It is the Leviathan of rights. It has humbled the most sophisticated legal minds, the most refined and liberal legal systems"[1]. Par cette formule, l'honorable Beverley McLachlin laisse exprimer la puissance contenue dans le principe d'égalité. Force de changement lorsqu'il est appliqué avec humanisme, il peut aisément être décrit comme la p rincipale dynamique de progrès social. Parallèlement, lorsqu'il se trouve foulé aux pieds, son mépris ou son application biaisée[2] conduit l'humanité aux pires tragédies. Si la quête de l'égalité repose sur l'expression de nobles idéaux et aspirations, son effectivité dépend naturellement de leur réception juridique et *in fine,* de leur transcription factuelle. Selon la juge en chef de la Cour suprême du Canada, le défi majeur pour les juges réside désormais dans la mise en pratique de ces nobles idéaux et aspirations humanistes de sorte qu'ils s'accordent avec les réalités concrètes vécues par les sujets de droit sans toutefois s'émanciper du cadre juridique fixé par les dispositions qui encadrent et définissent le principe d'égalité[3]. Or, c'est précisément le cumul de l'impuissance

1 McLachlin, B., "Equality: the Most Difficult Right", *Supreme Court Law Review,* 14 (2d), 2001, p. 19. Trad. fr. par nos soins: *"Le bilan de l'égalité est clair. C'est le Léviathan des droits. Il a forcé l'humilité des esprits les plus avisés et des systèmes juridiques libéraux les plus raffinés"*.

2 Renvoyons ici à la doctrine du *"separate but equal"* en vigueur de *Plessy v. Ferguson,* 163 U.S. 537 (1896), à *Brown v. Board of Education of Tobeka,* 347 U.S. 483 (1954).

3 McLachlin, B., *Op. cit.,* p. 19.

des considérations idéales et de la froideur mécanique du droit[4] qui a conduit à la positivation juridique de la dignité humaine[5] au lendemain de la Seconde guerre mondiale.

En 1989, le juge McIntyre présentait l'égalité comme "*un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis […] ne comporte pas de définition précise*"[6]. Aussi, afin de s'assurer une interprétation convergeant vers le

4 Sur ce point, voir la controverse sur le rôle du positivisme juridique en France lors de la seconde guerre mondiale entre Danièle Lockak et Michel Troper. Voir ici: Lochak, D., "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", et Troper, M., "La doctrine et le positivisme (A propos d'un article de Danièle Lochak)" *in* CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 335p.; puis Lochak, D., "La neutralité de la dogmatique juridique: mythe ou réalité ?", et Troper, M., "Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité", in Amselek, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 328 p.

5 Traditionnellement, sont distinguées trois acceptions de la dignité humaine grossièrement résumées à la *dignitas*, la dignité subjective et la dignité objective. Voir ici Girard, C. et Hennette-Vauchez, S. (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation,* Paris, presses Universitaires de France, 2005, pp.24-27: la *dignitas* en tant que "*qualité attachée à un rang ou à une fonction officielle*" ne sera en aucun cas l'objet du présent développement; l'acception subjective dépeint la dignité comme "*une qualité attachée à la personne humaine. [Un] droit de la personne qui peut être opposé par l'homme à des tiers [et qui] recouvre l'idée générale de respect dû par toute personne à des tiers*"; l'acception objective quant à elle aborde la dignité humaine comme "*une qualité opposable à l'homme par des tiers […], un concept absorbant les obligations générales de respect vis-à-vis d'une certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne. La série d'obligations comprises dans cette approche incombe à tout individu quel qu'il soit et en tant qu'il appartient au genre humain*". En l'absence de précision, nous entendrons par "*dignité humaine*" une conception large englobant les acceptions objective et subjective en ce qu'elles se réfèrent peu ou prou toutes deux au même objet – le respect dû à la personne humaine – et diffèrent simplement sur la source personnelle de l'opposabilité – y compris juridique –, tantôt la personne pour elle-même – dignité subjective –, tantôt la personne pour autrui ou pour "*l'humanité*" - dignité objective. En cela, les partisans d'un individualisme libéral décrivent parfois les usages de la dignité objective comme les produits d'une conception moralisatrice et réflexive de la dignité (nécessairement entendue dans son sens subjectif) d'opposabilité externe. Voir ici Borrillo, D., *Audition devant la CNCDH sur le projet de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel,* [en ligne], disponible sur [blogs.mediapart.fr], (consulté le 21 avril 2015): "*Il suffit qu'une autorité invoque la dignité humaine pour qu'automatiquement le consentement de l'individu soit invalidé. Cet usage réflexif de la dignité constitue une forme nouvelle et plus raffinée de paternalisme*".

6 Justice McIntyre *in Andrews v. Law Society of British Columbia,* [1989] 1 S.C.R. 143.

progrès social, l'égalité tend parfois à être interprétée à la lueur de l'impératif de respect et de sauvegarde de la dignité humaine. Il ne s'agit pas là d'un cas particulier puisque potentiellement, c'est l'ensemble des interprétations des droits et libertés qui se trouvent désormais éclairées par la dignité humaine, régulièrement située à la *"base de tout l'édifice […] international élaboré pour garantir et protéger la liberté de la personne"*[7]. La fulgurante multiplication des consécrations du principe de dignité humaine[8] au sein des ordres juridiques internationaux, régionaux et nationaux, en tant que principe fondamental[9], fondateur et matriciel[10], témoigne de cette conception et dénote un véritable *"don d'ubiquité"*[11] lors des dernières décennies.

Avec ce nouveau paradigme, le principe d'égalité a progressivement mué de sa conception formelle vers une métamorphose *"réelle"* ou *"substantielle"*[12] (*"substantive equality"*). L'égalité devient ainsi un *"idéal politique"*[13] binaire alternant schématiquement entre

---

7 Oberdorff, H., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales,* Paris, LGDJ - Lextenso éditions, 4ème éd., 2013, p. 386.

8 Article premier et préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, considérant 1 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de 1948, Déclaration canadienne des droits de 1960, Préambules des Pactes internationaux de 1966, article 11 de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969, Préambule et article 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2001, etc.

9 Parfois même qualifié par les juges de *"conviction fondamentale"*, *in R. c. Big M Drug Mart Ltd*., [1985] 1 R.C.S. 295, ce qui laisse transparaître l'essence – ou la dominance – jusnaturaliste du principe.

10 Mathieu, B., "La dignité, principe fondateur du droit", *Journal International de Bioéthique*, 3/2010, vol. 21, pp.77-83.

11 Brunelle, C., "La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale", *in Revue du Barreau,* n° thématique H-S., 2006, pp.143-174.

12 Ainsi Karen Symes soutient; *"the concept of human dignity is an essential and inextricable component of substantive equality"*, *in* Symes, K. E., "Dignity and Equality: *Law*'s Reasonable Claimant and Human Dignity Under Section 15", Coursework intensive, Master of Law, [en ligne], disponible sur [https://tspace.library.utoronto.ca]. Dans le même sens, voir McLachlin, *Op. cit.,* p. 20: *"Substantive equality is founded on the principle that all human beings are of equal worth and possessed of the same innate human dignity, which the law must uphold and protect, not just in form, but in substance"*.

13 *"We must distinguish between two different principles that take equality to be a political ideal. The first requires that the government treat all those in its charge as equals, that is, as entitled to its equal concern and respect […] The second principle requires that the government treat all those in its charge equally […]. Sometimes*

traitements identiques et traitements différents et nécessite d'être approchée comme une notion relative, intrinsèquement comparative et enchâssée dans un contexte socio-politique particulier[14]. La définition de la discrimination élaborée dans l'arrêt *Andrews v. Law Society of British Columbia*[15] traduit cette absence de déterminisme de *"l'identicité"* du traitement et place dès 1989 le *focus* sur le désavantage induit. Ainsi, au Canada, constitue une discrimination toute "*distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur les motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe d'individus, des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société*"[16].

Si de prime abord, elle semble satisfaisante, cette définition englobe cependant les distinctions irréductiblement associées à la mise en œuvre des programmes de protection sociale. C'est cet achoppement et la volonté de sécuriser ces interventions étatiques providentielles qui ont conduit en 1999 la Cour suprême du Canada à exiger, pour la reconnaissance et la sanction des discriminations, que le désavantage induit par la mesure soit en outre considéré comme une atteinte à la dignité humaine du requérant[17]. Ce dernier fut ainsi contraint de démontrer – ou à défaut, de laisser supposer – l'atteinte à la dignité humaine afin que soit reconnue et sanctionnée la violation de son droit à l'égalité. Les complications juridiques occasionnées par ce procédé ont toutefois poussé la Cour a partiellement revenir sur sa jurisprudence en 2008[18]. Au-delà de la complexité des relations entre dignité humaine et égalité, ces dix années de jurisprudence ont l'immense mérite d'avoir mis en exergue la grande fragilité de l'équilibre existant entre ces notions –

---

treating people equally is the only way to treat them as equals; but sometimes not" in Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, (note 30), p.190.

14 Voir les propos du juge Iaccobucci *in Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, §24.

15 *Andrews v. Law Society of British Columbia,* [1989] 1 S.C.R. 143, acte premier de l'interprétation de l'article 15 (1), garantie constitutionnelle de l'égalité au Canada depuis 1982.

16 *Ibidem.*

17 *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

18 *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483.

et plus spécifiquement entre les deux principes juridiques. Or, si la méthode juridictionnelle dégagée en 1999 a suscité de nombreux et virulents commentaires[19], ses enseignements théoriques demeurent encore trop peu exploités.

Nous souhaiterions analyser cet espace "*entre*" principe de dignité[20] et principe d'égalité[21] à travers une grille de lecture théorique caractérisée par trois niveaux. Le premier niveau possède une vocation fonctionnelle et distingue entre principes "*constitué*" et "*constituant*". L'idée sous-jacente réside ici dans la nécessité de retracer les dynamiques d'influences existantes, le principe constitué étant bien entendu alimenté par le principe constituant. Le second niveau de lecture possède quant à lui une vocation matérielle et

19 Voir pour exemple Gilbert, D., "The Silence of Section 15: Searching for Equality at the Supreme court of Canada in 2007", *Supreme Court Law Review,* vol. 42, 2008, p. 510: "*It seems clear that human dignity is an important, indeed even obvious part of assessing equality. What is unclear is how an analysis of a concept as nebulous as dignity can or should be done. The Supreme Court of Canada has struggled with what dignity means, and the case law is at best unhelpful and at worst harmful to any notion that section 15, as currently interpreted, can in fact promote human dignity in practice*".

20 À admettre évidemment le postulat selon lequel la dignité humaine forme désormais un principe juridique. Dès lors que la notion de dignité humaine se trouve consacrée juridiquement – qui plus est largement et à tous les niveaux des ordres normatifs – il semble improbable de lui nier une dimension juridique. Cependant, la notion ne saurait conserver son essence métajuridique avec le passage à l'état juridique et sa définition substantielle ne peut désormais plus – du moins dans cette dimension normative – être cherchée dans un "*donné*" dogmatique directement révélé par le droit naturel ou la morale religieuse. Dans sa dimension normative, nécessairement, la dignité humaine désigne une construction juridique qui reste à éclaircir. Au vu de la consécration normative magistrale de la notion de "*dignité humaine*" et de la nécessité de rompre avec son interprétation *jusnaturaliste*, nous estimons que sa désignation sous forme de "*principe*" constitue un élément propice à l'édification d'un concept juridique "*construit*" qui, en soi, pourrait être interprété comme la marque d'un refus d'une absorption intégrale de la notion philosophique de "*dignité humaine*". Notons au titre de simple précision que dans le cas français, c'est bien sous la forme de "*principe à valeur constitutionnelle*" que la dignité humaine doit être entendue dans la sphère normative (Conseil constitutionnel, Décision 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, cons. 2).

21 Le raisonnement étant fondé sur une approche du droit canadien, le principe d'égalité sera systématiquement entendu dans une acception "*substantielle*" englobant les quatre droits à l'égalité définis par la Charte canadienne des droits et libertés de 1982 à savoir: le droit à l'égale considération de la loi, à l'égalité devant la loi, à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi.

distingue entre logiques "*rhétorique*" et "*normative*"[22]. Il s'agit alors de retracer non plus les dynamiques mais les domaines d'influences entre principes. Enfin, plus accessoirement, le troisième niveau obéit à un impératif contextuel visant à replacer ces dynamiques et domaines d'influence dans les perspectives "*positive*" ou "*négative*". Dans le premier cas, les principes interagissent en vue de construire leur propre perfectionnement, dans le second, ils interagissent en vue de déterminer leur ineffectivité ou leur violation.

Lorsque l'on aborde les relations entre égalité et dignité dans une perspective positive et rhétorique, le principe de dignité peut être présenté comme constituant en ce qu'il alimente le principe d'égalité, notamment en impulsant sa "*réalisation*" dans le sens d'une manifestation dite "*substantielle*"[23]. Sur le plan normatif en revanche, la capacité constituante de la dignité est moins flagrante et, à notre connaissance, peu abordée dans la littérature scientifique[24]. Toujours dans une perspective positive, qu'elle soit rhétorique ou normative, la réciprocité de la dynamique constituante semble intégralement recevable dans la mesure où la "*réalisation*" de l'égalité ne saurait que converger vers les exigences présumées du principe de dignité humaine. Parallèlement, lorsque les relations sont envisagées entre discrimination et dignité dans une perspective négative – puisqu'il s'agit de violation du principe d'égalité –, quelle que soit la logique – rhétorique ou normative –, il semble pertinent de soutenir que la discrimination constitue automatiquement une atteinte à la dignité en ce qu'elle bafoue l'essentialisation égalitaire de l'humanité[25]. Ainsi, dans l'analyse des rapports entre ces deux principes, la capacité constituante de l'égalité, peu importe la

22 La traduction dichotomique de ces logiques par les qualificatifs "*rhétorique*" et "*normative*" est contestable en ce que, bien évidemment, la normativité peut résulter de la "*rhétorique normative*", du dialogue des normes et de leur appréciation discursive par les magistrats. Toutefois cette distinction ne possède ici qu'un rôle instrumental second et vise simplement à distinguer "*ce qui peut être dit sur le droit*" (ici, "*logique rhétorique*") et "*ce que l'on peut faire dire au droit*" (ici, "*logique normative*").

23 *Supra* 12.

24 Voir ici Mbala Mbala, F., *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique,* Thèse de doctorat, Université de Lille 2, 2007, [en ligne] disponible sur [https://tel.archives-ouvertes.fr], (consulté le 27 mars 2015), 461p.

25 Comme le souligne Gilles Lebreton, "*d'un point de vue moral, […] l'égalité découle nécessairement de l'idée qu'existe une dignité inhérente à toute personne humaine*", *in* Lebreton, G., *Libertés publiques et droits de l'Homme,* Paris, Sirey, 8ème édition, 2009, p. 158. D'un point de vue juridique, nous renvoyons simplement

combinaison des niveaux de lecture, paraît, *a priori,* hors de cause. Reste que dans le cadre d'une perspective négative, la réciproque paraît réductrice, là encore au détriment de la dignité humaine, dans la mesure où l'atteinte à la dignité ne témoigne pas nécessairement d'un procédé discriminatoire.

La jurisprudence de la Cour suprême, depuis son arrêt *Law v. Canada*, interroge cet espace dialogique situé "*entre*" dignité et égalité. Elle s'est néanmoins avancée sur un terrain glissant en posant – dans le cadre d'une logique normative[26] et d'une perspective négative[27] – la dignité comme principe constituant[28], aux fins de reconnaissance de l'atteinte au principe d'égalité. En d'autres termes, la dignité fut consacrée comme facteur juridique révélateur de la discrimination. Comme mentionné précédemment, nous tenterons de dégager les enseignements qu'offre cette jurisprudence. Pour cela, il convient en préalable de revenir – même brièvement – sur la notion de dignité humaine afin de souligner son lien intime avec le principe d'égalité (I) pour ensuite exposer les modalités du détournement opéré par la Cour suprême du Canada (II) et, *in fine,* s'interroger sur les enseignements théoriques laissés en suspens concernant la capacité constituante du principe de dignité humaine (III).

I. PROLÉGOMÈNES SUR LA DIGNITÉ HUMAINE: DE LA NOTION PHILOSOPHIQUE AU PRINCIPE JURIDIQUE

Etymologiquement, les origines de la dignité sont enracinées dans le terme latin "*decet*" (convenir, être convenable[29]). La notion est donc intimement liée à la convenance et aux appréciations axiologiques. Cependant, la principale caractérisation de cette notion résulte non de sa signification étymologique mais de sa conception philosophique. Des prémices stoïciennes à l'avènement des travaux du maître de Königsberg, la pensée de la dignité possède comme cap directionnel la promotion infaillible d'un univers centré sur l'être

à l'article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948: *"Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits"*.

26 Puisqu'il s'agit ici d'apporter la preuve lors du procès de l'attente à l'égalité.

27 Puisqu'il s'agit de déterminer l'ineffectivité de l'égalité et de reconnaître une discrimination.

28 Puisqu'il s'agit de faire dériver la discrimination (atteinte à l'égalité) d'une atteinte à la dignité humaine.

29 Gaffiot, F., *Dictionnaire Latin-Français*, Paris, Hachette, 2001, p. 204, voir *decet, decere, decuit*.

humain, présenté par Kant comme une fin en soi et en aucun cas comme un moyen au service d'une fin qui lui serait supérieure[30]. Dès lors, si l'on admet une correspondance substantielle entre la notion philosophique et la notion juridique[31] ou plutôt sa positivation juridique, la dignité humaine placerait l'être humain au cœur de l'ordre juridique et le consacrerait comme la mesure de toute chose[32]. Par là même, elle deviendrait le "*point de départ*", le "*principe phare*" et la "*clef de voûte*"[33] des droits de l'homme[34].

Loin de prétendre être en mesure de fournir un éclairage nouveau ou une délimitation précise de la notion de dignité humaine, nous nous contenterons d'expliciter un triple constat dégagé par Christian Brunelle[35] afin d'éviter que la complexité de la prétendue mère valeur ne soit commodément refoulée à ses paradoxes apparents. Premièrement, en dépit de son influence croissante, la dignité humaine ne fait l'objet d'aucune définition et croire en un possible consensus sur la question relève probablement de l'utopie (1). Deuxièmement, malgré cette imprécision manifeste, les juristes recourent à la notion[36] et parviennent à composer avec elle (2). Cependant, cette imprécision de la notion peut, à certains égards, poser de sérieuses difficultés juridiques lorsqu'elle est portée devant les tribunaux (3).

---

30 "*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*", *in* Kant, E., *Métaphysique des mœurs, I, Fondation, Introduction*, Paris, Flammarion, 1994, trad. Alain Renaut, p. 108.

31 Rappelons ici que nous nous désolidarisons de cette conception. *Confer supra* 20.

32 Martin, I., "Reconnaissance, respect et sollicitude: vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine", *Lex Electronica*, Vol. 15, n° 2, 09/2010, [en ligne], disponible sur [http://papyrus.bib.umontreal.ca], (consulté le 25 mars 2015).

33 César Carbonari, P., "Human Dignity as a Basic Concept of Ethics and Human Rights", *in* Contreras Baspineiro, A., César Carbonari, P. et Klein Goldewijk, B., *Dignity and Human Rights. The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights.*, New York, Intersentia, 2002, p. 35.

34 Le concept de dignité humaine "*dépasse en termes de puissance synthétique les droits de l'homme eux-mêmes. Plus encore, il transcende l'ensemble des droits fondamentaux*", *in* Girard, C. et Hennette-Vauchez., S. (dir.), *Op. cit.*, p. 31.

35 Brunelle, C., "La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale", *Op. cit.*, p. 146.

36 Sur ce point, voir absolument Girard, C. et Hennette-Vauchez., S. (dir.), *Op. cit.*

1) De l'absence de consensus sur la définition et la substance du principe de dignité humaine

Pour un juriste, d'autant plus lorsqu'il s'inscrit dans le courant *juspositiviste*, manier le concept de dignité humaine force l'humilité car le droit se trouve ici absolument dénudé et ne possède pas les armes permettant de s'aventurer vers une définition substantielle[37]. Pour cette raison, juridiquement, le principe de dignité *"se définit souvent en fonction de ce qui lui est contraire: tout ce qui nie qu'une personne soit un être humain au même titre que les autres"*[38]. En ce sens, en 1999, à la question *"en quoi consiste la dignité humaine ?"*, la Cour suprême canadienne avance: *"La dignité humaine signifie qu'une personne […] ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. […] la dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne […]. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société […]. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi (rejet de la "dignitas"*[39]*, ndlr), mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée"*[40]. En clair, entendez *"toute distinction, exclusion ou privation injuste dans la jouissance d'un droit est contraire à la dignité humaine"*, ce qui ne fournit que peu d'indications – et aucune révélation – sur la dignité humaine.

Ainsi, alors qu'il est aisément conçu comme matriciel sur le plan rhétorique, le principe de dignité semble délaisser son activisme avec le passage à l'état normatif en raison de son absence de substance juridique initiale pour se muer en un principe *"agrégateur de*

37 *Id.*, p. 147.

38 Conseil d'État, *La révision des lois bioéthiques,* avril 2009, La documentation française, p. 14.

39 La *"dignitas"* correspond à la conception antique faisant dériver la stature, l'honneur et le respect de la fonction occupée par un individu. La dignité est intrinsèquement liée à la fonction et elle se voit temporairement conférée aux dignitaires.

40 *Law v. Canada*, *Op. cit.*, § 53.

droits"[41]. Deux conceptions du principe de dignité, *a priori* opposées l'une à l'autre, transparaissent des éléments liminaires avancés: d'un côté la conception instrumentale et réaliste[42] d'un principe passif et constitué, de l'autre, la conception commune matricielle et idéale[43] qui tend à décrire un principe actif et constituant.

Selon la première de ces conceptions, la principale puissance active du principe de dignité au sein de la sphère juridique réside dans le cumul de ce rôle agrégateur de droits et de sa fonction rhétorique sacralisante. Le principe juridique permet par là même de sécuriser les droits dont la violation emporte une atteinte déclarée à la dignité humaine. Rejaillit alors sur le droit en question l'autorité, non pas juridique mais bien morale ou philosophique, de la dignité humaine, lui conférant imaginairement un soupçon de transcendance. Une fois associé à la dignité, le droit sublimé bénéficiera alors d'une protection accrue. Ce cas de figure rejoint les propos du doyen Favoreu lorsqu'il précise au sujet des droits associés au principe de dignité, qualifiés de "*principes sentinelles*": "*que le législateur y touche revient à déclencher une forme "d'alerte constitutionnelle" qui ne peut cesser qu'à renfort de justifications tirées d'exigences constitutionnelles ou de motifs d'intérêt général avérés*"[44]. Ce régime de protection s'apparente ainsi à une forme d'effet cliquet protecteur puisque que "*même si le législateur peut aménager différemment les garanties […] accordées au principe de sauvegarde de la dignité humaine, il ne pourra remettre en cause substantiellement des principes ainsi évoqués*"[45]. Cette formule laisse en outre suggérer que la sécurisation des droits vise à les préserver de l'action d'un législateur trop peu soucieux de la condition humaine. Dans cette hypothèse, la finalité de cette sécurisation des droits par le recours

41 Asquinazi-Bailleux, D., "Droit à l'emploi et dignité", *in* Pedrot, P. (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 124, tel que cité *in* Brunelle, C., *Op. cit.*, p. 153.

42 En ce qu'elle marque le refus de faire dépendre la substance du principe de considération axiologique et ne recherche pas l'état de transcendance. En cela, cette conception se rapproche des courants réalistes et positivistes.

43 En ce qu'elle traduit davantage un attachement au droit naturel, à l'essence de l'humanité et tend à consacrer la dignité comme un éclaircissement philosophique et transcendantal du droit. En cela, cette conception se rapproche du courant *jusnaturalistes*.

44 Favoreu, L., *Droit des libertés fondamentales,* Paris, Dalloz, 4ème édition, 2007, p. 174

45 *Id.*, p. 175

au principe de dignité correspondrait avec son contexte d'émergence juridique, à savoir la nécessité impérative de s'élever en écho aux lois liberticides et aux régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine[46].

Dans sa conception matricielle, plus commune, le principe de dignité se situe à la croisée des courants *juspositivsite* et *jusnaturaliste* en ce qu'il instrumentalise la stabilité systémique du droit et implante en son cœur une dose d'éthique. S'il ne s'agit que d'une simple goutte venant colorer un océan de rationalisation juridique, au fur et à mesure de sa diffusion, son emprise s'accroît et, au bout du compte, le respect de la dignité humaine – ici, la notion philosophique – devient indispensable au fonctionnement systémique du droit objectif dans la mesure où une large proportion des droits subjectifs s'inscrivent désormais en filiation. Pour Gilles Lebreton, les droits de l'Homme deviennent alors *"des droits subjectifs que la conscience collective ressent comme indispensables au respect dû à la dignité de la personne humaine"*[47]. Face à cette conception communément retenue et au bouleversement paradigmatique opéré au sein du droit objectif[48], l'absence de rejet catégorique de la notion force le questionnement des bienfaits et de l'utilité instrumentale de la dignité humaine.

2) De l'intérêt fonctionnel du principe de dignité humaine

Essentiellement, il est possible d'avancer une triple fonction du principe: fondatrice, interprétative et justificatrice. Concernant la fonction première, à l'instar de la *Grundnorm* de Kelsen, en tant que

---

46 La formulation reprend ici le premier considérant du préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946: *"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"*. En 1994, c'est précisément de cette formule que le Conseil constitutionnel a fait émerger, d'une manière étonnamment lapidaire, le principe de dignité humaine, jusque-là inexistant en droit constitutionnel français. Voir Conseil constitutionnel, Décision 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, cons. 2.

47 Lebreton, G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Sirey, 8ème édition, 2009, p. 27.

48 Charlotte Girard et Marc Loiselle estiment ainsi que *"La dignité provoque un désordre embarrassant pour la pédagogie juridique"* et de bouleversement face à l'hégémonie de *"l'orthodoxie normativiste"*, *in* Girard, C. et Loiselle, M., "Le principe de dignité dans la doctrine constitutionnelle", *in* Girard, C. et Hennette-Vauchez, S. (dir.), *Op. cit.*, p. 44.

"*norme formelle* transcendante"[49], le principe de dignité humaine sert d'assise à la légitimité des droits et libertés. Indépendamment de l'évaluation de son propre bien-fondé, il est fréquemment défini comme la source dont découlent la validité et l'autorité universelle de ces droits[50]. Le principe de dignité oriente en outre l'interprétation des droits et libertés, il est l'esprit absolu, la conscience des droits. Ainsi, il est non seulement utilisé comme autorité morale fondatrice, mais aussi comme force motrice qui confère aux droits subjectifs une dynamique de progrès social[51]. Enfin, il peut servir de justification lorsque le droit ne propose aucune autre alternative, "*telle une puissance surnaturelle qu'on appelle à l'aide par des prières*"[52].

Ces brèves considérations appellent immédiatement trois observations. Premièrement, malgré ses capacités fondatrice, interprétative et justificatrice, la dimension intrinsèquement transcendantale du principe de dignité humaine le prive d'une capacité démonstrative ou explicative. Deuxièmement, seule la fonction interprétative possède véritablement une interface avec la sphère normative en ce qu'elle concourt à l'orientation et à l'application particulière des droits et libertés, alors que parallèlement, les fonctions fondatrice et justificatrice demeurent éminemment et exclusivement rhétoriques. Troisièmement, c'est précisément parce qu'il y a ce quelque chose d'incontestable dans la notion de dignité humaine qu'il convient de questionner les finalités des invocations du principe de dignité qui traduisent souvent le cumul de l'impuissance juridique

49 Martin, I., *Op. cit.*, p. 5.

50 *Ibidem.*

51 Ainsi, à la question de l'honorable Beverley McLachlin "*should the law preserve the social status quo, or should it seek to change?*", non seulement le principe de dignité impose une réponse positive, mais en outre, il fournit les clefs du changement en avançant l'idéologie humaniste libérale. McLachlin, B., *Op. cit.*, p. 20.

52 Martin, I., *Op. cit.*, p. 3, reprenant la définition littérale du terme "*invoquer*". Dans le même sens, pour Philippe Pedrot, "*le mot "dignité" est à l'évidence révélateur d'un manque. Il est le signe d'une impossibilité de s'en remettre désormais à un garant reconnu par tous: la nature, la raison, Dieu, l'histoire; il est l'indice d'une situation dans laquelle toutes les représentations de la transcendance sont brouillées*" *in* Pedrot, P., "La dignité de la personne: principe consensuel ou valeur incantatoire ?", *in* Pedrot, P. (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélange Christian Bolze,* Paris, Economica, 1999, p. XV-XVI. Pour une illustration, lire les conclusions du Commissaire du Gouvernement Frydman sous Conseil d'État, Ass. 27 octobre 1995, n° 136727 *in Revue française de droit administratif,* 1995, p. 1204.

et de la volonté impérative de réprobation morale[53]. Dans un sens similaire, Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez soulignent que *"le mouvement doctrinal et juridictionnel de recherche d'un fondement ultime traduit à la fois la frustration devant les limites qu'impose la science du droit telle qu'elle est théorisée par les auteurs positivistes, mais également une volonté de puissance des différents acteurs juridiques. Or, l'on observe que la dignité est de plus en plus désignée en qualité de fondement des droits de l'homme"*[54].

Au-delà de l'absence substantielle de définition juridique et des raisons instrumentales susceptibles d'expliquer le recours des juristes à la notion et ce, en dépit de ses carences, il nous reste désormais à aborder le troisième point du constat, à savoir l'émergence de complications juridiques liées à l'usage de la dignité humaine dans une perspective normative.

3) Des difficultés liées à l'usage normatif du principe de dignité humaine

Manifestement une des principales difficultés est relative à la mise en corrélation de la justiciabilité avec la nature objective ou universelle du principe. Si, conformément à cette conception[55], une atteinte à la dignité humaine directement liée à un individu entraîne la violation de la dignité de l'humanité[56], alors se pose la question de l'invocabilité du principe devant les juridictions. L'intérêt à agir peut-il être constitué par la seule qualité humaine ? Comment démontrer une telle atteinte ? Répondre positivement à la première de ces questions reviendrait à consacrer une *actio popularis* et reconnaître l'existence d'un préjudice moral pour atteinte à la dignité d'autrui. Bien que défendable[57], l'hypothèse semble aujourd'hui dénuée de

53 Voir entre autre pour le cadre français Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1995, n° 136727 ou, plus récemment, Ministère de l'Intérieur, circulaire INTK1400238C, 6 janvier 2014 et Tribunal administratif de Nice, Ordonnance du 26 mars 2015, n° 1501179 (décision non définitive).

54 Girard, C. et Hennette-Vauchez, S. (dir.), *Op. cit.*, pp.30-31.

55 *Id.*, pp.26-28.

56 Isabelle Martin évoque *"la répercussion sur tous de l'atteinte à la dignité subie par un"*, *in* Martin, I., *Op. cit.*, p. 137.

57 En ce sens voir Gandreau, S., "Des Droits de l'Homme aux droits de l'humanité", dans Ferrand, J. er Petit, H. (dir.), *Fondations et Naissances des Droits de l'Homme: L'Odyssée des Droits de l'Homme*, Tome 1 des Actes du Colloque international de Grenoble (octobre 2001), Paris, L'Harmattan, 2003: *"la spécificité du droit au respect de la dignité réside dans son "invocabilité" par toute personne qui se sent*

réalité[58]. La seconde question quant à elle - Comment démontrer une telle atteinte ? – fera l'objet du développement relatif à l'arrêt de la Cour suprême *Law v. Canada*. Après quelques errements consacrant l'usage normatif de la dignité humaine, celle-ci a finalement reconnu en 2008 dans son arrêt *R. v. Kapp* que "*la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer […], mais encore s'est révélée un fardeau additionnel […] au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer*"[59]. Ces mots traduisent la difficulté liée à l'immixtion de la dignité humaine dans le cadre du procès[60]. Alors que cet "*éclaircissement philosophique*" espéré peut être littéralement "*invoqué*"[61] par les magistrats dans le cadre de sa fonction justificatrice ou par la doctrine dans le cadre de sa fonction fondatrice, contrairement à ces derniers, le requérant n'a pas le luxe – même rarissime - de la transcendance et doit se confronter à la charge de la démonstration juridique rationnelle. Comme nous le verrons, recouvrir le principe de dignité humaine d'une fine étole juridique en vue de faciliter la démonstration de l'atteinte qui lui est portée, notamment par l'identification de faisceaux d'indices[62], ne permet pas de compenser les carences naturalistes de la notion.

---

atteinte, en tant qu'être humain, par une pratique ou un discours qui ne la met pourtant pas en cause personnellement. Le bénéficiaire du droit au respect de la dignité de la personne humaine n'est alors plus un individu en particulier, mais toute personne appartenant à un groupe stigmatisé, même si elle-même n'est pas directement visée. Chacun devient alors le garant du respect de la dignité de la communauté, qu'il s'agisse de l'ensemble de la communauté humaine ou d'un sous-groupe", tel que cité *in* Brunelle, C., *Op. cit.*, p. 170.

58 Toujours dans le cadre canadien: *"il n'est jamais entré dans l'intention du législateur d'ouvrir les prétoires à toute personne justifiant d'un préjudice moral dès lors que, à la suite d'une faute, il aurait été porté atteinte à la dignité d'autrui. Sauf à consacrer une actio popularis peu conforme à notre tradition juridique, ceux qui assistent à l'indignité d'autrui ne peuvent en demander réparation"*, *in* Dreyer, E., "Les mutations du concept juridique de dignité", (2005) 1 R.R.J. 19, 22, tel que cité in *Ibidem*.

59 *R. v. Kapp*, *Op. cit.*

60 Là se trouve un des facteurs du constat maintes fois illustré par Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez sur l'usage parcimonieux du principe de dignité humaine par les juridictions en comparaison de sa prolifération doctrinale. Voir Girard, C. et Hennette-Vauchez, S. (dir.), *Op. cit.*

61 *Supra* 52

62 Voir sur ce point la méthodologie développée par Justice Iaccobucci dans *Law v. Canada,* explicitée de manière très synthétique dans le développement du II de cet article.

Certes, force est de constater que, depuis son émergence dans la sphère juridique, le principe de dignité humaine a parfois servi le progrès social. En cela, avec Louis Favoreu, il peut sembler légitime de se réjouir de sa percée[63]. Toutefois, son essence transcendantale en fait un instrument de privilège et seuls certains acteurs du droit peuvent manier ce principe sans contraintes véritables. Parmi eux se trouvent bien évidemment la doctrine[64] et, dans une moindre mesure, les pouvoirs publics et les magistrats[65]. La majorité des sujets de droits se voit quant à elle doublement limitée par l'invocabilité du principe – dans le cadre de la conception objective ou universelle – ou par la preuve matérielle de l'atteinte à la dignité humaine qui dépendra considérablement de l'appréciation souveraine – ou de la bonne volonté, voire de la bonne foi - de ceux qui la délimitent, notamment par le processus de sécurisation des droits subjectifs – si l'on se réfère à la conception instrumentale du principe de dignité. Là encore, ce constat témoigne autant de l'aisance et de la puissance du concept dans la sphère rhétorique que de son inadaptabilité – en l'état - à la sphère normative[66]. Nous souhaiterions désormais aborder l'expérience juridictionnelle canadienne qui se trouve être particulièrement révélatrice de cette inadaptabilité normative, notamment lorsque se trouve envisagée la capacité constituante du principe de dignité humaine dans le cadre du contentieux antidiscriminatoire.

II) DE L'ÉGALITÉ À LA DIGNITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME CANADIENNE

Il convient dans le cas présent d'opter pour une approche chronologique exposant préalablement le cadre initial de l'interprétation du principe d'égalité (1) afin de saisir pleinement la jurisprudence canadienne liant égalité et dignité au creux du

63 Favoreu, L., *Op. cit.,* p. 174.

64 Nous soulignons ici la fonction instrumentale de l'usage du singulier et renvoyons pour une argumentation éclairante sur la justification de cet usage à Girard, C. et Hennette-Vauchez, S., *Op. cit.,* p. 17, note 1.

65 Ce sont "*des événements ou des bouleversements d'importance et de nature très différentes, comme des jurisprudences, [qui] expliquent la montée en puissance contemporaine du principe de la dignité humaine. Ils ont valorisé, à juste titre, la notion de dignité humaine*". Voir Oberdorff. H., *Op. cit.,* p. 388.

66 Voir Brunelle, C., *Op. cit.,* p. 173*: "A compter du moment où la dignité se mue en "droit" et délaisse l'univers du droit naturel pour intégrer pleinement celui du droit positif, elle risque de perdre son statut de "principe fondateur" ou "matriciel" pour être plutôt mise en concurrence avec d'autres droits*".

contentieux discriminatoire (2). Par la suite, une lecture critique de cette jurisprudence particulière (3) permettra d'extrapoler vers des considérations théoriques à portée plus générale.

1) Bref historique de l'interprétation du principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême

Au Canada, la garantie constitutionnelle de l'égalité procède de l'article 15 (1) de la Charte des droits et libertés de 1982 qui dispose: *"La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques"*. Dans la première décision relative à cette disposition, les juges de la Cour suprême ont dégagé une analyse en trois temps en vue de déterminer l'existence d'une discrimination. La loi crée-t-elle une distinction ? Si oui, cette distinction est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue[67] ? Auquel cas, a-t-elle pour effet[68] d'imposer à un individu ou à un groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société ? Dans l'hypothèse d'une triple réponse positive, la Cour concluait à l'existence d'une discrimination prohibée par l'article 15 (1).

Néanmoins, une telle définition englobait entre autre l'ensemble des programmes sociaux[69]. Le gouvernement était alors contraint de justifier la différence de traitement en recourant à l'article 1 de la

67 En 2015, la jurisprudence de la Cour suprême avait dégagé quatre motifs analogues: la citoyenneté (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143), orientation sexuelle (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513), état matrimonial (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418), statut autochtone (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1999] 2 R.C.S. 203).

68 Dès 1989, le *focus* fut en effet posé non sur l'intention ou la forme discriminatoire de la mesure mais bien sur son effet: *"une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre" in Andrews v. Law Society of British Columbia, Op. cit.*

69 Telle était le cas de la trilogie de 1995, une série de trois arrêts où ont émergé les divergences de point de vue au sein de la Cour suprême. Voir *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

Charte disposant quant à lui que les droits et libertés "*ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique*". Bien que non sanctionnées, des mesures parfaitement justifiables n'en étaient pas moins justiciables et les allégations de discrimination portées à leur encontre étaient bien souvent recevables. La conséquence inévitable fut un engorgement – inutile – des tribunaux qu'il convenait d'endiguer[70]. Alors que les divergences d'opinion des juges quant au critère permettant la clarification nécessaire avaient divisé la haute juridiction entre 1990 et 1999[71], l'arrêt de principe – du moins jusqu'en 2008 – *Law c. Canada,* a restitué une pensée unanime au sein de la Cour d'Ottawa en instaurant comme critère supplémentaire l'exigence d'une atteinte à la dignité humaine.

---

70 C'est initialement la considération particulière de la "*vulnérabilité*" biologique, historique et sociologique des femmes qui fut sujette à contestation. Des allégations discriminatoires furent ainsi portées à l'égard d'une disposition du code criminel réprimant les relations sexuelles pédophiles uniquement lorsqu'elles étaient commises sur des jeunes filles (*R. c. Hess; R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906). Dans le même sens, la Cour eu également à connaître d'une contestation de la seule application aux femmes de la prohibition de la surveillance et des fouilles corporelles par un agent pénitentiaire du sexe opposé (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872). Ces allégations furent rejetées, la majorité des juges estimant qu'elles ne constituaient pas un désavantage au sens de l'article 15 (1) et que, subsidiairement, même à admettre la violation dudit article, les mesures seraient sauvegardées par l'article 1 de la Charte. Dans la "*trilogie de 1995*" (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513), la largesse de la définition de la discrimination s'était avérée propice à la contestation des programmes sociaux.

71 En 1995, les multiples interprétations juridictionnelles avancées ont eu pour effets d'accentuer au sein de la Cour suprême une scission déjà perceptible en 1990 et 1993. Désireux de spécifier les critères de l'arrêt *Andrews* par l'ajout d'un élément additionnel, dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, quatre juges (La Forest, Lamer, Ghontier et Major) estimaient que pour constituer une discrimination, la distinction devait de surcroît prendre en compte des caractéristiques personnelles propres à un groupe d'une manière dénuée de "*pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi*". Quatre autres juges de la Cour (Cory, Iaccobucci, McLachlin et Sopinka) estimaient que le critère supplémentaire devait être celui d'un traitement inégal fondé "*sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe*". La juge L'Heureux-Dubé quant à elle développait un argumentaire propre.

2) *Law v. Canada* ou l'atteinte à la dignité humaine comme facteur juridique révélateur de la discrimination

Pour consacrer l'exigence d'une atteinte à la dignité humaine comme critère révélateur de la discrimination, la Cour revient sur l'objet de la garantie constitutionnelle d'égalité – article 15 (1). Dans l'arrêt fondateur *Andrews v. Law Society of British Columbia*, le juge McIntyre estimait que l'objet de l'article 15 (1) – garantie de l'égalité – était de favoriser *"l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération"*[72]. La Cour reformule alors les propos du juge McIntyre: *"en termes généraux l'objet*[73] *[de l'article 15 (1)] est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux"*[74]. Dès lors, pour que soit fondée une allégation de discrimination, il doit exister un conflit entre l'objet ou l'effet de la mesure contestée et la dignité humaine !

En d'autres termes, ce paralogisme[75] érige l'atteinte à la dignité humaine en un point de basculement entre la *"discrimination formelle"* et la *"discrimination réelle"*[76]. Selon cette configuration: la *"discrimination formelle"* est entendue comme une différence de traitement, fondée sur un motif énuméré - à l'article 15 - ou analogue[77], impliquant un fardeau supplémentaire, une exclusion ou un déni d'avantage; et la *"discrimination réelle"*, seule discrimination prohibée par la Charte, correspond à une *"discrimination formelle"* portant atteinte à la dignité humaine[78].

---

72 *Andrews v. Law Society of British Columbia, Op. cit.*

73 Sur les tentatives successives de détermination juridictionnelle de l'objet de l'article 15 (1), voir *Law v. Canada, Op. cit.,* § 47 à 51.

74 *Law. Canada, Op. cit.*.

75 Voir III. *"Sur la capacité constituante du principe de dignité humaine dans le cadre d'une logique normative"*.

76 Selon la terminologie dégagée par la Cour suprême elle-même. Voir *Law c. Canada, Op. cit.*, § 30, 38, 39 et 82 (2). La notion de *"discrimination formelle"* est toutefois absente dans la jurisprudence de la Cour est correspond simplement à la clarté du propos.

77 *Supra* 67.

78 Voir en ce sens, Proulx, D., "Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles", *Revue du Barreau*, numéro spécial, 2003, p. 505.

Selon Daniel Proulx, qui fournit l'un des commentaires les plus éclairants sur cette jurisprudence, l'invocation de la dignité humaine est un moyen pour la Cour suprême "*i) de composer avec la rigidité inhérente [au] régime constitutionnel; ii) d'aménager à la faveur des gouvernements une marge de manœuvre apte à mieux servir l'intérêt public et; iii) de contenir les contestations futiles qu'une énumération non limitative de caractéristiques personnelles pourrait potentiellement susciter*".

Indépendamment de sa justification fonctionnelle, une telle décision fait intégralement dépendre la reconnaissance d'une mesure "*réellement*" discriminatoire de la preuve apporté par le requérant d'une atteinte à la dignité humaine. Se pose immédiatement la question de la méthode de preuve d'une notion aussi abstraite et fortement attachée à l'idée de transcendance. Alors que la doctrine butte depuis des décennies sur une telle définition et que les magistrats n'y recourent qu'avec parcimonie, n'osant bousculer des forces qu'ils ne maîtrisent pas, la Cour suprême charge le requérant d'en faire la démonstration lors du procès. La démarche peut sembler brutale mais pour atténuer le choc – ne serait-ce qu'en apparence –, le juge Iaccobucci trace les lignes directrices de la méthodologie de la preuve en situant la problématique au cœur d'une approche non pas essentielle ou substantielle mais contextuelle[79]. Le sentier menant à la reconnaissance de l'atteinte à la dignité s'échelonne alors sur deux niveaux dont seul le premier doit – formellement – être franchi par le requérant. Ce dernier doit en premier lieu, pour impulser le relai juridictionnel, démontrer que la loi est fondée sur un stéréotype ou qu'elle perpétue un préjugé[80]. Une fois cette condition préalable avérée, les juges apprécieront la violation de la dignité humaine du point de vue du "*demandeur raisonnable*"[81]. Pour ce faire, c'est l'analyse contextuelle de la mesure qui permettra de dégager ses répercussions sur la dignité humaine et, par voie de

79 *"Il est d'une importance capitale de toujours tenir compte de l'ensemble des contextes social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée"*, *in Law v. Canada, Op. cit.*, § 30.

80 En l'espèce, le pourvoi de la requérante fut précisément rejeté car elle n'avait pu satisfaire à cette condition en apportant la preuve que l'exclusion des veuves de moins de quarante-cinq ans d'un système de pension était fondée sur un stéréotype ou la perpétuation d'un préjugé.

81 Impliquant une double exigence: la prise en compte de la perception de la mesure du point de vue de la victime alléguée (en tant que femme, enfant, personne handicapée, immigré, etc.) sans pour autant basculer dans une sacralisation du sentiment victimaire.

conséquence, de reconnaître ou non l'atteinte à l'égalité. De manière non-exhaustive, le juge Iaccobucci énonce quatre "*facteurs contextuels pertinents*"[82] à l'identification d'une atteinte à la dignité: la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause[83] (1°); la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre d'une part le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et d'autre part, les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes (2°); l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisé dans la société (3°); la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée (4°). Avec Daniel Proulx, il est possible de considérer que lorsqu'ils sont avérés, les premier et quatrième facteurs auront un rôle "*aggravant*", suggérant ainsi une atteinte à la dignité, alors que les deuxième et troisième facteurs possèderont davantage un rôle "*disculpant*" [84].

3) Critique d'un usage juridictionnel complaisant

Si ces obstacles induits par la preuve de l'atteinte à la dignité humaine sont nombreux et lourds à supporter[85], les requérants les plus vaillants pourraient néanmoins être rassurés par les propos de

82 Notons ici pour le parallèle que dans sa jurisprudence de 1994, le Conseil constitutionnel français identifiait la dignité humaine à travers quatre principes constitutifs: 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; l'intégrité de l'espèce humaine. Voir Conseil constitutionnel, Décision 94-343/344, 27 juillet 1994, cons. 18. Le doyen Favoreu évoquait à cet égard des "*principes sentinelles*", voir Favoreu, L., *Op. cit.*, p. 174.

83 La démonstration de ce facteur sera facilitée par l'appartenance à une "*minorités distincte et isolée*". Voir *Law v. Canada, Op. cit.*, § 9 (A), 10, 16, 68 et 95.

84 Proulx, D., "Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles", *Op. cit.*, pp.510-511.

85 Tout d'abord, parce que ce n'est désormais plus au gouvernement de faire la preuve que la mesure discriminatoire doit être sauvegardée par l'article 1 de la Charte mais c'est au demandeur d'avancer les éléments qui amèneront les juges à penser que la mesure ne peut être sauvegardée. Ensuite, parce que le requérant devra, dans l'hypothèse du premier facteur, démontrer le préjugé ou le stéréotype en question ainsi que le lien avec la mesure, ce qui, indirectement, amène sur le terrain de l'intentionnalité du législateur. Encore, parce que dans l'hypothèse du second facteur, devra être démontrée l'inadaptation de la loi pour absence de prise en compte de besoins légitimes ou, dans le cas du troisième facteur, pour exclusion d'un programme améliorateur malgré une correspondance des besoins et de l'objectif de la mesure. Enfin, parce que le quatrième facteur quant à lui tend à induire une hiérarchisation des droits dans la mesure où la probabilité d'atteinte à la dignité

la juge en chef qui déclarait en 2001: *"We recognize stereotypical discrimination that demeans and limits opportunity and achievement when we see it, and we usually know what to do about it"*[86] avant d'admettre, tout en nuance: *"on the periphery, however, questions persist"*[87]. Considérant cette déclaration, il est possible de se demander si l'abstraction du principe de dignité humaine, masquée derrière une méthodologie technique de preuve, ne servirait pas *in fine* de fondement commode à une marge de manœuvre juridictionnelle, à un arbitraire légitime. Une réponse positive semble émerger des propos de la juge en chef lorsque celle-ci précise: *"we must also recognize that [substantive equality] introduces a new difficulty that formal equality did not possess – the need to decide when a distinction is inappropriate or unjust. Here we find ourselves back in the uncertain sea of value judgements […]. Whatever words are used, drawing the line between appropriate and inappropriate, just and unjust, distinctions, inevitably involves the courts in weighing and balancing conflicting values […]. But again, it brings its own difficulty – how are courts to ascertain the social effects of a law? Unlike Parliament, courts cannot conduct social research, test existing research or hire experts to advise and consult. Nor, as bodies activated by principle, can they use arbitrary compromise to resolve intractable issues that divide social groups. […] We can only do what we can within the limits of our constitutional role and our institutional resources"*[88].

---

humaine augmente parallèlement à l'importance – nécessairement subjective - du droit mis en cause.

86 McLachlin, *Op. cit.*, p. 24. Trad. fr. par nos soins: *"Nous reconnaissons les discriminations qui sont fondées sur des stéréotypes et qui restreignent ou limitent les opportunités et réussites lorsqu'elles se présentent à nous, et nous savons habituellement comment les traiter"*.

87 *Ibidem.* Trad. fr. par nos soins: *"en périphérie, cependant, des questions persistent"*.

88 *Ibidem.* Trad. fr. par nos soins: *"Nous devons également reconnaître que [l'égalité substantielle] introduit une nouvelle difficulté que l'égalité formelle n'implique pas – la nécessité de déterminer lorsqu'une distinction est inopportune ou injuste. Ici, nous nous trouvons à nouveau sur la pente glissante des jugements de valeur […]. Quels que soient les mots employés, délimiter les distinctions qui relèvent de l'opportun et de l'inopportun, du juste et de l'injuste, entraîne inévitablement les tribunaux à peser et mesurer des valeurs contradictoires […]. Mais de nouveau, des difficultés surgissent - comment les tribunaux doivent-ils procéder pour déterminer les effets sociaux d'une loi ? Contrairement au Parlement, les tribunaux ne peuvent pas conduire de recherche scientifique, des enquêtes statistiques ou embaucher des experts aux fins de conseils et de consultations. Contrairement aux organismes statuant par principe, ils ne peuvent pas non plus recourir à un compromis arbitraire*

Le recours à la dignité humaine sert alors de paravent juridique à un arbitraire juridictionnel. Ce paravent semble être l'utilité première de l'invocation de la dignité humaine par les tribunaux. Il compense en transcendance la faiblesse juridique d'une interprétation estimée – ou *a minima* présentée comme – "*humaniste*", nécessaire et juste par les magistrats. Néanmoins, la manœuvre comporte sa dimension pernicieuse en ce qu'elle transforme le subjectivisme interprétatif du juge en création normative. Pour ce faire, les magistrats maquillent une "*interprétation-volonté*" d'un droit ou d'un principe (ici l'égalité) derrière une "*interprétation-connaissance*" frauduleuse de la notion de dignité humaine.

Après avoir essuyé de nombreuses et virulentes critiques durant près de dix ans, concernant tant l'usage normatif du principe de dignité humaine[89] que la logique rhétorique engendrée par son utilisation[90],

en vue de résoudre des problématiques particulièrement complexes qui divisent des groupes sociaux. Nous pouvons simplement faire ce que nos prérogatives nous permettent de faire, dans les limites de notre rôle constitutionnel et de nos moyens institutionnels."

89 À titre illustratif, voir Hogg, P. W., "What is Equality? The Winding Course of Judicial Interpretation", *Supreme Court Law Review*, 2d, 2005, pp.56-58: "*The element of human dignity that is now apparently firmly embedded in the jurisprudence is vague, confusing and burdensome to equality claimants. Human dignity is vague. In the cases following Law, the Court has often disagreed with lower courts and disagreed among itself on the question whether the challenged law impairs the human dignity of the claimant […] the disagreements show that the test has "very little substance". Considering that the validity of legislation turns on the application of the test, this is a very serious criticism. Human dignity is confusing. As an element of section 15, it is a reversion to the idea that was rejected in Andrews, namely, that section 15 should be restricted to unreasonable or unfair distinctions. […] Human dignity is burdensome to claimants. Any increase in the elements of section 15 has the undesirable effect of increasing the burden on the claimant. The claimant must establish all elements of section 15. This means that a failure to establish an impairment of human dignity is fatal to the claimant's case, which never advances to section 1. […] the burden is removed from government if the claimant fails to persuade the Court of an impairment of human dignity*".

90 Toujours à titre illustratif, voir *Id.*, p. 61: "*At a rhetorical level, there is something insulting about telling the unsuccessful equality claimant in a case like Law or Gosselin or Walsh that her human dignity has not been impaired. This is a person who has been disadvantaged by a legislative distinction […] and who is so upset by her treatment that she has gone to court to challenge the law. […] the judicial rhetoric about human dignity makes it look as though they were silly or even neurotic to bother the courts with their problem. Would it not be more compassionate to explain that a disadvantage imposed on the basis of a listed or analogous ground is indeed discrimination […] but this particular law must be upheld because government was able to prove that the law pursued an important*

la Cour est finalement revenue sur sa jurisprudence en 2008[91]. Dans son arrêt *R. v. Kapp,* elle estime en effet qu'il ne s'agit plus de centrer l'analyse sur l'objet de l'article 15 (1) – identifié dans *Law c. Canada* comme étant la dignité humaine – mais plutôt sur son *"principal enjeu"*[92], son *"objectif primordial"*[93], à savoir: *"la lutte contre la discrimination"* afin *"d'empêcher les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes"*[94]. Ainsi, depuis 2008, la preuve de l'atteinte à la dignité a été évacuée de la sphère juridictionnelle pour consacrer une démonstration de la discrimination en deux volets[95] et quatre critères: La loi crée-t-elle une distinction (1) fondée sur un motif énuméré ou analogue (2) ? Dans l'affirmative, entraîne-t-elle un désavantage (3) par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes (4) ?

III. Considérations théoriques sur la capacité constituante du principe de dignité humaine

Si nous convenons absolument du lien existant entre égalité et dignité humaine, la jurisprudence de la Cour suprême nous enseigne qu'il importe de ne pas perdre de vue la nature de ce lien lorsque le traitement est normatif. Aussi, il incombe désormais de s'attacher à quelques considérations d'ordre théorique. Ces considérations seront déclinées selon la dynamique d'influences – constituante ou constituée – mettant en mouvement le principe de dignité humaine en fonction de la logique envisagée, rhétorique (1) ou normative (2). Ces éléments nous amèneront finalement à envisager un niveau

---

purpose, and did so by proportionate means? If we must talk about dignity, […] that is a much more dignified way to lose than to be told that the law from which you suffered never impaired your human dignity".

91 Soulignons ici que la doctrine n'est pas toujours catégorique sur la radicalité du changement opéré par la Cour suprême en 2008 (*R. v. Kapp*). Pour une illustration, voir Proulx, D., "L'arrêt Kapp: l'interprétation du par. 15 (1) de la Charte (enfin) recentré sur son objet égalitaire de non-discrimination", Association du Barreau canadien, 19 juin 2009, [en ligne], disponible sur [www.cba.org], (consulté le 30 mars 2015).

92 *R. v. Kapp, Op. cit.,* § 24

93 *Id.,* § 25.

94 *Ibidem.*

95 *Id.,* § 17.

de lecture supplémentaire jusque-là non considéré et qui semble pourtant déterminant lors de l'analyse des relations entre le principe de dignité humaine et les autres principes, droits ou libertés: la distinction entre "*finalité constitutive*" et "*finalité directive*" (3).

1) Approche rhétorique du principe de dignité humaine

a. Sur la dimension constituée

Bien que l'approche rhétorique ne soit pas selon nous le point crucial, soulignons simplement que, si le discours matriciel (c'est-à-dire constituant, actif) entourant le principe de dignité semble s'ancrer dans la communauté des juristes, parallèlement, il semblerait au moins aussi raisonnable de percevoir le principe de dignité sous l'angle du principe constitué. Ainsi, d'aucuns pourront soutenir que le principe de dignité humaine se trouve constitué par les droits et libertés. Le postulat premier de cette conception instrumentale (rôle "*agrégateur de droits*") et passive du principe de dignité humaine se formulerait alors de la manière suivante: "*pas de principe de dignité sans droits et libertés*". Le second postulat de cette conception instrumentale réside dans l'émancipation du principe juridique de dignité humaine vis-à-vis de la notion philosophique[96]. Quoi qu'il en soit, il ne s'agirait là que d'un *focus* sur l'instant constitutif du principe de dignité puisqu'inévitablement, cette logique constituée ne priverait pas pour autant de sa pertinence une logique constituante.

b. Sur la capacité constituante

Cette logique constituante peut alors être conçue de manière absolue ou relative. Alors que dans le premier cas, elle sera nécessairement conçue comme opposée à la logique constituée, dans le second, elle sera concomitante et complémentaire. La conception absolue est celle généralement retenue par les auteurs d'influence *jusnaturaliste* qui lient la dimension matricielle à la fonction fondatrice alors que la conception relative attacherait exclusivement la dimension matricielle à la fonction interprétative. Dans cette dernière hypothèse, la dynamique matricielle constituante serait applicable dans un second temps, lorsque le principe de dignité humaine serait déjà – même partiellement – constitué par la sécurisation de plusieurs interprétations considérées comme "*humanistes*" des

96 *Supra* 20.

droits et libertés. Une fois franchie cette étape préalable, le principe pourrait alors être considéré comme suffisamment viable pour, en quelque sorte, devenir autonome.

À cet instant, avec Isabelle Martin, il serait par exemple possible de décliner le principe de dignité humaine selon les trois "*exigences*"[97] suivantes: reconnaissance, respect, sollicitude. Appliqués à l'interprétation du principe d'égalité: l'impératif de reconnaissance serait satisfait par la prise en compte de l'altérité; l'impératif de respect serait quant à lui traduit par la garantie de l'égalité dans l'altérité; et, enfin, la sollicitude serait assurée par la considération des facteurs historico-sociologiques. Selon cette configuration, le principe de dignité humaine permettrait d'opérer une mutation de l'égalité de sa dimension formelle vers une dimension substantielle ou réelle – par la reconnaissance et le respect de l'altérité -, voire vers une dimension correctrice ou proactive – par la pensée contextuelle de la problématique discriminatoire et la considération des discriminations historiques, institutionnelles et, par voie de conséquence, systémiques. Indubitablement, le discours qui confèrerait une capacité constituante au principe de dignité humaine en ce qu'il viendrait perfectionner le principe d'égalité par une interprétation active ne semble pas dépourvu de toute signification rationnelle.

2) Approche normative du principe de dignité humaine

a. Sur la dimension constituée

Pour Bertrand Matthieu, "*le principe de dignité ne serait qu'un principe directeur, dont la substance ne peut être appréhendée que par une démarche casuistique (résultant d'une identification négative, d'une délimitation externe, ndlr). L'on peut considérer qu'il y a un paradoxe à considérer à la fois que le principe de dignité est un principe cardinal (qui plus est matriciel, ndlr) [alors] qu'il n'a pas de signification préétablie*"[98]. En effet, la substance du principe, non seulement ne peut être appréhendée que par une démarche casuistique, mais plus encore, si l'on se réfère à la conception instrumentale, elle en dépend intégralement dans la mesure où

97 Martin, I., "Reconnaissance, respect et sollicitude: vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine", *Op. cit.*

98 Matthieu, B., *La Bioéthique,* Dalloz, 2009, p. 36.

c'est précisément et exclusivement cette démarche casuistique qui engendre la sécurisation du droit mis en cause (rôle "*d'effet cliquet*") et par là même l'alimentation matérielle du principe de dignité humaine (rôle "*agrégateur de droit*")[99]. La substance du principe se trouve donc définie *a posteriori* par sa constitution progressive et fragmentée. Formulé autrement par Louis Favoreu: "*des dispositions ou principes (juridiques, ndlr) convergent [et] contribuent à assurer cette sauvegarde [de la dignité humaine]*"[100].

Ces deux déclarations attestent d'une reconnaissance de l'absence de substance juridique du principe qui se voit compensé par sa dimension fédératrice des droits et libertés. Dès lors, nous admettrons que la prétention constituante du principe de dignité repose en partie sur une instrumentalisation de son rôle fédérateur. En effet, si l'on considère tant l'absence de substance juridique initiale du principe de dignité, que ses liens – mêmes rhétoriques – avec les droits et libertés, sa prétention matricielle, et que parallèlement, l'on reconnaît que les droits et libertés "*convergent*" vers le principe de dignité et lui confèrent sa substance, la mutation terminologique entre principe "*agrégateur de droit*" et principe "*matriciel*" semble de prime abord inopportune. Le paradoxe soulevé par Bertrand Matthieu doit ainsi être précisé. Le paradoxe ne réside pas tant dans la prétention constituante d'un principe pourtant dépourvu de substance juridique initiale, mais plutôt dans l'usage qui est fait de ce principe, usage qui tend à nier la dimension constituée du principe de dignité humaine en retenant une conception matricielle absolue.

En effet, la rhétorique constituante du principe de dignité humaine, parce qu'elle est généralement conçue comme absolue au détriment du rôle agrégateur de droits et de la dimension constituée, tend, jusqu'à présent, à éclipser globalement les réflexions autour d'une dépendance fonctionnelle, intrinsèque et première, du principe de dignité humaine. À suivre cette logique, *in fine*, l'on se trouve contraint à se réfugier dans la conception métaphysique de la dignité humaine qui aurait pénétré la sphère juridique pour se retrouver, substantiellement inchangée, sous forme de principe normatif d'essence métajuridique. Nous ne pouvons être le relai d'une telle conception et préférerons l'option proposée par la conception

99 Toujours dans l'hypothèse d'une émancipation (nécessaire) du principe juridique/normatif et de la notion philosophique et métajuridique de dignité humaine.
100 Favoreu, L., *Op. cit.*, p. 174.

instrumentale avançant l'hypothèse d'une dynamique matricielle relative où celle-ci serait précisément rendue possible par la réalité normative constituée du principe. Contrairement à la conception absolue, pourrait ici être considérée la *"dynamique d'alimentation constitutive"*, entendue aux fins de cet article comme le processus par lequel un principe, un droit ou une liberté substantiellement défini se mue en un vecteur consubstantiel de définition, nécessairement partielle, d'un second principe, droit ou liberté (ici, le principe de dignité humaine[101]). Soulignons que la recherche du fondement légitime de la dignité humaine, sensée confirmer ou infirmer la préséance naturelle du principe au sein de l'ordre juridique, lorsqu'elle élude le rôle fondateur des droits et libertés, fait elle-même, volontairement ou non, le jeu de l'omission complaisante et de la conception matricielle absolue. Pour ces raisons, tout en admettant une conception matricielle seconde et fondée sur la fonction interprétative, nous soutenons que la viabilité du principe dans la sphère normative dépend d'une conception instrumentale.

b. Sur la capacité constituante

C'est essentiellement ici qu'interviennent les apports de l'arrêt *Law*. Considérant la jurisprudence de la Cour suprême, il apparaît que la consécration de la dignité humaine[102] en tant que notion constituante du principe d'égalité, dans une logique normative et utilisée en dehors de sa fonction interprétative, procède: d'une part, de la confusion des logiques rhétorique et normative (i.); d'autre part, d'une confusion entre la relation principe-objet et la dynamique d'alimentation constitutive[103] (ii.); et, enfin, cette consécration fait

101 Le principe de dignité humaine ne caractériserait donc pas un droit subjectif particulier, concurrent à d'autres droits et libertés, mais il caractériserait plutôt un degré d'interprétation humaniste de ces droits et libertés.

102 La Cour évoque la dignité humaine et non le principe de dignité humaine. Toutefois, cela ne fait que traduire l'absence d'émancipation du principe juridique vis-à-vis de la notion philosophique qui est alors utilisée sans artifice, en tant que norme juridique. Cette interprétation se trouve avérée par le simple fait que la Cour évoque la violation de la dignité humaine dans le cadre normatif. Il s'agit bien de concevoir l'atteinte portée à un droit, à une norme juridique.

103 Rappelons que la *"dynamique d'alimentation constitutive"* est entendue comme le processus par lequel un principe, un droit ou une liberté substantiellement défini se mue en un vecteur consubstantiel de définition, nécessairement partielle, d'un second principe, droit ou liberté.

reposer la dynamique d'alimentation constitutive sur un paralogisme normatif (iii.).

Sur la confusion des logiques rhétoriques et normatives (i.). La concrétisation de la considération constituante du principe de dignité humaine reposait sur l'interprétation de l'objet du principe d'égalité. En effet, la dignité humaine fut proclamée par les juges comme le cœur de la garantie constitutionnelle d'égalité. Or, pour aboutir à une telle interprétation, les juges de la Cour suprême se sont fondés sur la rhétorique jurisprudentielle des décisions préalables de la Cour. À la lecture de l'arrêt *Law,* il apparaît que le fondement de cette interprétation audacieuse de l'objet de l'égalité réside dans les propos du juge Wilson dans *McKinney v. University of Guelph*[104], du juge McLachlin dans *Miron v. Trudel*[105], des juges L'Heureux-Dubé et Cory dans *Egan v. Canada*[106], Iaccobucci dans *Vriend v. Alberta*[107], etc[108]. Dans chacune de ces argumentations, le principe de dignité se trouvait "*invoqué*" dans le cadre de sa fonction justificatrice[109], fonction qui, même si elle pave le chemin vers une décision normative, demeure éminemment et exclusivement rhétorique. Ainsi, c'est la fonction rhétorique justificatrice de la dignité humaine qui aurait engendré sa consécration constituante normative, non pas interprétative mais bien explicative. Pour cette raison, nous soutenons que, au moins dans le cas d'espèce, la consécration de la capacité constituante résulte de la confusion des logiques rhétorique et normative et, par là même, des fonctions interprétative (envisageable) et explicative (improbable).

Sur la confusion entre la relation principe-objet et la dynamique d'alimentation constitutive (ii.). Le glissement inopportun pourrait ainsi être résumé: la violation du principe d'égalité entraîne une atteinte à la dignité humaine; la sauvegarde de la dignité humaine peut être considérée comme l'objet de la garantie constitutionnelle d'égalité[110]; par conséquent, l'atteinte à la dignité humaine constitue

104 *McKinney v. University of Guelph,* [1990] 3 S.C.R. 229
105 *Egan v. Canada,* [1995] 2 S.C.R. 513
106 *Miron v. Trudel,* [1995] 2 S.C.R. 418
107 *Vriend v. Alberta,* [1998] 1 S.C.R. 493
108 Pour le detail des propos, voir *Law v. Canada, Op. cit.,* § 47 à 50.
109 Voir les trois fonctions du principe de dignité humaine déclinées dans le I. du présent article.
110 Et ce, en dépit des artifices terminologiques de la Cour qui présente la lutte contre les discriminations non comme l'objet mais comme le "principal enjeu" ou "l'objectif primordial" afin d'atténuer le revirement de jurisprudence et l'éclairage porté sur son erreur d'appréciation dans *Law v. Canada*.

un indicateur de la violation du principe d'égalité. Or, si l'on considère la consécration dans *R. v. Kapp* de la lutte contre les discriminations comme nouvel objet de l'article 15 (1), se substituant à la dignité humaine qui avait été consacrée en 1999, force est de reconnaître que: d'une part, l'identification de l'objet du principe d'égalité à un autre principe normatif n'est que fortuite, d'autre part, la violation de l'objet ne semble pas être une indication fiable de la violation du principe d'égalité. En effet, s'il est aisé de concevoir que porter atteinte à la lutte contre les discriminations puisse se répercuter négativement sur l'effectivité du principe d'égalité, il semble délicat de consacrer l'atteinte, l'obstruction ou même le rejet de la lutte contre les discriminations comme un facteur déterminant de l'identification d'une discrimination. La confusion semble dès lors manifeste dans le raisonnement des juges entre d'un côté, la relation entretenue par le principe d'égalité avec son objet, et de l'autre, la dynamique d'alimentation constitutive, en l'occurrence ici les rapports substantiels constituant-constitué entre principe d'égalité et principe de dignité.

Sur le paralogisme normatif (iii.). Il s'agit enfin de reconnaître simplement que la dynamique d'alimentation constitutive n'est pas nécessairement réciproque. Ainsi, le raisonnement de la Cour suprême peut être valablement décrié en ce qu'il repose en transparence sur le paralogisme suivant: dans la mesure où tout acte discriminatoire entraîne systématiquement une atteinte à la dignité humaine, toute chose étant égale par ailleurs, la violation de la dignité humaine témoigne probablement d'un acte discriminatoire. La dignité humaine repose sur l'essentialisation égalitaire des personnes humaines ("*Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en* droits"[111]) et s'oppose *a fortiori* à tout déterminisme des différences qui serait induit par la considération essentielle mais non pertinente de caractéristiques personnelles objectivisées. Pour ces raisons, elle rend l'acte discriminatoire inconvenable (*non decet*). Aussi, non seulement il existe un lien entre la dignité humaine et l'égalité, mais plus encore, la dignité humaine lie l'humanité par l'égalité. Dire que la discrimination est contraire à la dignité et que la dignité humaine s'oppose à la discrimination n'a donc rien de douteux. En revanche, si l'on peut dire que la discrimination porte atteinte à la dignité, on ne peut pour autant faire de la dignité humaine un critère d'identification de la discrimination.

111 Article 1 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

Aussi, bien qu'une tentative de généralisation de ces considérations contextuelles puisse, en l'absence de démonstration supplémentaire, être considérée comme réductrice, cette triple confusion demeure instructive lorsque sont étudiées les relations complexes "*entre*" égalité et dignité.

3) De la cohabitation des dynamiques d'influences

Au-delà de l'incapacité constituante du principe de dignité en matière d'alimentation constitutive, comme souligné ci-dessus, cela ne prive pas pour autant le principe de dignité humaine d'une dimension constituante lorsque se trouve considéré le second temps, à savoir non pas la constitution mais l'orientation des droits et libertés. En effet, nous soutenons qu'il convient de séparer dynamique d'alimentation constitutive et dynamique d'orientation interprétative. Dans ce dernier cas, il est concevable de présenter le principe de dignité comme constituant du principe d'égalité par exemple. Plus largement, le principe de dignité humaine, en ce qu'il prescrit une application éthique des droits de l'homme, indépendamment de l'évaluation du bien-fondé de l'orientation fixée, s'impose comme constituant.

En définitive, à travers le cas du principe d'égalité, la grille de lecture développée nous a permis de disséquer les interactions autour du principe de dignité. Les considérations dérivées nous permettent de conclure que la complexité des liens entre le principe de dignité humaine et les droits et libertés ne réside pas tant dans le choix à opérer entre une conception matricielle, active et constituante d'une part, et une conception instrumentale, passive et constituée d'autre part. Cette complexité réside davantage dans la cohabitation de ces deux conceptions. Après réflexion, il nous semble que la délimitation de ces conceptions schématise deux finalités constituantes, la "*finalité constitutive*" et la "*finalité directive*" à admettre que: le terme "*finalité constituante*" recouvre la visée d'un processus d'influence inter-normatif susceptible d'aboutir à toute création/définition ou mutation/orientation d'un principe, d'un droit ou d'une liberté; le terme "*finalité constitutive*" recouvre la visée d'un processus d'influence inter-normatif susceptible d'aboutir à la définition substantielle d'un principe, d'un droit ou d'une liberté (le moyen de cette "*finalité constitutive*" étant la dynamique d'alimentation constitutive, entendue comme le processus par lequel un principe,

un droit ou une liberté substantiellement défini se mue en un vecteur consubstantiel de définition, nécessairement partielle, d'un second principe, droit ou liberté); le terme "*finalité directive*" recouvre la visée d'un processus d'influence inter-normatif susceptible d'aboutir à l'application particulière d'un principe d'un droit ou d'une liberté (le moyen de cette "*finalité directive*" étant la dynamique d'orientation interprétative, entendue comme le processus par lequel un principe, un droit ou une liberté porteur d'une interprétation particulière se mue en vecteur concurrentiel d'orientation des significations substantielles préétablies d'un second principe, droit ou liberté).

Ainsi, la grille d'analyse précédemment envisagée devrait être redéfinie autour de deux niveaux de lecture: le premier niveau resterait relatif à la dynamique d'influence entre les principes, distinguant le principe constituant (actif) du principe constitué (passif); le second niveau de lecture serait quant à lui relatif à la finalité des influences, distinguant "*finalité constitutive*" et "*finalité interprétative*".

Dans son arrêt *Law*, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada illustre cette confusion entre les deux finalités constituantes potentielles du principe de dignité humaine. La première hypothèse est celle d'une capacité constituante du principe de dignité humaine dans le cadre de la "*finalité constitutive*" des autres principes, droits et libertés (dans la jurisprudence de la Cour, il s'agit du principe d'égalité) par le biais d'une supposée fonction explicative[112]; la seconde est celle d'une capacité constituante du principe de dignité dans le cadre de la "*finalité directive*" par le biais de sa fonction interprétative. Si la seconde hypothèse nous semble pertinente – en raison de la simple inspiration du choix parmi les interprétations envisageables –, la première en revanche nous semble quant à elle hautement improbable – en raison de l'absence de substance juridique propre du principe de dignité humaine[113].

* *
*

112 Reportée sur le faisceau d'indices défini par les facteurs contextuels du juge Iaccobucci en raison de l'impossible fonction explicative propre du principe de dignité humaine.

113 La seule nuance envisageable serait de considérer que les principes juridiques ayant eux-mêmes constitués la dignité humaine – par la sécurisation d'une interprétation particulière - interagissent finalement et indirectement avec le principe, le droit ou la liberté que le principe de dignité prétend constituer.

Dissertant autour des relations complexes entre dignité et droits de l'homme, Alan Gewirth concluait: *"The doctrine may be understood in several ways. It may mean that all human have rights simply in virtue of having dignity, or that they have rights because these are necessary to maintain or protect their dignity"*[114]. Les considérations précédemment évoquées imposent de reformuler ces propos autour d'un postulat et d'une conséquence dérivée. Le postulat pourrait ainsi être énoncé: les interprétations "*humanistes*" des droits et libertés historiquement conférés concourent au principe de dignité humaine. Et sa conséquence dérivée pourrait être explicitée de la manière suivante: la concrétisation de la dignité humaine sous forme de principe juridique au lendemain de la Seconde guerre mondiale ainsi que son développement postérieur – rendu possible par l'alimentation constitutive externe -, concourent au ciblage et à l'accentuation d'une application des principes, des droits et des libertés favorable à la sauvegarde et à la protection des idéaux et aspirations "*humanistes*" dans la mesure où, en qualité de principe juridique, la dignité se trouverait dotée d'une capacité constituante par l'intermédiaire de sa fonction interprétative, orientant l'application de ces principes, de ces droits et de ces libertés. Certes, la problématique de "*l'humanisme*" persiste, mais, d'une part, elle se trouve déplacée de l'essence des droits subjectifs à leur interprétation, et d'autre part, le pouvoir de détermination de l'humanisme – et par voie de conséquence du principe juridique de dignité humaine – quitte les sphères philosophiques et religieuses pour intégrer pleinement celle du droit.

Aussi, si la dignité doit percer et marquer la sphère juridique, nous dirons qu'elle ne peut être que ceci, que ne peut être conservée son essence métajuridique, encore moins pour servir de fondement à une vocation matricielle absolue à l'égard des droits et libertés fondamentales, que si la dignité humaine ne peut être qu'un "*donné*", le principe juridique de dignité humaine ne peut être que "*construit*", alors, *"la dignité devenue juridique n'a plus rien*

114 Gewirth, A., *Human Rights: Essays on Justification and Applications,* Chicago, University of Chicago Press, 1982, p. 27. Trad. fr. par nos soins: "*La doctrine peut être entendue de diverses manières. Elle peut signifier que tous les êtres humains sont titulaires de droits simplement parce qu'ils possèdent une dignité, ou qu'ils sont titulaires de droits parce que ces droits sont nécessaires à la protection et à la sauvegarde de leur dignité*".

à voir avec la notion philosophique"[115]. Cette position est viable et n'exige pas nécessairement de se lancer corps et âme dans la tentative d'une définition propre de la dignité humaine, ou encore, de se consacrer obsessionnellement à la recherche d'un fondement absolu propice à la légitimation d'un principe matriciel qui serait à la source de l'ensemble des droits et libertés fondamentales. Au-delà de l'incapacité du droit à mener à bien une telle mission, la défense d'une conception matricielle absolue sur le plan normatif, combinée au maintien d'une conception idéale du principe non-émancipé de dignité humaine, risque fort d'ouvrir la porte aux interprétations axiologiques des droits de l'homme alors même que leur "*éclaircissement philosophique*", *via* une conception moraliste de la dignité[116], les place d'ores et déjà dans une situation périlleuse[117].

En conclusion, si l'usage normatif du principe de dignité humaine devait prospérer, plus que n'importe quel autre droit, liberté ou principe juridique, il serait en proie à la "*sociological jurisprudence*"[118] et à la théorie de la prédiction d'Olivier Wendell Holmes qui déclarait en 1897 "*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*"[119]. Dans ce cas de figure, la règle de droit "*est considérée davantage comme ayant été dévoilée par la décision que comme ayant imposé celle-ci de manière impérative. Le juge ne plaque pas de manière purement automatique des règles préétablies sur des cas, il modèle l'étoffe juridique sur les cas en fonction des données de l'expérience et selon*

115 Neirinck, C., "La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique", *in* Pedrot, P. (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne, Op. cit.*, p. 41.

116 Nous pensons ici aux décisions juridictionnelles se faisant le relai de la conception dite "*objective*" de la dignité humaine et empruntant le chemin de l'opposabilité réflexive, *confer supra* 5.

117 Voir ici Pedrot, P., "La dignité de la personne: principe consensuel ou valeur incantatoire ?", *Op. cit.*, p. XV: "*Il faut bien prendre conscience que la défense de la dignité de la personne peut dissimuler un éclatement à l'infini du droit en normes individuelles. […] Là réside le plus grand péril de cette montée en puissance – au demeurant légitime – de la revendication en faveur de la dignité*".

118 Voir ici Michaud, F., "Le rôle créateur du juge selon l'École de la "*sociological jurisprudence*" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit", *Revue internationale de droit comparée*, Vol. 37, n° 2, 1987, p. 344, note 1.

119 Wendell Holmes Jr. O., "The Path of the Law", *10 Harvard Law Review 457 (1897)*. Trad. fr. par nos soins: "*La prédiction de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus prétentieux que cela, voilà ce que j'appelle le droit*".

les règles de son art"[120]. Appliquées au principe juridique de dignité humaine, ces considérations impliqueraient par conséquent de dévoiler – plus que de véritablement conférer – une portée normative à l'éthique juridictionnelle ce qui, à certains égards, peut sembler problématique. Cependant, ceux qui effectivement estimeront cette position problématique conviendront simultanément que, de par sa franchise, elle demeure bien moins pernicieuse que la dissimulation d'une instrumentalisation éthique[121] d'un concept moral[122] sous couvert de rationalité juridique.

120 Michaud, F., *Op. cit.*, p. 350.

121 L'éthique étant entendue ici comme la recherche du questionnement des sens, des interprétations des conceptions du bien. Certes subjective, elle admet néanmoins la relativité des valeurs, ne possède qu'une prétention indicative et procède d'une démarche *in concreto,* contextuelle et singulière.

122 La morale étant entendue ici comme la recherche de la détermination des sens, de la certitude du bien. Pourtant subjective, elle vise l'imposition d'une perception axiologique dogmatique de par sa prétention prescriptive et procède d'une projection *in abstracto,* universelle et intemporelle.

ANNEXE

DECLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

(adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies
le 10 décembre 1948)

PREAMBULE

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.

Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme.

Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression.

Considérant qu'il est essentiel d'encourager le développement de relations amicales entre nations.

Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande.

Considérant que les Etats Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Considérant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement.

L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre

par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des Etats Membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction.

Article premier

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.

Article 2

1.Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2.De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté.

Article 3

Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne.

Article 4

Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes.

Article 5

Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 6

Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique.

Article 7

Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.

Article 8

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

Article 9

Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé.

Article 10

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Article 11

1. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

2. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d›après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l›acte délictueux a été commis.

Article 12

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Article 13

1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat.

2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays.

Article 14

1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.

2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Article 15

1. Tout individu a droit à une nationalité.

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité.

Article 16

1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.

3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.

Article 17

1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété.

Article 18

Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

Article 19

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

Article 20

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.

2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association.

Article 21

1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.

2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote.

Article 22

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.

Article 23

1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage

2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal.

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.

4. Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

Article 24

Toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques.

Article 25

1. Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

2. La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale.

Article 26

1. Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite.

2. L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix.

3. Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants.

Article 27

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.

2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

Article 28

Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet.

Article 29

1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible.

2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de

la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies.

Article 30

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés.