

Dignité et pouvoir

Karine POVLAKIC

Lausanne, mai 2014

Table des matières

Introduction

Les deux notions de dignité humaine

Textes complémentaires

L'idée des deux sphères dans la philosophie politique antique

L'idée des deux zones selon Agamben

I. La dignité politique

1. S'élever en dignité

La dignité est le sentiment de sa propre existence

La dignité est le sentiment de sa propre existence dans une relation égalitaire à autrui

L'existence est la poursuite d'un idéal

Aspirer à exister est un effort (un élan) de chaque jour

A la recherche de la « vie bonne »

Dignité, égalité, paix sociale et liberté

2. La dignité politique

SOURCES

LA PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ (EXISTER ET ÊTRE RECONNU)

L'APPARTENANCE À LA COLLECTIVITÉ

LES BÉNÉFICES COLLECTIFS

LA DIGNITÉ POLITIQUE JURIDIQUE

L'ÉGALITÉ FICTIVE

LE NIVEAU D'ÉGALITÉ

SOUVERAINETÉ

DÉMOCRATIE ET LIBERTÉ D'EXPRESSION

LES EFFORTS DE LA COLLECTIVITÉ

LES EFFORTS DES PARTICULIERS

LA DÉFINITION THÉORIQUE

ORDRE PUBLIC

STATUT JURIDIQUE

LA ZONE D'INCLUSION

PROPORTIONNALITÉ

3. Le contenu identifiable

UN CONTENU ÉVOLUTIF

L'EXEMPLE DE L'ENLÈVEMENT DES DÉCHETS

UNE DIGNITÉ PAR TRANCHES

JURISPRUDENCE AUTOUR DE L'ARTICLE 8 CEDH

A. L'appartenance à la collectivité

a. L'autre comme l'égal de soi (la composition du souverain)

aa. La dignité politique des femmes

Stec et autres c. Royaume-Uni

ab. La place de l'étranger

Emre c. Suisse

Sandra Dragan c. Allemagne

b. L'effort de la collectivité à l'égard des plus défavorisés (l'élévation vers le souverain)

Pentiacova et 48 autres c. Moldova

B. Les bénéfices de la vie en collectivité

a. Le droit acquis

Kjartan Ásmundsson c. Islande (mentionné)

Draon c. France (mentionné)

b. La maîtrise de sa vie

Ünal Tekeli c. Turquie

Glass c. Royaume-Uni

4. L'écart démocratique

II. La dignité générique

1. La notion de discrimination
2. La dignité générique
 - LA ZONE D'EXCLUSION
 - UNE AUTRE DIGNITÉ
 - CONSÉCRATION
 - UN PRINCIPE SUPÉRIEUR
 - L'ÉTAT DE DROIT ET LE SENS DE LA VIE
 - LA DÉFINITION THÉORIQUE
 1. UNE ZONE DE POUVOIR
 2. UN RAPPORT DE POUVOIR EXCLUSIF
 3. UNE DIGNITÉ « GÉNÉRIQUE »
 - STATUT JURIDIQUE
 - ORDRE PUBLIC
3. Le contenu insaisissable
 - SCHÉMA
 - SUJET OU OBJET DE DROIT
 - L'INVERSION
 - JURISPRUDENCE DE LA COUR
 - ARTICLE 3 CEDH
 - SOUVERAINETÉ
 - Mamatkulov et Askarov c. Turquie*
 - JURIDICTION
 - Soering c. Royaume-Uni*
 - Hirsi Jamaa c. Italie*
 - LA GRANDE ÉGALITÉ
 - Storck c. Allemagne*
 - Raninen c. Finlande*
 - LA PETITE ÉGALITÉ
 - Turan Cakir c. Belgique*
 - Olteanu c. Roumanie*
 - Rivière c. France*
 - LE BAN SOUVERAIN
 - Ramirez Sanchez c. France*
 - N. c. Royaume-Uni*
 - SYNTHESE
4. Hédonisme et totalitarisme
5. Égalité ou violence
6. L'écart démocratique
7. La violence privée

Conclusion

Texte complémentaire

De la liberté dans la zone de violence

Epilogue

Lexique

L'ordre juridique, le citoyen, la « vie bonne », les « droits de l'homme », l'effort, le lien social, pouvoir (domination, contrainte, contrôle), pouvoir et violence, souveraineté, hédonisme, satisfaction

Annexe

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales [extraits]

Éléments bibliographiques

« L'Eternel Dieu dit : Voici, l'homme est devenu comme l'un de nous, pour la connaissance du bien et du mal. Empêchons-le maintenant d'avancer sa main, de prendre de l'arbre de vie, d'en manger, et de vivre éternellement. Et l'Eternel Dieu le chassa du jardin d'Eden, pour qu'il cultivât la terre, d'où il avait été pris. »

Genèse 3:22,23

Introduction

Les deux notions de dignité humaine

« [...] le philosophe Empédocle traduira pour nous les paroles du théologien Job. Il nous donne à entendre qu'en notre âme se trouvent deux natures, dont l'une nous permet d'être élevés vers les choses célestes, tandis que l'autre nous précipite vers les régions infernales, suivant une procédure litigieuse ou amicale, belliqueuse ou pacifique [...]. »

Pic de la Mirandole, *De la dignité de l'homme*, éditions de l'éclat, Paris, 1557

Si l'on en croit Pic de la Mirandole, réfléchissant à la substance de la dignité humaine, nos âmes parcourent deux chemins de directions opposées : l'un conduit à la condition d'égalité avec Dieu, l'autre vers les enfers. D'un côté, les hommes aspirent à une amélioration constante d'eux-mêmes et de leur condition. Ils poursuivent leurs idéaux d'êtres libres de contraintes, désireux de beauté, de richesses ou de justice. Ces idéaux sont inaccessibles et demeurent de l'ordre de l'imaginaire. Si nous en approchons, nous les renouvelons spontanément, comme dans la fable du misérable pêcheur pour qui le poisson magique exauça des vœux de richesse et de puissance divine jamais assouvis. Quoiqu'inaccessible, cette aspiration à maîtriser sa vie est intarissable. Elle est un moteur de l'existence, l'après ou le mieux vers lequel chacun se projette et ainsi conduit sa vie ou mène son existence.

L'autre chemin de l'âme mène aux enfers. Les enfers sont partout depuis le jour où l'homme fut banni du jardin d'Eden. Non seulement la guerre, la répression ou toutes sortes de violences nous menacent constamment, mais aussi la maladie, la pauvreté, le chômage, la vieillesse, la perte de nos proches et une multitude de malheurs. Notre quotidien semble essentiellement occupé par les soucis, les contraintes ou les frustrations.

On se trouve donc pris entre deux mouvements de l'existence qui sont sans doute universellement partagés. L'un est le désir de vivre mieux qui chaque jour nous pousse à vivre, à aller de l'avant et ainsi à nous développer et à forger notre personnalité, notre identité et le sentiment de notre propre valeur. L'autre est la condition fondamentale de l'homme : sa dépendance aux nécessités de la vie, au labeur que nous devons accomplir pour survivre, avec la conscience de nos limites et de notre finitude. Cette tension entre ces deux courants de l'âme humaine constitue la matrice de la dignité humaine.

Nous appellerons « dignité politique » cet idéal sublimé de nous-mêmes auquel nous aspirons. L'existence est le mouvement de la vie, l'élan avec lequel nous poursuivons sans cesse la « vie bonne » ou la félicité. En existant, nous cherchons à réaliser ou à atteindre la dignité politique. Cette dignité est essentiellement individuelle, subjective et extensible. On ne connaît pas de définition de la « vie bonne », chacun étant habité pour lui-même de ses propres désirs et de sa propre conscience de soi. La dignité politique est partiellement réalisée lorsqu'on atteint partiellement nos objectifs. Est digne politiquement celui qui a le sentiment de se maîtriser soi-même, de maîtriser sa vie et d'être à l'abri de la mort.

Chaque jour, nous sommes pris dans une multitude d'obstacles qui nous empêchent de faire comme bon nous semble. Est indigne ou affecté dans le sentiment de sa propre dignité celui qui

est confronté à une impossibilité de se réaliser pour des causes extérieures à sa volonté, sur lesquelles il n'a pas d'influence. Les causes susceptibles d'affecter notre dignité politique sont extrêmement variées et multiples.

La dignité comme l'indignité recouvrent ainsi le sentiment même de soi dans nos rapports à autrui.

Il s'agira dans une première partie de développer la notion de dignité politique au sens large tout d'abord, c'est-à-dire au sens sociologique, puis dans sa version juridique. Le droit absorbe une part de la dignité politique sociologique en produisant les normes de la vie en société, c'est-à-dire de la « vie bonne » telle que nous la projetons en tant que membres d'un corps collectif et en tant que corps collectif. Plus précisément, la garantie juridique de la dignité politique est essentiellement contenue dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La garantie de la protection de la vie privée est le tronc commun par lequel, en termes généraux qui sont appelés à être précisés par différentes lois et jurisprudences, le droit protège la personnalité et l'intégration sociale, qui sont les deux composantes de la dignité politique. Nous décrirons ensuite les caractéristiques juridiques de cette dignité et la façon dont le droit la prend en compte, en définit les multiples contenus et contribue à sa diffusion.

Notre propos est d'élaborer une méthode qui, à partir de la notion de dignité humaine, décrit le phénomène de la discrimination. Cette méthode repose sur la distinction entre deux notions de la dignité humaine, que nous appellerons la « dignité politique » et la « dignité générique » pour les distinguer.

La seconde partie est consacrée au phénomène de la discrimination. De notre point de vue, la discrimination est le mouvement inverse à la conquête de la dignité politique. C'est donc un processus par lequel la personnalité, les libertés, l'autonomie individuelle, le lien social ou même l'intégrité de la personne sont menacés. Une contrainte s'exerce qui prive l'individu de la possibilité de se développer et d'exercer ses libertés. Cette contrainte peut être plus ou moins forte, mais plus la dignité politique est entamée, plus la violence est intense ou objective et plus la victime est exclue du lien social. La discrimination est un phénomène d'exclusion. Sur le plan juridique qui nous occupe ici, il s'agit d'une exclusion de la protection normalement offerte par le droit, c'est-à-dire d'une impossibilité qu'a l'individu de faire valoir pour lui-même les garanties de l'article 8 CEDH. Théoriquement, les droits de l'homme s'appliquent à tous, mais pratiquement, le droit lui-même ou certaines normes et processus de mise en œuvre du droit, créent des barrières juridiques qui privent certaines personnes de la jouissance des droits autrement garantis à tous. Nous voulons décrire ce phénomène, organisé par le droit, de l'exclusion de la protection ordinaire du droit.

A l'intérieur de l'ordre juridique produit par l'Etat, nous devons donc distinguer deux sortes de droit. Le droit que nous dirons « ordinaire », qui est celui que les membres légitimes de la société politique adoptent pour eux-mêmes dans la conduite de leurs existences et la recherche de la « vie bonne » ou de la paix sociale. Le droit ordinaire s'applique à tous les membres intégrés du corps collectif, à la « zone d'inclusion ». Le droit ordinaire est le droit qui régit la vie normale en société, dans la zone d'inclusion.

L'autre droit est celui qui organise la discrimination. En font partie par exemple les règlements de prison ou le droit applicable aux demandeurs d'asile. Il s'agit essentiellement du droit de police pour la raison qu'il faut une contrainte exercée sur l'existence des personnes pour produire de la discrimination, et que cette contrainte est manifeste dans les situations de confrontation avec la force publique. Elle sera donc plus aisée à décrire ici que des formes plus sournoises de discrimination, par exemple dans les modalités d'allocation de l'aide sociale. Pour l'exposé de notre théorie de la discrimination comme phénomène d'exclusion de la protection ordinaire du droit, nous nous en tiendrons à des situations relativement aisées à appréhender.

L'ensemble du droit discriminatoire ouvre une « zone d'exclusion » à l'intérieur de l'ordre juridique produit par l'Etat. Dans nos sociétés démocratiques, la discrimination est interdite. A l'issue de la seconde guerre mondiale, on a voulu créer des moyens juridiques pour en prévenir

l'apparition et l'expansion. L'interdiction des mauvais traitements de l'article 3 CEDH est au cœur de cette nouvelle idée d'une démocratie juste pour tous et pacifiée. Nous verrons comment cette interdiction fonctionne en droit pour tenter d'empêcher la destruction de l'humain par le phénomène de la discrimination. Cette limite entre la dignité et l'indignité ou la mort qu'est l'interdiction des mauvais traitements, nous l'appellerons la « dignité générique ». Elle est l'idée d'un substrat humain versé en chaque homme, absolu et inviolable. Nous en décrivons les caractéristiques juridiques en même temps que la façon dont l'autorité, du seul fait de sa position dominante, organise et met en œuvre la discrimination.

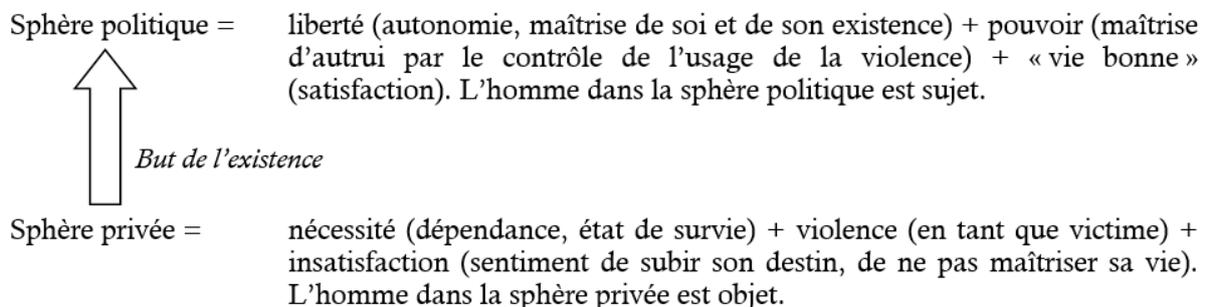
Texte complémentaire

L'idée des deux sphères dans la philosophie politique antique

Hannah Arendt explique, dans la *Condition de l'homme moderne*, que les auteurs de la philosophie grecque antique relative au politique faisaient une distinction entre la sphère privée et la sphère publique¹. Dans la sphère privée, l'homme est prisonnier des nécessités de la vie. Il endure le labeur pour survivre. La sphère privée est le lieu de la vie au sens biologique, de la vie naturelle ou de la vie en soi. Il y règne la violence. Les membres de la sphère privée survivent dans la dépendance (les nécessités de la vie) et sont victimes de violence. Leur existence est réduite à leur vie au sens biologique, au simple fait d'être en vie. Ils n'ont donc pas d'autonomie personnelle et ils n'ont aucun moyen pour s'épanouir. Ils sont au contraire avilis par la pauvreté et les contraintes qu'ils subissent. La sphère privée est donc aussi le lieu de l'insatisfaction (*unhappiness*), de la dépendance ou de la servitude.

L'usage de la violence, laquelle s'exerce sur le corps d'autrui, Hannah Arendt écrivant que la violence sert à conduire les esclaves par exemple, est un moyen de se dégager ou de surmonter l'emprise des nécessités de la vie. En commandant aux esclaves, le maître se libère du labeur, c'est-à-dire de la nécessité de travailler pour survivre. Il se libère de la dépendance de survie et s'élève de la sphère privée à la sphère politique. La sphère politique est donc le lieu du contrôle de la violence, laquelle violence s'exerce sur les membres de la sphère privée. La sphère politique est donc le lieu du commandement, de la souveraineté.

Comme l'individu se trouve par ailleurs dégagé de l'emprise des nécessités de la vie, la sphère politique est le lieu de la liberté ou de l'autonomie et du développement personnels, c'est-à-dire de la satisfaction ou de la « félicité ». En accédant à la sphère politique, l'homme accède à la « vie bonne » qui est la vie libre, la liberté s'acquérant par l'exercice du commandement. Disons encore que chacun aspire à la « vie bonne » ou à vivre libre et donc que le but de l'existence est de s'arracher de la sphère privée pour s'élever à la sphère politique. On peut ainsi schématiser ces deux sphères de la façon suivante :

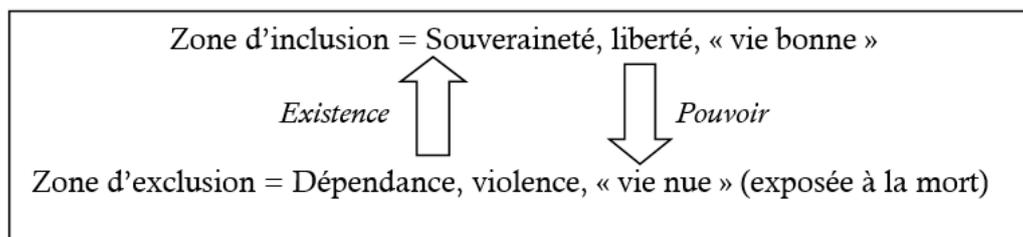


¹ Hannah Arendt, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998, *The Polis and the Household*, p. 28 sv

Hannah Arendt nous dit encore que les anciens définissaient la liberté comme signifiant à la fois ne pas être commandé et ne pas commander autrui. C'est-à-dire que, à l'intérieur de la sphère politique, où l'homme a accédé à la liberté, nul ne commande à quiconque et nul n'est commandé par autrui. Il s'agit donc du lieu de la parfaite égalité. Les hommes libres vivent en harmonie et dans la « félicité ». C'est ainsi que la philosophe écrit que le contrôle de l'usage de la violence depuis la sphère politique, laquelle violence s'exerce sur les membres de la sphère privée, est un phénomène prépolitique ou la condition première d'où s'élève le politique, si l'on entend le politique comme l'art de vivre en commun. Cet art prend sa pleine mesure dès que deux personnes au moins accèdent à la sphère politique. Ces deux personnes en effet resteront toutes deux libres si elles parviennent à demeurer égales en droit, c'est-à-dire si aucune n'en arrive à commander à l'autre, ou si aucune ne dépend de la volonté de l'autre.

La sphère privée est ainsi le lieu sur lequel s'exerce le pouvoir. Cette sphère est peuplée de gens qui ne sont pas libres parce qu'ils ne gouvernent pas et ne maîtrisent pas leur vie. Ils souffrent des nécessités de la vie, du labeur ou de la dépendance de survie, et leurs besoins ne sont pas satisfaits, notamment leurs besoins moraux, spirituels, idéaux ou immatériels, c'est-à-dire qu'ils dépendent de la *volonté* d'autrui (du commandement d'autrui) et qu'ils ne peuvent pas agir de leur propre volonté. La faculté d'agir, de choisir, de décider, est une expression de la liberté. Si la liberté est située dans la sphère politique, l'autonomie ou la faculté de décider est le propre du commandement, c'est-à-dire du fait souverain. Le fait souverain, la souveraineté, est exercée par les membres de la sphère politique sur les membres de la sphère privée.

On se trouve donc avec deux mouvements contradictoires et perpétuels qui sont que tout homme tend à exister, c'est-à-dire à s'arracher des nécessités de la vie, de la dépendance de survie ou de l'état de dominé, et ce faisant, il accède à l'égalité, à la liberté et au pouvoir, lequel exercice du pouvoir induit le mouvement inverse. Le pouvoir s'exerce sur autrui et tend à réduire ce dernier aux nécessités de la vie, à la zone de violence ou d'insatisfaction, la zone d'exclusion. Si on représente ce double phénomène schématiquement, on obtient ceci :



Texte complémentaire

L'idée des deux zones selon Agamben

Dans *Homo sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, le philosophe Giorgio Agamben distingue dans l'ordre juridique deux zones, la zone de liberté et la zone de violence. L'auteur y développe les principes suivants, qui forment la structure de base de la théorie de la double dignité de l'être humain :

Le point de départ est la Cité grecque, l'unité économique, sociale et politique autonome ou indépendante sur un territoire donné, qui produit ses propres normes de fonctionnement. A l'intérieur de cet ordre juridique, de ce que nous appelons aujourd'hui l'Etat, se trouvent deux zones qui sont elles-mêmes produites par le droit, la « zone d'inclusion » et la « zone d'indifférence ». Ces deux zones sont des émanations de l'ordre juridique c'est-à-dire qu'elles sont sous l'autorité, sous la maîtrise ou dans la sphère d'influence du pouvoir central de la Cité ou de l'Etat, le pouvoir souverain.

1. L'ordre juridique est divisé en deux zones, la zone d'inclusion et la zone d'exclusion.
2. Ces deux zones sont dans la sphère de contrôle du pouvoir souverain.

Nous avons ensuite deux acteurs au moins, le particulier et la collectivité, et chacun peut revêtir deux rôles au plus, celui de victime du pouvoir d'autrui ou celui de dominant, de souverain qui exerce le pouvoir sur autrui. Ces acteurs expriment leur *volonté* c'est-à-dire la règle ou la norme, c'est-à-dire encore, dans une société complexe de plusieurs personnes, l'ordre juridique. La question philosophique vise à décrire la façon dont les relations entre les différents acteurs vont s'agencer. Cette question trouve une première limite très importante qui sera de dire qu'en dehors de l'ordre juridique, de la norme produite par le souverain notamment, aucune relation sociale n'est possible et donc que les hommes vivent toujours dans un ordre juridique, soit dans la zone d'inclusion, soit dans la zone d'exclusion.

3. L'ordre juridique est une manifestation de l'existence des hommes.

La zone d'exclusion est une zone de violence ou une zone de discrimination. La zone d'inclusion est la zone de liberté. A ces deux zones correspondent deux états de la vie des personnes, l'état de dépendance de survie ou l'état d'autonomie et d'épanouissement personnel. Giorgio Agamben explique à ce sujet que la philosophie politique grecque antique distinguait deux sortes de vies : la « vie nue » et la « vie bonne ». La « vie nue » est la vie au sens biologique, réduite au seul fait d'être en vie. C'est une vie dépourvue de tous les attributs de l'existence, le simple constat que l'individu n'est pas mort. A côté de la « vie nue » que nous nommerons simplement la « vie », il y a ce que nous appellerons « l'existence », qui est la vie à part entière dans tous ses aspects humains, sociaux, culturels, économiques ou politiques. C'est la vie complexe et riche du citoyen d'Athènes par exemple, qui participe au gouvernement de la cité, dirige sa maison et ses esclaves, entretient ses relations avec les autres citoyens, d'une manière générale vaque à ses occupations et mène son existence. Cet homme aspire à un idéal de vie qu'il poursuit au cours de son existence. Il aspire à la « vie bonne ». La « vie bonne » est donc l'idéal de richesse, de justice, de paix, de santé, d'amour ou autre auquel chacun aspire tout au long de son existence, ce qui est traduit notamment dans la *Condition de l'homme moderne* de Hannah Arendt par l'aspiration à la « félicité », un terme à mon avis assez significatif. Hannah Arendt utilise encore un autre terme, « l'action », le phénomène de l'existence, le fait de produire les efforts chaque jour pour créer les conditions telles que nous parvenions effectivement à atteindre notre idéal de vie. Le terme

désigne le mouvement ou l'agissement, ce qui nous pose quelques difficultés parce qu'on peut avoir un idéal de méditation ou de spiritualité, qui est tout aussi digne ou défendable que le désir de se consacrer au sport ou à la musique. L'action signifie en fait l'élan intérieur, cette énergie non localisable et indéfinissable qui nous pousse à vivre, ou qui fait que nous vivons, et qui se renouvelle chaque jour.

4. L'existence est l'aspiration à atteindre un idéal de « vie bonne » ou la poursuite de cet idéal.

Giorgio Agamben explique encore que la « vie nue » est captée par le pouvoir souverain qui en tout temps peut l'ôter, donner la mort. Cette vie, placée sous la maîtrise ou la domination du pouvoir souverain est la vie de l'*homo sacer*, l'homme « sacré », dont l'existence est réduite à cet unique événement : sa vie est exposée à la mort. L'expression *homo sacer* désignait l'individu qui, à la suite d'un crime, est banni de la Cité. Quiconque peut le tuer en tout temps et ce meurtre a la particularité d'être insignifiant. C'est-à-dire que ce n'est ni un acte juridique en ce sens qu'il ne s'agit pas d'un acte pénalement répréhensible, ni un acte à valeur sociologique en ce sens qu'il ne s'agit pas non plus d'un rituel lié à la pratique d'une religion ou en rapport avec certaines croyances ou autre. Ce meurtre n'a pas de sens. Il n'est que la manifestation du pouvoir souverain, de la réalité de ce pouvoir et de la puissance de ce pouvoir. L'*homo sacer* n'est donc ni coupable ni impur, il est seulement exclu. Il est au ban de la société et, dans ce ban, dans cette zone d'exclusion, son seul lien est le rapport direct qu'il entretient avec le pouvoir souverain. Ce rapport est écrasant au sens qu'il réduit l'homme à rien ; son existence est perdue, ses liens sociaux, sa famille, ses biens, ses croyances, sa personnalité, le sens de sa vie, tout est perdu. Il ne lui reste que la « vie nue », sa vie biologique et encore, cette vie-là n'est pas *que* la vie biologique, mais la vie *exposée à la mort*. Agamben montre donc que le principe essentiel du pouvoir est de s'exercer sur la vie. Le pouvoir sur la vie a une caractéristique propre qui est d'être un pouvoir total, qui porte sur la totalité de la vie, un pouvoir de mort, de destruction, dont le paradigme symbolique est le régime nazi durant la seconde guerre mondiale. L'exercice du pouvoir souverain par ailleurs entraîne le bannissement. Le bannissement est un terme juridique qui veut dire l'exclusion de la protection ordinaire du droit, mais à l'intérieur de la juridiction c'est-à-dire à l'intérieur de la sphère d'influence ou de maîtrise du pouvoir.

5. Le pouvoir s'exerce sur la vie.

6. L'exercice du pouvoir sur autrui porte atteinte à sa personnalité et tend à lui faire perdre son autonomie personnelle, c'est-à-dire provoque son exclusion, sa sortie de la zone de liberté et son rejet dans la zone de violence.

Autrement dit, l'exercice du pouvoir entraîne la réduction d'autrui à sa vie biologique. Dit encore autrement, l'exercice du pouvoir souverain écrase l'existence, l'existence étant caractérisée, nous l'avons dit, par l'action qui est le procédé par lequel l'individu s'élève de la zone d'exclusion pour rejoindre la zone d'inclusion, atteindre l'égalité juridique avec les autres, ceux qui sont souverains.

7. Dans la zone d'exclusion, l'individu n'a plus d'existence au sens plein. Sa vie au sens biologique est menacée.

I

La dignité politique

« [...] en ce qui concerne l'honneur civil, sa source réside dans la personne de l'Etat et dépend de la volonté du souverain ; il est donc temporaire et s'appelle l'honneur civil – tels sont la magistrature, les offices et les titres, et en d'autres lieux, ce sont les blasons et les armoiries ; et ceux qui reçoivent tant de marques de faveur de la part de l'Etat sont honorés car cette faveur est puissance. »

Thomas Hobbes, *Léviathan*, folio/essais, Gallimard, Paris, 2000, p. 177

1. S'élever en dignité

Nous allons reprendre la théorie des deux sphères ou des deux zones. Il s'agit de dégager des caractéristiques de la dignité humaine à partir de l'expérience générale de la vie, d'où il sera ensuite possible d'élaborer une structure de la notion de dignité en droit.

La dignité est le sentiment de sa propre existence

Dans la vie quotidienne, il est tout à fait répandu d'invoquer sa dignité quasiment à tout propos, dans toutes sortes de situations. Une insulte, des reproches, une attitude méprisante, rejetante ou humiliante sont généralement ressenties comme une atteinte à sa dignité. La dévalorisation, la pauvreté, l'exclusion ou la marginalisation sont autant de formes d'atteintes à la dignité des personnes. Nous dirons donc que pratiquement toute frustration est susceptible d'être désignée comme une atteinte à sa dignité d'être humain.

Ce ressenti de notre propre dignité est indépendant de l'appréciation objective de la situation qu'un tiers en ferait. Il dépend de la personnalité de chacun. Sont importants les événements de notre vie que nous jugeons tels à nos yeux. C'est-à-dire que l'idée d'une atteinte à sa dignité n'est pas fonction de la gravité ou l'intensité d'une frustration ou d'une humiliation, lesquelles ne sont pas mesurables objectivement. Donc, le champ de la dignité humaine est infini par la variété des objets qu'elle contient et la multiplicité des façons dont on exprime les émotions en rapport avec l'estime de soi. Tout est variable dans la notion de dignité humaine. Nous dirons plus loin que cette notion est relative.

La dignité humaine est donc le ressenti propre de la personne, d'elle-même, une perception de soi. Notre dignité serait un magma complexe ou indescriptible de sentiments humains infiniment variables, mais qui, pour chacun pris individuellement, auraient du sens. Le sentiment de notre propre dignité serait *le sentiment même de soi, de sa propre existence*. Si le sentiment que nous avons de nous-mêmes est valorisant ou réjouissant, nous nous sentirions élevés dans notre dignité, tandis que s'il est d'ordre négatif, humiliant ou dévalorisant, nous nous sentirions atteints dans notre dignité.

La dignité est le sentiment de sa propre existence dans une relation égalitaire à autrui

Le sentiment de sa dignité a donc une très forte composante individualiste, chacun étant à la fois objet et sujet de ses sentiments. Mais ceux-ci naissent aussi de nos relations avec les autres et de l'image de nous-mêmes qu'ils nous renvoient ou telle que nous la percevons. Si deux personnes se respectent et se montrent réciproquement de l'affection, de l'attention ou de la considération, l'une et l'autre tireront de cette relation un sentiment valorisé d'elles-mêmes et offriront à l'autre le sentiment de sa propre valeur. La relation sincère de mutuel respect est une relation d'égalité. La dignité humaine est donc le sentiment de sa propre valeur dans la relation égalitaire à autrui, dans la considération qu'autrui nous porte.

Egalité et dignité sont ainsi concomitantes et indissociables. Sont dignes les individus qui sont égaux entre eux, qui ne connaissent pas les hiérarchies sociales et qui, dans leurs mutuelles relations, *s'échangent une égale considération et un égal respect*. Notons ici tout de suite qu'il s'agit d'une égalité idéale, de *reconnaissance* réciproque, et non pas d'une égalité matérielle, de fortunes

équivalentes. Il ne sera nulle part ici question d'égalité matérielle, mais toujours d'égalité idéale, que nous appellerons l'égalité juridique².

L'existence est la poursuite d'un idéal

La dignité ne peut advenir que dans une collectivité organisée. Pour des raisons matérielles tout d'abord, afin de fournir aux membres de la société les biens dont ils ont besoin pour simplement vivre : la nourriture, le logement par exemple, puis ceux, multiples, dont ils ont besoin pour se réaliser et se développer en tant que personnes : le choix de sa profession, les loisirs, l'aménagement de son domicile, l'accès à la propriété, le bénéfice des routes, de l'électricité, etc. Collectivement, par son propre développement, la société porte un idéal commun d'un certain genre de vie souhaitable ou désirable. Elle contribue à la formation des habitudes ou des représentations collectives de la normalité de la vie quotidienne.

D'une manière ou d'une autre, l'appartenance sociale nous permet d'adopter un certain idéal de vie, c'est-à-dire une certaine image de nous-mêmes ou une certaine idée de ce que nous sommes et de ce que nous voudrions être. Sans doute dans toute collectivité, on peut se référer à des idéaux communs, plus ou moins partagés, de vie satisfaisante, auxquels, plus ou moins, chacun aspire. Cette *aspiration* à réaliser un idéal projeté, nous l'appellerons « l'existence ». Il s'agit du moteur intérieur qui nous pousse à vivre en cherchant à aller toujours mieux, selon les représentations que nous avons de la morale, de l'honneur, du devoir, de la spiritualité, de la vertu ou de la justice, de la richesse ou de la pauvreté, de la réussite, de l'amitié, de ce qui est important à nos yeux ou de ce qui ne l'est pas. L'existence, c'est le mouvement intérieur qui nous pousse à nous accomplir, en cherchant à réaliser nos ambitions, à dépasser notre condition immédiate, d'une manière ou d'une autre, à aller de l'avant.

Accéder à la dignité humaine, ou plus exactement, se forger sa dignité, ou *s'élever* en dignité, c'est *accomplir son existence par la poursuite de son idéal propre*, cet idéal étant à la fois une expression de notre personnalité, et un idéal socialement construit par des circonstances extérieures qui ont influencé nos perceptions. Tout ce qui fait obstacle à la poursuite et à la réalisation de cet idéal est une atteinte à la dignité, un frein dans notre élan vers notre accomplissement, une entrave à notre existence. Tout ce qui nous conduit vers la réalisation de cet idéal, nous élève dans notre dignité, c'est-à-dire dans notre sentiment d'exister.

Être digne c'est exister, c'est-à-dire fixer le sentiment de sa propre existence, qui est elle-même l'aspiration à vivre la « vie bonne ». La « vie bonne » est un idéal complexe d'images valorisées de soi et d'insertion dans des liens sociaux valorisants, où les autres nous considèrent à égalité avec eux-mêmes, nous reconnaissent comme leur pair.

Aspirer à exister est un effort (un élan) de chaque jour

Nous aspirons perpétuellement à la poursuite de quelque chose, dans un mouvement incessant vers la « vie bonne ». L'élan vital se renouvelle constamment, et le sentiment de sa propre dignité est toujours à conquérir. La plénitude, l'accomplissement, la satisfaction, la réalisation de soi, dans sa totalité, est le sentiment de sa parfaite dignité. Il est nécessairement fugace, instantané. Aussitôt, il s'échappe, et on retombe dans des sentiments plus mitigés de soi, où tout nous semble morose ou inutile. Ces instants moins heureux sont les plus nombreux et les plus longs, et c'est d'eux que part l'élan vital, la poussée vers une vie meilleure, l'*effort* que nous devons accomplir pour surmonter certaines formes de découragement, de frustration, de fatigue, d'ennui ou d'absence d'envie, afin de s'élever vers le sentiment de la satisfaction de soi par la réalisation de nos aspirations du moment ou à plus long terme. La maîtrise de soi ou de sa vie n'est jamais donnée. Pour y accéder, il faut accomplir des efforts, au sens abstrait du terme, c'est-à-dire aller

² On l'appelle aussi l'égalité formelle, qui signifie l'égalité en droit.

de l'avant, surmonter les sentiments négatifs, et s'engager dans la réalisation de ce que nous avons à accomplir.

Exister, c'est perpétuellement aller de l'avant pour accéder à la sensation de maîtriser sa vie. S'élever en dignité n'est possible que si on a envie de vivre. C'est surmonter le sentiment parfois envahissant et tenace d'absurdité ou de non sens de la vie. Exister, c'est chercher, par la poursuite de notre idéal, à donner un sens à sa vie. S'élever en dignité, c'est accéder au sens de la vie.

A la recherche de la « vie bonne »

En philosophie politique, on rencontre plusieurs façons de désigner cette aspiration à exister, à être quelqu'un ou à accéder au sentiment de la plénitude de soi, de la satisfaction absolue : on a parlé de la recherche du meilleur régime politique possible, de la justice, de la vertu, du droit naturel ou de la félicité, de la recherche du salut, de celle du bonheur, du profit ou de la maximisation de ses intérêts et d'autres choses encore. Nous choisirons l'expression de « vie bonne »³ que nous conserverons entre guillemets tout au long de l'ouvrage, parce que cette expression, pas plus qu'une autre, ne parvient à décrire véritablement ce qu'est cet idéal que chacun poursuit. Aucune définition objective ou abstraite ne peut être donnée de ce qu'est un homme dont l'existence est accomplie.

Est digne celui qui accède à la « vie bonne », c'est-à-dire, au sentiment que sa vie a un sens, à la maîtrise de soi, à la satisfaction, c'est-à-dire encore, celui qui accède à l'égalité dans ses relations avec autrui, à la paix sociale.

Dignité, égalité, paix sociale et liberté

L'avènement de la dignité humaine n'est possible que dans la paix sociale. Si tous les hommes dignes sont égaux entre eux et que, comme l'explique Hannah Arendt⁴, nul ne commande aux autres et nul n'est commandé par eux, la paix sociale est absolue. Aucun n'est frustré par autrui car chacun a de la considération et du respect pour l'autre. Chacun étant considéré et reconnu par autrui comme un pair, il n'y a aucune violence, aucun conflit, aucune frustration. Donc, aucun n'est insatisfait et chacun accède à son idéal de « vie bonne », au sens de la vie. La société tout entière accède elle-même à la « vie bonne », cette fois collectivement définie, qui est la paix sociale.

Nous allons maintenant transposer ce raisonnement dans l'ordre juridique et dégager les éléments juridiques de la notion de dignité humaine. Ces éléments doivent être disposés entre eux autour du mouvement général de l'existence. Nous l'avons dit, l'existence est un élan vers la « vie bonne », dans l'accomplissement de certains efforts qui nous permettent d'accéder à l'égalité et au sens de la vie. Il y a un mouvement d'élévation vers la dignité, ou d'élévation vers l'égalité, ou vers un idéal commun de « vie bonne ». Ce mouvement signifie qu'on doit s'arracher à quelque chose, qui serait l'indignité, c'est-à-dire l'inégalité, c'est-à-dire encore les désordres sociaux ou encore, sur le plan individuel, l'insatisfaction, le sentiment que la vie est absurde et que l'on est inutile au monde, un être dégradé, rejeté et exclu. Ce mouvement de l'indignité vers la dignité, de l'absurdité vers le sens de la vie, de la discrimination vers l'égalité, c'est l'existence. Le cours de l'existence, le mouvement de s'élever dans sa propre dignité, c'est la *liberté*.

Pour représenter ce mouvement, nous dirons que l'homme naît dans l'absurdité, le non-sens de la vie. Tout au long de son existence, il va chercher à atteindre quelque chose comme le bonheur ou la paix intérieure ou la réalisation de soi, un idéal de « vie bonne », qui lui procure la satisfaction de soi et le sentiment de sa propre dignité. Plus il s'accomplit, plus il est digne, plus il a le

³ Qui est celle retenue par Giorgio Agamben.

⁴ Voir le texte complémentaire en introduction.

sentiment de maîtriser sa vie et de donner un sens à sa vie. Cet élan vers le sens de la vie, c'est l'exercice de la liberté, de sa liberté de choix dans tous les sens du terme. Celui qui est libre définit son idéal et choisit les moyens de le réaliser, selon ses propres aspirations. Il ne subit aucune contrainte extérieure et donc, dans ses relations aux autres, il se trouve sur un pied d'égalité.

Le mouvement de l'existence, la liberté, c'est la ligne qui va de A à C sur le schéma ci-dessous. Au point A, la liberté est nulle et l'homme est absolument indigne. Au point C, l'homme jouit de sa complète liberté, de la maîtrise totale de sa vie, et il est absolument digne. Ce mouvement de l'existence, l'exercice de la liberté, va de la discrimination à son contraire, l'égalité, de la violence (la guerre) à son contraire, la paix sociale, de l'absurdité de la vie à son contraire, le sens de la vie.

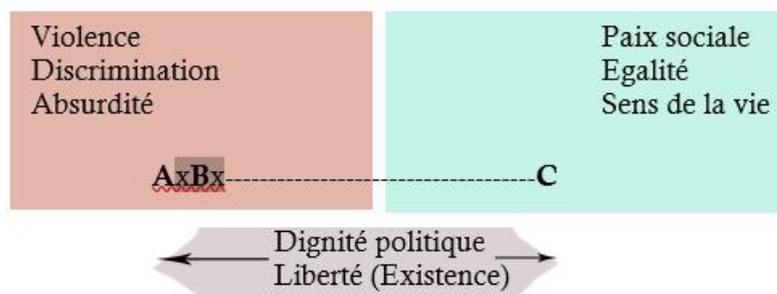


Schéma 1

2. La dignité politique

SOURCES Nous appellerons la dignité humaine dignité « politique » parce que, comme nous allons le voir, cette dignité n'est reconnue d'emblée qu'à celui qui a la faculté de participer à la vie politique de l'Etat, au citoyen. Selon Giorgio Agamben, la notion de dignité humaine, dans son sens juridique, est aussi ancienne que la cité grecque antique⁵. A cet égard, il ne faut pas confondre la dignité au sens juridique avec la dignité individualiste dont nous venons de parler, qui est le sentiment même de soi, de son existence propre, et qui n'est apparue que plus tardivement dans l'histoire des civilisations, lorsque l'homme est devenu son propre modèle, qu'il a cherché à trouver le sens de son existence en lui-même, et non plus par référence à une divinité, à la nature ou à une justice transcendante, et qu'il s'est ainsi détaché de visions cosmiques, mythologiques ou profondément religieuses du monde⁶. La dignité au sens juridique se rapporte au régime politique de la Cité, aux discussions sur le meilleur régime possible afin que la Cité accède à l'autonomie et à la paix sociale. Discuter du contenu de la dignité politique, concept qui n'existait pas comme tel à l'époque, c'est rechercher la meilleure façon de vivre en commun, sous la forme d'une société politique organisée, une unité socioéconomique, culturelle et géographique protégée des agressions extérieures et se suffisant à elle-même, où chacun pourrait vivre en paix.

⁵ Giorgio Agamben, *Ce qui reste d'Auschwitz, Homo sacer, III*, Payot & Rivages, Paris, 2003. Voir également pour les étymologies grecque et latine par exemple Jean-Frédéric Poisson, *La dignité humaine*, Les études hospitalières, Bordeaux, 2004

⁶ Voir par exemple : *Domat et la naissance du sujet de droit* in Bernard Edelman, *La personne en danger*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999, p. 47 ; Marcel Gaucher, *Le désenchantement du monde, une histoire politique de la religion*, éditions Gallimard, Paris, 1985

Toute la littérature sur le meilleur régime politique possible, sur la définition du droit naturel de l'homme ou des droits de l'homme, sur la notion de démocratie, se rapporte à cette recherche de la « vie bonne » en société, à la question de savoir comment on parvient à vivre ensemble selon des valeurs positives telles la richesse, la vertu, la justice, la morale, la félicité ou la nature, et en paix. La dignité politique, dans son sens juridique, a donc une origine philosophique très ancienne, aussi loin que les hommes se sont interrogés sur la meilleure façon de gouverner la Cité. Si, dans son sens juridique, la dignité politique n'est reconnue d'emblée qu'au citoyen, cela signifie qu'à l'époque d'Aristote, seuls les hommes masculins, libres, aisés et en bonne santé, pouvaient prétendre à la jouissance de cette dignité. Ces hommes étaient « élevés à la dignité de magistrats ». Ils étaient « honorables » et exerçaient des « charges publiques » notamment en « délibérant » au sein des institutions politiques chargées d'énoncer le droit, les règles de la vie en commun⁷. Tous ces aspects d'honneur public, de charge publique, de convenance (respectabilité), de participation au gouvernement de la Cité par la délibération en commun des gens élevés dans la hiérarchie sociale, notamment par leur richesse ou leur rang, sont toujours profondément ancrés dans la notion de dignité politique⁸. Le vocabulaire a changé, on ne parle plus de rang social, mais la structure juridique de la dignité politique est immuable. Aujourd'hui et sans doute encore dans mille ans, nous discutons toujours de savoir comment édifier une société meilleure, plus juste et à l'abri des désordres sociaux. C'est le sens même du politique. Par référence à la Cité grecque cependant, les sociétés démocratiques, égalitaires, qui ne reconnaissent pas les hiérarchies sociales et qui définissent pour tout un chacun les mêmes droits, du moins en apparence ou dans la théorie constitutionnelle du droit, ont considérablement étendu la portée de la dignité politique. Le citoyen au sens juridique en effet est tout individu titulaire de la nationalité et du droit de vote. *A priori* donc, des pans très étendus de la population jouissent de la dignité politique, sous réserve que d'autres facteurs entrent en considération qui limitent en réalité l'accès à cette dignité, comme nous le verrons.

Nous allons décrire l'un après l'autre les différents éléments de la dignité politique avant de les réunir dans une définition théorique, puis procéder à l'analyse de ses caractéristiques juridiques.

LA PROTECTION DE LA PERSONNALITE (EXISTER ET ETRE RECONNU) Est politiquement digne l'individu à qui l'ordre juridique reconnaît ou pour qui l'ordre juridique promeut la faculté de se développer sur le plan personnel. Le développement personnel signifie tout d'abord pour l'enfant, le droit à une éducation appropriée, la protection du cadre familial harmonieux dont sa survie, son développement affectif, la construction de sa personnalité dépendent, l'accès à la santé et à la salubrité et la scolarisation. Parvenus à l'âge adulte, l'homme ou la femme en société doivent pouvoir, de manière autonome, faire leurs choix de vie essentiels en fonction de leur personnalité, de leurs compétences, de leurs besoins et de leurs aspirations propres ceci, dans le contexte dans lequel ils vivent. Chacun doit ainsi être à même de conduire son existence en fonction de son propre idéal de vie et dans les limites matérielles qui nous entourent. Le cœur de la dignité politique est l'aspiration à exister, à être soi-même, à s'épanouir en fonction de sa propre particularité et des circonstances concrètes extérieures. La dignité politique a donc principalement un contenu existentiel en quelque sorte. Elle est le sentiment même de soi, l'expression de sa particularité, l'expression de l'aspiration de tout un chacun à exister au sens de s'épanouir, de se réaliser et d'être reconnu par les autres, la famille, les amis, les collègues ou le public, comme quelqu'un d'unique, de différent, ou d'irremplaçable, dont

⁷ Aristote, *Les politiques*, GF Flammarion, Paris, 1993

⁸ Sont synonymes de dignité des expressions telles que respect, amour-propre, considération, charge ou fonction (être élevé à la dignité de magistrat), décence, distinction, élévation (de sa condition sociale), fierté (drapé dans sa dignité), grandeur, honorabilité, noblesse, rang, respectabilité, titre, prestige, etc. La dignité renvoie à une image valorisée de l'être humain, à ses propres yeux et aux yeux des autres, du fait d'une condition sociale élevée ou respectable. Il y a dans la notion de dignité des éléments de considération, d'honneur public ou d'exercice d'une charge publique au sens d'élévation dans la hiérarchie sociale.

l'existence est utile et nécessaire. Cette aspiration à exister s'est traduite dans le droit par le principe de la protection de la personnalité dont les différents aspects sont principalement énoncés par l'article 8 CEDH, qui protège la vie privée et familiale. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

« [...] la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...]. Elle peut donc englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels, par exemple, que l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Au-delà du nom, la vie privée et familiale peut englober d'autres moyens d'identification personnelle et de rattachement à une famille [...]. Les informations relatives à la santé d'une personne constituent un élément important de sa vie privée [...]. La Cour estime de plus que l'identité ethnique d'un individu doit aussi être considérée comme un élément important de sa vie privée [...]. L'article 8 protège en outre un droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur [...]. La notion de vie privée comprend par ailleurs des éléments se rapportant au droit à l'image [...]. »⁹

Selon cette définition, est digne celui à qui l'ordre juridique reconnaît le caractère unique et irremplaçable. Si chacun est unique donc différent, on voit tout d'abord que la dignité politique est indissociable de l'affirmation de la pluralité ou de la variété des membres du corps social. Est digne ensuite, à partir de cette idée que la personnalité de chacun doit être protégée, l'individu qui jouit des libertés publiques garanties par l'ordre juridique comme par exemple la liberté d'expression, la liberté syndicale ou associative, la liberté religieuse, le droit de fonder une famille selon son bon vouloir et de choisir son domicile, la liberté économique, le droit de propriété, ou encore les droits politiques, le droit de vote ou d'éligibilité, etc. L'exercice de ces droits constitue autant de moyens de s'épanouir ou plus modestement, d'exister.

Une conséquence de cette théorie de la dignité politique est qu'il n'existe qu'un seul droit de l'homme, un unique droit fondamental que l'individu peut revendiquer à l'égard d'autrui ou de la collectivité, qui est le droit à la vie privée et familiale, ou le droit à la protection de la personnalité. Ce tronc commun est consacré, dans son expression la plus large, par l'article 8 CEDH. Tous les autres droits ou libertés n'en sont que des manifestations ou des extensions. Ils ne sont que des aspects particuliers du droit à la vie privée et expriment chacun à leur façon l'aspiration de l'homme à exister, à être soi-même en fonction de choix de vie autonomes, à la reconnaissance par ses pairs, à son intégration sociale et à la recherche de la « vie bonne ». Ainsi, par exemple, le droit à un logement décent, à un environnement sain, à la liberté d'opinion, à la santé, à la liberté d'entreprendre ou à la formation professionnelle, à la délimitation précise de son fonds immobilier, au versement d'une pension de vieillesse, à la protection des contrats privés par le droit, à la reconnaissance de son identité, à la protection particulière due aux mineurs. Tous ces droits se rattachent d'une manière ou d'une autre au droit à la protection de la vie privée et familiale, ou au droit à la protection de la personnalité et peuvent être déduits des garanties de l'article 8 CEDH. L'article 9 CEDH qui traite de la liberté de conscience et croyance, n'est qu'un aspect du droit à la protection de la personnalité. Il ne s'agit pas d'un droit de l'homme différent même s'il fait l'objet d'une jurisprudence séparée et si ses conditions d'applications sont propres à

⁹ *S. et Marper c. Royaume-Uni*, requête n°30562/04, arrêt de la grande chambre du 4 décembre 2008, § 66. Dans cet extrait, la Cour cite les arrêts suivants : *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, § 61, CEDH 2002-III ; *Y.F. c. Turquie*, n°24209/94, § 33, CEDH 2003-IX ; *Mikulic c. Croatie*, n°53176/99, § 53, CEDH 2002-I ; *Bensaid c. Royaume-Uni*, n°44599/98, § 47, CEDH 2001-I et les références citées ; *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 57, CEDH 2003-I ; *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A n° 280-B et l'avis de la Commission, p. 37, § 47 ; *Ünal Tekeli c. Turquie*, n°29865/96, § 42, CEDH 2004-X ; *Z. c. Finlande*, 25 février 1997, § 71, Recueil des arrêts et décisions 1997-I ; *Friedl c. Autriche*, 31 janvier 1995, série A n° 305-B, avis de la Commission, p. 20, § 45 ; *Sciacca c. Italie*, n°50774/99, § 29, CEDH 2005-I.

la liberté religieuse. La division du droit en différents pans est une manière de dépasser le phénomène de la complexité inextricable de l'existence. Trier les différents besoins liés à la protection de la personnalité nous aide à les formuler, à en discuter et à permettre leur protection juridique. Cependant, l'individu forme un tout, son existence ni son corps ne peuvent être découpés en morceaux, et de son propre point de vue, l'homme aspire à la garantie de sa vie privée et familiale, à la protection de sa personnalité comme un tout. L'article 8 CEDH est le coeur fondamental des droits de l'homme, le droit de l'homme à partir duquel tous les autres droits vont pouvoir être déduits.

L'APPARTENANCE A LA COLLECTIVITE Ne sont dignes politiquement que ceux ou celles dont l'ordre juridique reconnaît la pleine appartenance à la collectivité. Avoir le libre choix de sa profession est un bénéfice de la vie en collectivité. L'individu qui choisit sa profession exerce une liberté qui est satisfaisante pour lui et lui permet d'épanouir sa personnalité. Il ne peut le faire que parce qu'il est membre d'une société qui, par son organisation sociale, politique, économique ou culturelle lui offre cette perspective d'avoir la possibilité de choisir sa profession. Tous ceux qui peuvent effectivement choisir leur profession sont membres à part entière de la société politique, de la collectivité organisée, qui offre à ses membres le bénéfice du choix de leur profession. Dans cette société, sont dignes politiquement ceux qui peuvent potentiellement exercer ce choix, peu importe qu'ils saisissent cette opportunité ou non. Un jeune étranger qui n'a pas de statut dans un pays donné, qui par conséquent, n'a pas l'autorisation de travailler, et donc, qui n'a pas l'autorisation de suivre une formation, ne peut concrètement pas choisir sa profession. L'ordre juridique de la société dans laquelle il se trouve ne lui garantit pas ce bénéfice en pratique. Cet étranger ne peut pas en appeler aux tribunaux, sous prétexte qu'il a droit à la protection de sa personnalité et à l'épanouissement personnel, pour obtenir l'autorisation de travailler, quand la loi dit clairement qu'il n'en a pas le droit. Pour ce bénéfice collectif à tout le moins, il est exclu ou non-membre de la collectivité. Son droit au développement de sa personnalité et à l'exercice de ses libertés est amputé d'une garantie qui est autrement considérée comme normale dans une société donnée.

Et donc, est digne politiquement celui qui est reconnu par l'ordre juridique comme membre à part entière de la société politique, membre légitime, celui à qui l'ordre juridique offre « l'honneur public », terme antique aujourd'hui usagé que l'on traduira par la considération ou la reconnaissance. Est reconnu ou considéré, membre à part entière de la société politique, celui à qui l'ordre juridique accorde les bénéfices de la vie en société afin qu'il s'épanouisse, qu'il existe ou accède à la « vie bonne ».

LES BENEFICES COLLECTIFS Le contenu de la dignité politique s'étend à l'ensemble des aspirations à un certain idéal de « vie bonne » et à l'ensemble des droits reconnus et garantis par la collectivité.

Est digne politiquement celui qui possède un véhicule et qui considère que la possession de ce véhicule est un attribut normal de l'homme, c'est-à-dire qui est satisfait dans son désir d'accéder à une vie d'homme normal¹⁰, selon les représentations qu'il s'en fait. Ce désir n'existait pas au temps des chars à bœufs. Il est apparu avec le développement industriel et technologique de la société et, grâce à un certain développement économique, de pouvoir d'achat généralement

¹⁰ Certains philosophes reprochent à la société démocratique une tendance à la normalité, c'est-à-dire à l'égalisation des goûts et désirs des gens dans une certaine médiocrité (par exemple Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*) ou selon certains canevas normatifs de comportements peu différenciés (par exemple Foucault, *Surveiller et punir*).

répandu dans toute la société, ce type de désir pénètre les représentations collectives de la vie normale, ou de la « vie bonne », et en même temps le contenu de la dignité politique. Il s'agit là bien entendu d'une caricature. Disons que vivre en société offre une infinité de perspectives de développement personnel, d'épanouissement et de création de liens sociaux. Si ces perspectives sont généralement partagées, il se crée une certaine idée collective de la « vie bonne ». L'ensemble de ces idéaux de vie ou de ces modes de vie désirables et collectivement partagés sont des bénéfices portés par la société, des bénéfices de la vie en collectivité. Accéder à ces bénéfices signifie atteindre ou se rapprocher de la « vie bonne ».

LA DIGNITE POLITIQUE JURIDIQUE Nous devons maintenant faire la distinction entre la dignité politique individualiste, au sens sociologique qui est, comme déjà dit, le sentiment même de soi et de sa propre existence, de la dignité politique au sens juridique. Il faut procéder par étapes tant cette distinction est trouble. Le droit est une manifestation de l'existence des hommes dans l'ordre juridique. C'est-à-dire que les hommes aspirent à la reconnaissance de leur existence non seulement par leurs pairs, dans leurs liens sociaux, mais également par la collectivité en tant qu'organisation politique, c'est-à-dire à la reconnaissance ou à la garantie de leurs droits. Nous avons dit plus haut que le politique est la délibération sur l'art de vivre ensemble. La sphère politique est le lieu où s'expriment les idéaux de « vie bonne », individuels puis collectifs, si ces idéaux individuels sont convergents et trouvent un dénominateur commun. Depuis la sphère politique se forme le droit qui est l'expression de la volonté des hommes d'exister en tant qu'individu et en tant que collectivité. Le droit est la cristallisation des idéaux de « vie bonne » collectivement définis. C'est-à-dire que la dignité politique, l'aspiration à la « vie bonne », pénètre le droit à travers la délibération sur les idéaux communs. Il est impossible d'introduire toutes les nuances des préférences de chacun dans l'ordre juridique. Ce dernier n'absorbe qu'une part de la dignité politique, celle qui est la plus généralement partagée, et en fonction des ressources allouées. La part de dignité politique individualiste (au sens sociologique) qui se concrétise dans le droit est nécessairement une portion réduite de l'idéal de vie de chacun, le plus petit dénominateur commun de l'idéal de « vie bonne » de chacun, et ce plus petit dénominateur commun est l'idéal de « vie bonne » collectif, celui de la collectivité. La dignité politique au sens juridique est la part de la dignité politique individualiste qui a pénétré le droit. C'est une dignité réduite, nécessairement plus basse en termes d'idéal ou plus modeste que son homologue sociologique, dont elle est une expression tronquée, un avatar en quelque sorte. La dignité politique individualiste engendre la dignité politique au sens juridique, par injection d'une part d'elle-même dans l'ordre juridique.

Cette injection, cette cristallisation, c'est la définition des bénéfices collectifs sous la forme des droits auxquels chacun peut prétendre. Tous ceux qui sont titulaires des droits ainsi définis sont membres à part entière de la collectivité. En tant que tels ils sont titulaires, à égalité avec les autres membres de la société, de la garantie juridique d'accès aux bénéfices collectifs.

L'EGALITE FICTIVE Ne peuvent prétendre aux bénéfices de la vie en collectivité que les personnes égales entre elles. Si tout un chacun peut prétendre aux mêmes bénéfices c'est-à-dire aux mêmes droits, aux mêmes garanties juridiques des différents aspects de la protection de la personnalité, tous les membres de la société qui participent effectivement à ces bénéfices sont égaux en droit. Ils sont titulaires des mêmes droits. Le projet politique fondamental de la société doit donc être que chacun de ses membres puisse accéder également à la « vie bonne » à travers la garantie juridique des bénéfices portés par la collectivité, dont chaque membre est également titulaire.

L'égalité est une construction de l'ordre juridique. Avant de définir des droits auxquels chacun pourra prétendre, les membres de la société doivent se mettre d'accord, tacitement ou expressément, sur leurs idéaux de « vie bonne » collectivement partagés. Ils doivent élaborer leur propre vision de ce qu'est une existence satisfaisante. Ils pourront ensuite définir les inégalités par référence à ces représentations de ce dont tout un chacun devrait potentiellement bénéficier au moins, en tant que membre de la société. Ces représentations sont entièrement construites : elles sont une vision du monde et de l'existence, de nous-mêmes et de nos aspirations, influencées par nos modes de vie et comme déjà dit, par les différents développements technologiques, économiques, politiques ou culturels de la société. La perception des inégalités et l'expression de la volonté politique de les corriger, sont elles-mêmes socialement construites, une idée que nous avons de ce qui devrait être pour chacun de nous. L'égalité est atteinte lorsque chacun peut effectivement potentiellement accéder aux bénéfices de la vie en collectivité une fois que ces bénéfices ont été définis selon nos représentations de la « vie bonne ». L'égalité est juridique en ce sens qu'elle n'apparaît éventuellement que dans le droit, au simple niveau d'une garantie que les membres de la société peuvent invoquer. Il est sans importance qu'ils l'invoquent ou non. Ce qui compte c'est que, si un membre de la société souhaite accéder à un bénéfice généralement reconnu à tous les membres, alors l'ordre juridique lui garantit cet accès. S'il est confronté à un obstacle, il pourra faire valoir cette garantie à travers les procédures et obtenir ce bénéfice à égalité de droit avec les autres membres.

Est digne politiquement celui qui, à égalité de droit avec les autres membres de la société, est titulaire de la garantie juridique d'accès aux bénéfices collectifs.

LE NIVEAU D'EGALITE La garantie d'accès aux bénéfices de la vie en collectivité est un enjeu très important parce qu'elle va définir le niveau de satisfaction, le niveau d'élévation à la « vie bonne », c'est-à-dire le niveau de dignité politique généralement reconnu au plus grand nombre. Celui qui ne parvient pas à accéder à ces bénéfices autrement que par la garantie juridique, ne pourra pas s'élever au-delà du niveau juridiquement défini, qui impose une limite à la poursuite de la « vie bonne », c'est-à-dire une limite au développement de sa personnalité ou à son épanouissement. Dans des sociétés comme les nôtres, la définition des inégalités, l'appréciation de leur ampleur par exemple, puis la délibération sur les moyens que la collectivité va allouer pour élever les personnes défavorisées à une plus grande égalité, c'est-à-dire à une plus grande dignité, relèvent de décisions politiques. Ces délibérations politiques et les lois qui seront ensuite adoptées, fixent le niveau d'égalité juridique ou de dignité politique que la collectivité souhaite promouvoir en fonction des moyens disponibles et qu'elle est prête à mettre en œuvre. Dans la reconnaissance de leur dignité politique, les hommes sont inégaux à la naissance et tout au long de leur vie. Rien que par rapport au libre choix de sa profession par exemple, on voit bien qu'une personne non scolarisée ou qu'une personne lourdement handicapée aura un choix plus limité voire même aucun choix.

Par exemple, la collectivité accorde à ses membres le bénéfice de la scolarité gratuite dans l'idée que tous les membres doivent avoir la possibilité d'acquérir des connaissances et des compétences par la scolarisation en vue du libre choix de sa profession. Plus récemment, ce bénéfice collectif a été étendu aux enfants handicapés qui, concrètement, ne pouvaient pas aller à l'école, et pour qui la garantie juridique de la scolarité gratuite était purement théorique, c'est-à-dire sans signification. Maintenant, l'enfant handicapé est scolarisé, au besoin dans des structures spécialisées. Il a droit à l'enseignement gratuit et il peut revendiquer l'intégration scolaire, en fonction de sa propre particularité, sur un pied d'égalité avec les autres enfants. Cette revendication est juridiquement garantie en l'état actuel du droit, c'est-à-dire que l'enfant handicapé a acquis la reconnaissance de sa qualité de membre à part entière de la société qui offre le bénéfice de la scolarisation gratuite à tous les enfants. Cette absorption dans la qualité de membre a eu lieu au moment où l'enfant handicapé s'est vu reconnaître l'égalité juridique, c'est-

à-dire au moment où la collectivité a créé un cadre juridique et alloué des moyens en conséquence en vue de l'ouverture d'écoles adaptées à son accueil. Ces enfants ont ainsi été élevés à l'égalité juridique ou à la dignité politique à laquelle tous les autres enfants étaient déjà élevés, pour ce bénéfice-là, l'intégration scolaire. Désormais, tous les enfants ont un droit, artificiel et socialement construit, à la scolarisation gratuite. Ils sont dignes politiquement au sens juridique en tant qu'ils peuvent revendiquer l'accès à la scolarisation gratuite quelles que soient leurs particularités.

L'égalité donc est un phénomène exclusivement produit par le droit. Elle n'existe que dans l'ordre juridique. Tandis que la dignité est le sentiment de soi, de sa reconnaissance par autrui ou de sa discrimination. Pour prendre un autre exemple, admettons que selon le principe de l'égalité juridique, quiconque a droit à un « logement décent ». Les lois posent que tous les membres de la collectivité doivent pouvoir bénéficier au moins d'un tel logement. Elles énumèrent certains critères de décence (sanitaires, chauffage, eau courante, électricité, fenêtres, nombre de m² par personne, etc.) et prévoient des procédures administratives ou judiciaires qui permettent aux individus de se prévaloir de ce droit, par exemple contre le propriétaire du logement loué ou contre le constructeur de logements qui ne répondent pas aux normes d'aménagement du territoire. L'ensemble de ces règles et procédures définit pour chacun un certain niveau d'égalité dans le bénéfice du logement, juridiquement garanti. Mais chacun a ensuite sa propre idée du logement. Le particulier ne pourra exiger à travers les procédures administratives ou judiciaires que celui défini par le droit. S'il veut un logement plus grand ou un jardin, il ne peut compter que sur ses propres ressources pour s'en procurer un, dans les conditions où il vit (niveau des revenus, taille de la famille, marché de l'immobilier, etc.). Être digne politiquement signifie avoir un sentiment suffisant de bien-être dans l'habitat dans lequel on vit, quel que soit l'état du logement par ailleurs et indépendamment de la façon dont l'ordre juridique définit le logement « décent ». On rencontre des goûts à l'égard du logement aussi variés qu'infinis. Certains vivront dans leur maison en travaux, pourvu qu'ils soient propriétaires, d'autres préféreront un logement propre quitte à être locataires, d'autres ne voudront pas vivre sans jardin, d'autres encore n'iront pas habiter ailleurs qu'en ville. Celui qui ne se trouve pas bien dans son logement, est insatisfait quelle qu'en soit la raison, souffre une atteinte à sa dignité politique. Si son logement est « décent » selon les normes, il n'existe aucun moyen de droit pour en changer. Son insatisfaction n'est pas perçue par l'ordre juridique. La collectivité ne lui offre pas le bénéfice d'un autre logement dans la mesure où il a déjà atteint le niveau d'égalité juridique prescrit. Si la personne est handicapée et se voit allouer par les services sociaux un appartement au deuxième étage sans ascenseur, il y a des chances que les procédures contre une telle décision aboutissent au constat que ce logement est inapproprié. La prise en compte des particularités de cette personne, de son individualité, favorise la reconnaissance d'un certain niveau de dignité politique du plaignant. L'application du principe juridique postulant le droit d'accès au logement permet à la collectivité organisée, aux institutions, de percevoir les difficultés de la personne handicapée et de lui donner satisfaction par l'allocation d'un autre logement, accessible. On notera enfin que l'on peut vivre dans un logement indécemment sans jamais en appeler aux procédures pour obtenir une situation plus favorable.

SOUVERAINETE Est digne politiquement, celui qui est membre du souverain. Le souverain en effet décide du politique, de la « vie bonne » et élabore les moyens qui vont permettre d'atteindre cet objectif. Pour que chacun soit concerné dans sa propre existence par la définition des objectifs, chacun doit participer aux décisions politiques et à l'élaboration des moyens, et amener ainsi ses propres aspirations à la « vie bonne », son idéal de vie. Les particuliers doivent donc être eux-mêmes souverains pour être dignes. Ils doivent participer au politique, à la définition de l'idéal de « vie bonne » en société. J'emploierai l'expression être « dans le souverain » pour exprimer ce lien indissoluble entre la dignité humaine et la faculté de participer pleinement aux décisions publiques (peu importe que cette faculté soit exercée ou pas). Il ne s'agit

donc pas du souverain au sens étroit de gouvernement, mais au sens de celui qui maîtrise le processus décisionnel, le processus de choix, sur les idéaux individuels ou collectifs, celui qui a la faculté d'exercer sa liberté. Comme l'expliquait Annah Arendt à propos de la philosophie grecque antique, dans la sphère politique, nul ne commande à autrui et nul n'est commandé par autrui. Tous décident pour eux-mêmes et collectivement. Est souverain celui qui décide de tout sur son existence et exerce toute sa liberté sans aucune contrainte extérieure. Sont souverains tous les individus membres à part entière de la société à qui le droit reconnaît la pleine faculté de conduire leur existence, de développer leur personnalité et de s'épanouir. Ceux-ci sont égaux en droit entre eux. Ils accèdent également aux bénéfices de la vie en collectivité. Ils définissent eux-mêmes, car cela fait partie intégrante de leur liberté et de leur autonomie personnelle, quels sont ces bénéfices, ou quels sont ces idéaux, ou cette « vie bonne ». Parce qu'ils définissent ce qui est bon pour eux, ensemble, ils sont souverains. Ils ont la maîtrise de leur existence. Et donc, ils sont dignes politiquement. Sont dignes politiquement les membres à part entière de la société politique qui sont *dans le souverain*, c'est-à-dire qui ont la faculté de délibérer, à égalité avec les autres membres de la société, de ce qu'est la « vie bonne » et de la façon d'y accéder, dans le contexte sociopolitique dans lequel ils se trouvent. Dans nos démocraties actuelles, plusieurs millions de personnes ne peuvent pas délibérer ensemble ni chacune donner son point de vue sur telle problématique. Il existe cependant de nombreux moyens de participer à la vie publique. Pour tenir compte de ces difficultés, j'emploierai également l'expression être « proche du souverain ».

DEMOCRATIE et LIBERTE D'EXPRESSION L'égalité juridique n'existe elle-même qu'en démocratie, un régime politique dans lequel tous les hommes sont égaux en droit par définition et exercent collectivement la souveraineté¹¹. La vie publique démocratique est le lieu de la libre expression et de la délibération, de la discussion sur les intérêts des uns des autres et de leur confrontation. Or, la faculté de délibérer, de discuter des options est essentielle pour notre objet. En effet, la liberté d'expression permet la formulation des aspirations de chacun, puis des aspirations collectives, et la délibération sur les choix politiques de la collectivité. Ainsi se forment les politiques économiques, sanitaires, familiales, agricoles, d'enseignement public, de régimes de sécurité sociale, de protection de l'environnement, etc., une idée ou une opinion collectivement partagée de « vie bonne » en société. D'un point de vue collectif, la liberté d'expression ou, plus précisément, la possibilité de délibérer librement, de discuter, de proposer, de défendre tel point de vue, de faire valoir tel autre, est essentielle à la détermination puis à la formulation des différents composants de la « vie bonne » et donc des différents éléments de la dignité politique, et à leur consécration par le droit sous forme d'égalité juridique.

Du point de vue de l'individu revendiquant l'accès aux bénéfices collectifs, la liberté d'expression joue également un rôle, en cas de litige, sur le plan procédural, dans la relation entre l'individu et l'autorité. Si le tribunal est saisi d'un recours contre une décision défavorable, son jugement final n'est démocratique que si la procédure judiciaire est parvenue à intégrer une part de délibération, de discussion entre les parties au procès sur les intérêts de chacun, de confrontation des différents points de vue des protagonistes. Cette délibération permet de prendre en compte les circonstances propres à chacune des parties à la procédure judiciaire. A travers elle, l'ordre juridique prend la mesure de la particularité des plaignants, perçoit leur singularité, leur valeur comme personnes uniques et irremplaçables, chacun étant amené à défendre son point de vue, sa vision d'une solution juste, favorable à ses intérêts c'est-à-dire satisfaisante. La décision administrative ou judiciaire qui fait droit aux revendications particulières, a tenu compte de ces aspirations particulières et les a intégrées. Dans le même temps, à travers la décision administrative ou judiciaire favorable, l'ordre juridique accorde concrètement à l'individu sa reconnaissance,

¹¹ La circonstance que les démocraties actuelles sont le plus généralement représentatives et non pas directes n'a pas d'importance pour la théorie de la dignité politique, car la façon dont les différentes expressions de la « vie bonne » seront intégrées à l'ordre juridique est une question de sociologie ou de sciences politiques qui échappe à l'analyse du droit.

comme membre à part entière de la collectivité, par la satisfaction de ses intérêts en termes de dignité politique. Elle lui reconnaît l'accès au bénéfice qu'il a sollicité, et cet accès a quelque chose de valorisant. Le particulier a conservé la maîtrise de son existence en obtenant ce qu'il voulait.

Grâce à la délibération, aux discussions sur les intérêts de chacun, la décision, quelle que soit sa nature, doit aboutir à la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts, la notion de « juste » n'étant pas très éloignée de celle de « vie bonne ».

La liberté d'expression a encore un autre statut. Sa garantie est censée permettre la sauvegarde de la démocratie elle-même, en favorisant la critique du pouvoir ou de l'organisation politique, les propositions de changements ou d'innovations. En ce sens, elle est garante de l'ordre juridique. Elle intervient ici non pas sur le contenu du droit mais sur sa structure. La liberté d'expression ou, plus exactement, la possibilité de délibérer, a donc un statut juridique très ambigu. Elle est à la fois une expression parmi d'autres du droit à la vie privée et familiale, et une manifestation ou une forme de l'ordre juridique tout entier. La liberté d'expression est à la fois un droit individuel (à l'intérieur de l'ordre juridique) et un phénomène qui caractérise le régime politique démocratique (à l'extérieur de l'ordre juridique ou comme support de l'ordre juridique). En l'état actuel du développement de la science juridique et à ma connaissance, ce phénomène n'a pas de nom. Il ne s'agit pas d'un droit, ni d'une obligation, ni d'un acte de procédure, ni d'un contrat, ni d'un principe. Peut-être peut-on l'appeler « manifestation du pouvoir souverain » en se référant à la philosophie politique de Giorgio Agamben qui étudie ce phénomène dans *Homo sacer* dont la caractéristique est de se produire à la fois dedans et dehors, à l'intérieur et à l'extérieur du droit. Dans un régime démocratique, le particulier est à la fois souverain, créateur du politique, et sujet de droit, destinataire du politique. Dans l'action de délibérer librement dans l'espace public ou dans l'usage des différents instruments de l'ordre juridique, les procédures judiciaires ou les élections par exemple, le particulier agit à la fois comme simple destinataire de droits et comme membre du souverain, c'est-à-dire à la fois comme personne à qui l'ordre juridique reconnaît et accorde la dignité politique et comme entité qui produit cette reconnaissance ou en est la source.

LES EFFORTS DE LA COLLECTIVITE Tous les individus ne naissent pas égaux entre eux et les aléas de la vie provoquent parfois de lourdes chutes. Les carences personnelles peuvent être de toutes sortes : au niveau de l'éducation, de la santé, de la richesse, de l'âge, de l'environnement familial, etc. Les personnes qui perdent leur autonomie d'une manière ou d'une autre perdent la maîtrise de leur existence. Le droit à la sécurité sociale et tous les droits qui y sont associés comme le droit à un logement décent, à des conditions de travail qui ne sont pas dangereuses pour la santé, à un salaire minimum, à l'accès aux soins médicaux et à la prévention des épidémies par exemple, doivent permettre aux plus défavorisés de ne pas tomber dans la marginalisation sociopolitique et les préoccupations immédiates de survie, deux conditions avilissantes de l'homme. Un minimum de sécurité économique est la base fondamentale pour l'élévation à la dignité politique. Dans la misère ou la très grande pauvreté, aucun homme ne peut accéder à la « vie bonne », sauf extraordinaire capacité d'abnégation. Le commun des mortels cependant doit satisfaire un certain nombre de besoins, qui ont un certain coût économique, pour retrouver une image de soi suffisamment valorisante et avoir l'impression de maîtriser un tant soit peu sa vie. Le sentiment de sa propre dignité permet l'intégration sociale, de se montrer digne en société. La sécurité sociale aide les plus démunis à retrouver une image quelque peu digne d'eux-mêmes, et donc à renouer des liens sociaux lesquels sont indispensables à l'élévation de leur dignité politique, à la reconnaissance de leur valeur dans le regard d'autrui. Hisser une personne perçue comme défavorisée à une plus grande dignité politique, à une meilleure reconnaissance sociale de sa valeur comme personne unique et irremplaçable, suppose toujours des efforts de la collectivité : il faut organiser des débats publics afin d'arrêter une politique à suivre, mettre à disposition des fonds publics, adopter des lois, ouvrir des

administrations chargées de les appliquer et des tribunaux qui en contrôlent l'application correcte, il faut également former des professionnels de l'accompagnement social, etc. Une société n'est donc démocratique que si elle identifie les déficits des uns ou des autres et se donne les moyens de les compenser, ceci dans le but politique de reconnaître la dignité humaine à tous ses membres, c'est-à-dire de permettre à chacun de s'élever à la qualité de membre à part entière de la société par l'accès aux bénéfices généralement offerts à tous. Ainsi, les plus démunis économiquement deviennent membres à part entière de la société démocratique, ils sont reconnus par leurs pairs, s'ils ont effectivement accès au bénéfice généralement partagé d'une certaine sécurité économique qui va leur permettre de se montrer dignes en société. La collectivité fait l'effort de leur procurer ce bénéfice collectif de sécurité économique par la garantie du droit à la sécurité sociale, s'ils sont dans l'impossibilité de se procurer par eux-mêmes les moyens pour vivre.

Tous les problèmes individuels n'ont cependant pas à être pris en charge par la collectivité. Nombre d'entre eux se résolvent d'eux-mêmes ou les gens vivent avec. C'est le principe même de l'existence autonome. La société qui promeut l'égalité amène chez chacun une meilleure considération des autres, une meilleure prise de conscience de certaines carences de l'ordre social et du devoir de les corriger. Elle facilite ainsi la gestion privée des conflits et les actions de solidarité interindividuelle. L'exemple le plus frappant ces dernières années est le changement de statut social, politique et économique des femmes. L'initiative privée a sans doute été le moteur de ce changement. Seule une part de l'élévation des femmes à la dignité politique est due aux moyens mis en place par les autorités publiques, en particulier en ce qui concerne l'égalité des salaires et l'accès des femmes à la formation ou aux emplois publics. Dans les années 1980-1990, les autorités ont cependant fait d'importants efforts de promotion de l'égalité hommes-femmes et ainsi, une large part des transformations sociales sont venues des particuliers eux-mêmes, de leurs propres ressources, efforts et investissements, des changements de mentalités dans l'éducation des enfants et d'une meilleure intégration des hommes dans la vie domestique. La place des femmes dans la société a évolué dans le regard de l'autre en quelques décennies. Elles bénéficient de la reconnaissance et leur accès à l'autonomie tant économique que familiale ou politique n'est plus contesté sur le principe.

LES EFFORTS DES PARTICULIERS Les efforts des particuliers vont de soi. Chacun aspire à exister en principe. Exister signifie faire des efforts chaque jour. La collectivité accorde une plus grande rétribution en termes de dignité politique à certains efforts individuels qu'elle promeut. Par exemple, dans un monde marchand où, pour le plus grand nombre, les revenus proviennent du salaire, l'effort d'occuper un emploi est mieux gratifié en moyenne que celui d'occuper une charge religieuse ou familiale. Cela ne signifie pas qu'une femme au foyer qui s'occupe de ses enfants ne fait aucun effort dans sa vie quotidienne, mais seulement que le droit ne reconnaît pas cet effort en termes de dignité, et ne procure aucun effort de la collectivité pour compenser un manque de revenus. Si toutefois l'Etat engage une politique nataliste, alors par exemple la collectivité valorise le rôle de parent, accorde la considération ou « l'honneur public » aux fonctions familiales sous forme de campagnes publicitaires montrant des familles heureuses, suscitant dans l'imaginaire collectif un idéal de « vie bonne » en tant que famille. Parallèlement les pouvoirs publics mettent en place un système d'aides financières qui peuvent prendre des formes aussi variées que l'aide au logement, l'ouverture de crèches, l'aide à la scolarisation, l'aide sociale, des avantages fiscaux ou le congé parental. Dans nos sociétés contemporaines, le salaire permet de satisfaire l'aspiration de tout un chacun à vivre dans un certain confort, dans une certaine sécurité économique. La réalisation d'un salaire est donc particulièrement gratifiante en termes de dignité politique. Pour l'obtenir, les efforts des particuliers ne se valent pas tous et le droit ne prend guère ces différences en considération. Le droit du travail prévoit par exemple des compléments de salaire pour certains travaux pénibles ou dangereux ou pour le travail de nuit. Ces dispositions ne compensent que très partiellement les efforts importants que les exécutants de travaux difficiles doivent fournir. Les efforts des particuliers exigés ou reconnus par le droit n'ont

donc que peu de rapports avec la réalité quotidienne des uns et des autres. Ils dépendent de choix politiques.

La question de savoir si la collectivité peut exiger des efforts des particuliers en retour des bénéfices collectifs est délicate. Les rapports entre les efforts de la collectivité et ceux des particuliers sont complexes. Ils ne se correspondent pas. La collectivité ne fera d'efforts qu'en fonction d'un idéal collectivement prédéfini de « vie bonne » et dans des limites également prédéfinies. « Idéal » signifie que l'effort de la collectivité est un choix politique et non pas un rapport d'échange contre des avantages qui seraient procurés par les particuliers. Les particuliers visés par ces politiques compensatoires de déficits personnels, familiaux, économiques ou autres, sont déjà à un niveau très bas de dignité politique ou d'égalité. Le point de départ de l'effort de la collectivité est un grave déficit individuel car, pour que la nécessité de mener une politique compensatoire puisse être formulée par la collectivité, les carences doivent en principe être manifestes. Dans les conditions idéales, le souverain définit une politique sincère de solidarité sociale en vue de l'égalité de tous et met en œuvre les moyens de soutien appropriés sans solliciter de contrepartie, car son but est d'élever des personnes défavorisées à une plus grande dignité politique, c'est-à-dire à une meilleure intégration sociale, de les élever à la qualité de membres à part entière de la société. Il ne s'agit pas pour la collectivité d'en tirer elle-même un bénéfice propre, qu'elle puiserait sur le particulier, dans sa liberté et son autonomie, c'est-à-dire en restreignant celles-ci. Les restrictions à l'autonomie personnelle sont contradictoires avec l'objectif d'élever la personne à une plus grande dignité qui signifie une plus grande maîtrise de sa vie et donc une plus grande liberté. La reconnaissance de la dignité doit nous rapprocher du souverain, de la liberté de décider dans tous les aspects de notre vie privée, à l'abri des contraintes extérieures.

LA DEFINITION THEORIQUE Pour donner une définition théorique de la dignité politique, nous dirons qu'est digne celui ou celle qui est reconnu par l'ordre juridique comme membre à part entière de la société politique organisée, c'est-à-dire qui a le droit de participer aux bénéfices de la vie en collectivité à égalité avec les autres membres, de participer par ses propres actions ou inactions à la définition même de ces bénéfices en fonction du développement actuel de la société, et qui est titulaire en conséquence d'instruments juridiques appropriés pour faire valoir cette appartenance, c'est-à-dire la défense de ses intérêts privés ou la mise en œuvre de son égalité juridique.

ORDRE PUBLIC A la protection de la dignité politique est attachée la poursuite d'un certain « ordre public » que nous appellerons « l'intérêt de la collectivité ». Lorsque, pour justifier la mise en œuvre d'une politique quelconque, l'ordre juridique invoque les intérêts de la collectivité, il met en balance l'effort que la collectivité doit consentir avec l'intérêt privé du particulier à recevoir une meilleure reconnaissance, une meilleure satisfaction de ses besoins, une meilleure protection de son autonomie, une plus grande dignité. Lorsque le déficit personnel est grave (par exemple un handicap nécessitant de se déplacer en fauteuil roulant) et que les efforts que la collectivité doit assumer pour élever la dignité politique de la personne, lui permettre une plus grande autonomie de l'existence, sont très importants, il faut parfois procéder à une certaine balance. La collectivité peut accepter que certains désavantages ne puissent pas être compensés. En ce qui concerne l'intégration sociale des personnes handicapées par exemple, elle ne va sans doute pas envisager la rénovation de toutes les structures urbaines pour faciliter les déplacements. Mais tout est question de mesure et de bonne volonté. Nous verrons dans la jurisprudence de la Cour à quel point la bonne volonté de l'autorité publique, sa cohérence ou la mesure de ses efforts sincères sont une considération centrale, une espèce de phare de la fonction de juger. La collectivité peut chercher des compensations mitoyennes. Elle peut financer des campagnes

d'information pour sensibiliser l'opinion publique et susciter un plus grand investissement au niveau privé, ouvrir des écoles spécialisées et demander raisonnablement aux parents de rapprocher leur domicile de ces écoles, faire l'effort de faciliter l'accès des personnes handicapées aux emplois publics et montrer ainsi l'exemple, ou déplacer une bibliothèque d'un ancien bâtiment inaccessible sauf travaux de rénovation exorbitants, dans un bâtiment plus récent et construit aux normes d'accessibilité. Selon le principe de la proportionnalité, il faudra mesurer les efforts que la collectivité peut être amenée à consentir avec l'ampleur dans laquelle les intérêts privés seront satisfaits. Dans l'application de ce principe, tout l'enjeu est de déterminer les efforts que l'on peut exiger de la collectivité et de l'amener à les consentir effectivement. Une chose importante ici est que les intérêts des particuliers et ceux de la collectivité ne sont pas divergents, contrairement à une idée répandue. Ils ne sont jamais divergents en démocratie. Il est toujours dans l'intérêt de la collectivité d'améliorer la dignité politique de tous c'est-à-dire de satisfaire les intérêts privés. L'amélioration de la condition de chacun (individuelle) favorise la paix sociale (collective). Tout comme le particulier, la collectivité a la faculté de « s'élever en dignité », c'est-à-dire de poursuivre, dans le mouvement de son existence, la « vie bonne » qui serait la paix sociale. On ne parle pas d'une dignité de la collectivité car la dignité est attachée à l'être humain. Mais la collectivité a une existence en tant que telle, elle forme un corps social, une unité sociopolitique et géographique, et elle cherche à acquérir ou à préserver son autonomie. Elle poursuit donc des intérêts propres en tant que corps collectif. La poursuite de l'ordre public au sens de la poursuite des intérêts de la collectivité est toujours synonyme d'élévation vers la paix sociale, laquelle survient lorsque l'existence pleine et entière de la société politique est réalisée, dès que cette dernière atteint sa plus grande stabilité.

STATUT JURIDIQUE Juridiquement, la garantie de la dignité politique est relative, tout comme l'égalité. Un individu est plus ou moins proche du souverain et plus ou moins digne. La relativité touche tous les aspects de la dignité politique : son contenu est relatif, sa garantie est plus ou moins ancrée dans le droit et le cercle de ses bénéficiaires est relatif. Tout être humain n'est pas digne politiquement. Il faut un effort de la collectivité pour élever les plus défavorisés à une certaine dignité politique. Cet effort est très variable selon les cas et dans le temps. Le paradoxe est que, malgré son contenu fluide, changeant ou évolutif, extrêmement complexe en fin de compte, la dignité politique est aisément saisie et fixée par le droit. Il semble même que le droit n'ait de sens qu'en rapport avec cette dignité, sa consécration dans ses multiples aspects, sa limitation ou sa négation, car on voit maintenant que le droit est une manifestation de l'existence des personnes dans l'ordre juridique, de leurs aspirations à vivre la « vie bonne ».

LA ZONE D'INCLUSION Voici un schéma pour nous aider à comprendre les mouvements de la dignité politique dans le jeu des intérêts collectifs et privés :

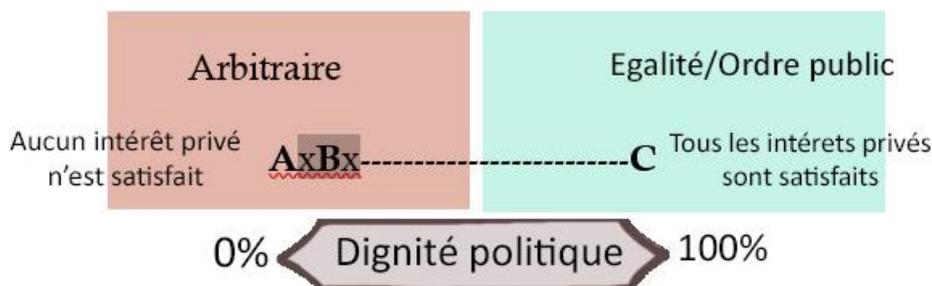


Schéma 2

La zone d'inclusion, d'appartenance à la collectivité, se trouve entre B et C, et la zone d'exclusion, de discrimination, entre A et B. La ligne de A à C représente la vie privée de la personne ou plus simplement, la vie, l'existence, et tous les droits et libertés qui y sont attachés, qui sont des manifestations de l'existence des personnes dans l'ordre juridique. Par commodité de langage, nous appellerons cette ligne « liberté ». La jouissance de la liberté est totale lorsque l'individu se trouve au point C, qui est le lieu de l'égalité juridique absolue. Ici, le particulier jouit de sa pleine liberté ou de son plein droit sans aucune restriction. Cette liberté est si entière qu'on a l'impression que l'autorité publique n'existe pas. La personne a le sentiment de maîtriser sa vie.

La dignité politique, relative, s'étend de B à C. Admettons que le souverain se trouve au point C. Au point C, les intérêts du souverain sont pleinement satisfaits, par définition, quels qu'ils soient. Le point C est le lieu de la satisfaction des intérêts privés ou publics. Si tous les individus se trouvent également en C, ils sont tous membres à part entière du souverain et le régime démocratique est pur. Leurs intérêts privés sont totalement satisfaits et l'effort de la collectivité vers leur élévation à la dignité politique est complet. Ils sont dans l'égalité absolue, ils jouissent de la dignité politique entière. Il n'y a donc pas de contrainte, aucune contrainte. Le point C est le lieu de la « vie bonne », de la plénitude de l'existence, de la paix sociale absolue. Notons que l'effort entier de la collectivité vers l'élévation de la dignité politique de tous ses membres signifie en même temps la satisfaction complète des intérêts du souverain. Au point C, les intérêts privés et les intérêts publics convergent ou se confondent. Il n'y a pas de concurrence entre ces intérêts. Il s'agit ici de la figure théorique parfaite. Dans la pratique, en admettant toujours que le souverain se trouve au point C, les individus sont plus ou moins proches de C. Plus ils s'en éloignent, plus l'effort du souverain doit être important pour élever leur dignité politique et les rapprocher de lui. Plus les particuliers s'éloignent de C, plus leur existence est difficile ou insatisfaisante, non maîtrisée. Si l'individu se trouve au point B, sa dignité politique est réduite à zéro. Au point B, il n'y a plus de dignité politique. Les intérêts privés sont niés ou laissés-pour-compte, gravement restreints de sorte que l'existence autonome n'est plus possible. Les individus sont dans la dépendance de survie et la marginalisation sociale, en dehors du lien social. Décrivons maintenant deux cas de figure, suivant que le souverain se trouve en C ou se rapproche de B :

- Si le souverain est au point C et que les particuliers sont proches de B, le souverain est détaché des particuliers. Ces derniers ne sont plus membres du souverain. La société est atomisée. Le souverain poursuit ses propres intérêts égoïstes lesquels sont dissociés des intérêts privés et vont même à leur encontre. Il mène sa propre existence et l'ordre juridique écrase celle des particuliers. La distance de C à B indique donc la mesure dans laquelle le droit accorde la primauté à la poursuite des intérêts propres du souverain, comme entité détachée des individus. La satisfaction des intérêts du souverain se réalise au détriment de l'égalité juridique ou de la dignité politique des individus lesquelles sont réduites à néant ou presque. L'effort de la collectivité pour élever les particuliers à la dignité politique est nul. La collectivité ne fait aucun effort. Nous étudierons plus avant les différents aspects de cette configuration dans la 2^{ème} partie.

- Admettons maintenant que nous sommes toujours en démocratie c'est-à-dire que les particuliers sont membres à part entière du souverain. Ce dernier se déplace en même temps qu'eux depuis le point C en direction de B. Les intérêts publics et privés sont toujours convergents ou confondus. Il s'agit seulement de délibérer quels moyens la collectivité peut mettre à disposition pour élever la dignité politique de ses membres. Le principe de la satisfaction de tous dans l'égalité n'est pas contesté et reste un objectif politique affirmé, mais les ressources font défaut. Les individus, qui jouissent de l'égalité juridique absolue, souffrent cependant d'un manque de satisfaction de leurs intérêts privés et ils s'éloignent de la « vie bonne ». Le souverain s'éloigne de la paix sociale et, tout comme ses membres, plus il se rapproche de B, plus il tend à se dissocier en individus isolés les uns des autres. Le lien social se décompose. Lorsque les individus et le souverain se trouvent au point B, la société politique

est complètement atomisée. Elle n'a plus d'existence indépendante, elle n'existe plus comme collectivité organisée. Le souverain comme tel a disparu et la vie n'a plus de sens. En outre, le point B est le lieu de la violence ou des troubles publics. Si le souverain et les particuliers se trouvent en B, la situation ressemble sans doute à celle de l'état de nature décrit par Hobbes dans le *Léviathan* où les hommes s'entretuent pour l'accès aux ressources de survie, et vivent en dehors de tout lien social. Notons le phénomène curieux qu'à aucun moment de ce processus le régime démocratique n'a été mis en défaut. Il est resté pur jusqu'à la dissolution complète de l'Etat.

Admettons que le souverain et ses membres se trouvent au point C. Le souverain reste toujours au point C par hypothèse. Si l'autorité intervient dans la vie privée du particulier, elle va restreindre sa liberté, exercer une forme de contrainte, qui n'est pas forcément violente, ni physique. Le curseur, pour le particulier, se déplace alors sur la ligne de la liberté en direction de B, selon que la décision de l'autorité entraîne plus ou moins de contrainte à son égard. Si la contrainte est faible, la dignité politique est légèrement entamée et le curseur se déplace légèrement sur la gauche de C. Si la contrainte est forte, la sauvegarde des intérêts publics priment, la dignité politique du particulier est plus nettement entamée, ainsi que son égalité juridique dans la même proportion. Le curseur se déplace alors franchement sur la gauche et se rapproche de B. L'appartenance de l'intéressé à la collectivité est moins bien reconnue. Le lien social, la solidarité ou la considération à son égard sont plus dissolus. Sa valeur comme personne unique et irremplaçable s'affaiblit dans le regard du souverain dont l'individu s'éloigne en proportion de la perte de sa dignité politique. Le curseur est ainsi mobile sur la ligne de la liberté, selon les circonstances de chacun, selon les données sociales, politiques, économiques ou culturelles, dans le temps et dans l'espace. La société est en mouvement et la dignité politique est sans cesse travaillée ou elle accompagne et reflète les perpétuels changements dans la vie des gens. La mesure de l'étendue de la dignité politique est une photographie de la société à un moment donné, de son régime politique et de son degré de paix sociale.

PROPORTIONNALITE Pour visualiser l'application du principe de la proportionnalité, il faut dédoubler et déplier le schéma :

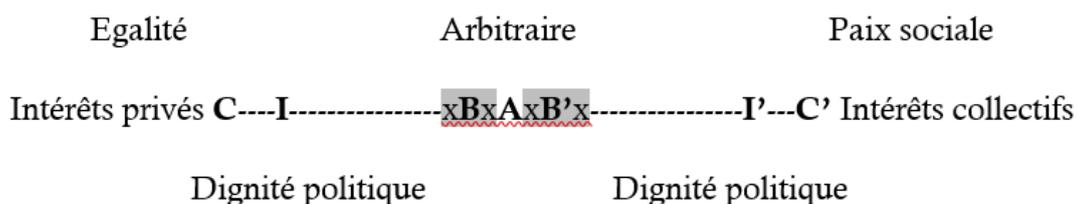


Schéma 3

Sur le schéma 3, le souverain se trouve en I' et les particuliers en I. On considère ici que les particuliers sont très proches du souverain. La proportion dans laquelle les intérêts collectifs sont satisfaits va de A à I' et la proportion dans laquelle les intérêts privés sont satisfaits s'étend, en sens inverse, de A à I.

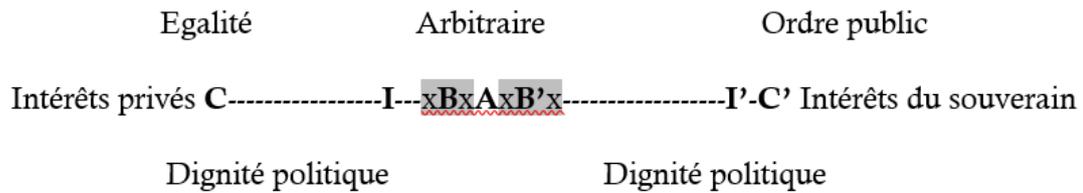


Schéma 4

Sur le schéma 4, le souverain se trouve en I' et les particuliers en I. On considère ici que le souverain s'est détaché des particuliers et poursuit ses intérêts propres. La mesure dans laquelle les intérêts des particuliers sont satisfaits s'est considérablement réduite. La proportion entre A et I (satisfaction des intérêts privés) puis entre A et I' (satisfaction des intérêts du souverain) ne ménage pas un « juste équilibre » entre les intérêts publics et privés qui sont cette fois divergents.

3. Le contenu identifiable

UN CONTENU EVOLUTIF L'énoncé de ce que devrait être idéalement le contenu de la dignité politique n'est pas possible dans l'abstrait et ne nous intéresse pas ici, puisque cela revient à discuter de la meilleure société possible non seulement quant à l'organisation institutionnelle de l'Etat, mais également quant au mode de vie des gens. La dignité politique est en fait éminemment mouvante dans son contenu historique. A un moment donné, au temps *t*, on peut désigner les différents éléments de sa composition par référence à une jurisprudence qui apparaît dominante, par exemple celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, cette jurisprudence évolue et s'adapte aux changements de mentalités, aux réalités économiques ou sociales du moment, aux aspirations formulées plus ou moins par le « peuple », aux nouveaux objectifs politiques, aux moyens que la société parvient à mettre à disposition. Cette jurisprudence n'est pas donnée pour l'avenir et ne correspond pas à celle du passé. Rien que dans la courte vie de la Cour, on a connu l'intégration de plein droit de l'enfant naturel dans la famille¹², la dépénalisation des rapports homosexuels¹³, la libéralisation de l'avortement¹⁴, l'égalisation des droits des hommes et des femmes dans de nombreux domaines, la relativisation de l'inscription civile du nom des transsexuels¹⁵ ou encore, si le droit interne permet l'adoption d'un enfant par un célibataire, l'adoption ne peut être refusée à une femme au seul motif qu'elle vit avec une autre femme¹⁶. Les évolutions récentes intègrent dans la dignité politique des préoccupations qui étaient inverses il y a seulement trente ans comme la protection du domicile contre le bruit urbain ou les nuisances chimiques de la production industrielle¹⁷. Nos

¹² *Marckx c. Belgique*, requête n°6833/74, arrêt du 13 juin 1979

¹³ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n°7525/76, arrêt du 22 octobre 1981

¹⁴ *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, requête n°14234/88, arrêt du 29 octobre 1992

¹⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, requête n°28957/95, arrêt du 11 juillet 2002

¹⁶ *E.B. c. France*, requête n°43546/02, arrêt du 22 janvier 2008

¹⁷ Parmi d'autres : *Guerra et autres c. Italie*, requête n°14967/89, arrêt du 19 février 1998 ; *Taşkin c. Turquie*, requête n°46117/99, arrêt du 10 novembre 2004

représentations de l'armée évoluent vers un affaiblissement de l'autorité absolue de cette dernière et cela se traduit aussi dans la jurisprudence de la Cour en termes de dignité politique, de savoir quels droits à la protection de sa personnalité le soldat peut invoquer contre l'institution militaire¹⁸ et même, encore plus récemment, de savoir quels sont les droits de la victime de manœuvres militaires à l'étranger¹⁹. Nos sociétés contemporaines sont maintenant confrontées à des évolutions de la médecine qui travaillent en profondeur la notion de dignité politique. De nombreux débats surgissent autour du droit à la procréation assistée et de l'importance respective qu'il faut donner à chacun des différents intérêts en jeu : le droit des futurs parents, celui de l'enfant à naître, celui de la science à se développer par l'expérimentation, celui des entreprises de pharmacologie à réaliser des profits dans ce domaine très marqué par les considérations éthiques, celui de la collectivité à ne pas permettre la venue au monde médicalement assistée d'enfants lourdement défavorisés du fait du risque élevé de difformité ou de handicap à la naissance²⁰. Enfin, l'importance que la médecine a acquise dans nos vies a ouvert les débats sur la question du droit à une mort décente²¹. Un des plus grands interdits de la religion chrétienne a ainsi subitement fait une avancée considérable dans les représentations collectives et est sans doute sur le point de se cristalliser dans le droit en termes d'égalité juridique, du droit de la personne gravement malade de mettre fin à ses souffrances par le suicide assisté, avec l'aide de la collectivité, dans le regard de l'autre. Nous touchons ici aux limites extrêmes de la dignité politique où être digne au sens de maîtriser sa vie, signifie pouvoir faire le choix non sanctionné pénalement (promu par le droit ou par l'effort de la collectivité) de sa propre mort.

Le contenu de la dignité politique témoigne ainsi de l'état des mœurs et des représentations collectives à un moment donné. En raison des évolutions multiples, la dignité de l'homme en société doit en permanence rechercher son idéal commun. A notre époque, l'idée d'une dignité de l'être humain doit encore s'adapter à l'inflation législative où de plus en plus de domaines sont couverts par de plus en plus de lois ou de conventions internationales, au développement d'institutions de plus en plus nombreuses et spécialisées et à la concurrence entre ces institutions. Elle doit encore se confronter à des domaines qui lui étaient complètement étrangers il y a peu. Ainsi, la protection du domicile contre les nuisances environnementales, ou la protection de la sphère privée contre le développement des technologies de la surveillance ou du stockage des données personnelles, interrogent elles aussi la notion de la dignité politique, son contenu et son étendue. Il faut sans cesse grossir ou ajuster les droits de l'homme. Chacune de ces questions nouvelles renvoie à la place de l'individu dans la société constituée, à la désignation précise des bénéficiaires qu'il peut tirer de son appartenance sociale, de sa légitimité à être membre, à la question de la reconnaissance juridique qu'il a subi une lésion dans l'un des biens protégés de sa personnalité, c'est-à-dire à la question de sa dignité.

L'EXEMPLE DE L'ENLEVEMENT DES DECHETS Pour donner une image plus concrète de la notion de dignité politique, avant de passer à un descriptif d'une jurisprudence choisie de la Cour européenne des droits de l'homme, prenons l'exemple imaginé du changement de pratique de l'enlèvement des déchets dans une localité quelconque, décidé par l'autorité publique. On part de l'hypothèse démocratique absolue où, au départ, tous les individus se trouvent en C et sont confondus avec le souverain. Le souverain, représenté par les autorités étatiques légalement constituées, ne se déplace pas du point C.

¹⁸ *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, requête n°21825/93, arrêt du 9 juin 1998

¹⁹ *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, requête n°55721/07, arrêt de la Grande chambre du 7 juillet 2011

²⁰ A ce sujet, voir parmi d'autres : Geneviève Trépanier, *Clonage reproductif et dignité de la personne humaine*, Liber, Montréal, 2006

²¹ *Pretty c. Royaume-Uni*, requête n°2346/02, arrêt du 29 avril 2002 ; *Haas c. Suisse*, requête n°31322/07, arrêt du 20 janvier 2011

Les habitants d'un village reçoivent une lettre de l'autorité communale qui leur demande de ne plus déposer leurs déchets devant leur porte mais de les mettre dans le local ouvert et aménagé à cet effet. Chacun a maintenant l'obligation de porter ses déchets, ce qui est une petite restriction à la maîtrise de sa vie quotidienne. Le curseur ici s'est très légèrement déplacé du point C vers la gauche. Il y a eu une toute petite réduction du principe d'égalité. Puis, en quelques jours probablement, tous les habitants de la commune s'habituent au nouveau local de déchets et c'est devenu un mode de faire normal que chacun accepte dans sa conception de la douceur de vivre. Le curseur est revenu sur le point C. Le contenu de la dignité a changé, il faut porter ses déchets, mais chacun s'étant adapté à satisfaction à ce changement, la pleine égalité est rétablie²². L'un des habitants de la commune cependant continue à déposer ses déchets devant sa porte. Pour lui seul, le curseur est resté déplacé légèrement sur la gauche du point C et son égalité n'est plus absolue. Ses voisins, qui n'aiment déjà plus voir les poubelles dans les petites rues du village ne vont pas manquer d'une manière ou d'une autre de manifester leur réprobation. Dans le regard de l'autre, dans la considération, la dignité politique de cet habitant est froissée. L'ordre juridique cependant ne sanctionne pas son comportement. L'autorité communale ne réagit pas. Elle ramasse les déchets du local et laisse la poubelle de l'individu récalcitrant devant sa porte. Par la force des choses, ce dernier finira par porter ses déchets au local. Le personnage bougonne mais malgré lui, le curseur revient au point C. Ici, le lien social, la proximité aux autres, à l'autorité communale, amène de lui-même, sans jamais avoir été porté par le droit, le rétablissement de la dignité politique complète, simplement par conformation aux modes habituels de faire de tous, lorsque ces modes produisent de la « vie bonne » en collectivité ou sont perçus comme tels.

Plus l'intervention de l'autorité est grave, plus le curseur se déplace sur la gauche en direction du point B et plus l'égalité juridique ou la dignité politique de l'individu se réduit. Nous sommes maintenant dans une grande ville. Les autorités informent les habitants par affichage que tout propriétaire d'immeuble doit se procurer à ses frais sur le marché une benne à ordures réglementaire, la benne devant être adaptée aux camions du service du ramassage. Un certain nombre de propriétaires auront peu de propension à consentir à ces frais. Après une période de tolérance, l'autorité de la ville réagit et intègre dans le droit la question de la fixation précise de la dignité politique de chacun, en adoptant un règlement qui sanctionne par une amende tout contrevenant. Monsieur ou Madame X, propriétaire d'un immeuble reçoit une amende qui est contestée devant l'autorité judiciaire. Le juge consulte les deux règlements de la ville puis ordonne à X de payer l'amende prévue par la loi et d'acheter une benne dans un délai d'un mois. En termes juridiques, on dit qu'il fait entièrement droit à la ville et déboute le particulier de toutes ses conclusions. Ce faisant, il a laissé le curseur là où il était, légèrement à la gauche du point C. Le particulier achète la benne, paye l'amende et deux mois plus tard, ces frais sont amortis, l'affaire est oubliée et le curseur est revenu de lui-même au point C. La contrainte est terminée et n'a aucune conséquence pour l'avenir. La douceur de vivre est rétablie.

Monsieur ou Madame Y est propriétaire de plusieurs immeubles. L'autorité lui inflige plusieurs amendes, plusieurs fois de suite en refusant d'entrer en matière sur la requête de Y qu'elle prenne une partie des frais à sa charge. Comme les amendes ont un montant progressif en raison de la récidive, le litige finit par porter sur une somme importante. Y saisit l'autorité judiciaire. Pour lui, plus que pour tout autre, le curseur s'est nettement déplacé sur la gauche du point C en raison de la contrainte économique qu'il subit, qui pourrait avoir la conséquence par exemple qu'il soit obligé de vendre un immeuble, notamment s'il est débouté et qu'aux frais de bennes et d'amendes plus les intérêts, il faille ajouter les frais de justice, les frais de son propre avocat et les frais de l'avocat de la partie adverse le cas échéant, au paiement desquels la partie qui perd le procès peut être condamnée. L'autorité judiciaire doit résoudre un litige qui pose d'emblée, manifestement disons, une question de proportionnalité. Peut-être que ce propriétaire aurait dû supporter les frais pour l'acquisition des bennes. Mais après coup, l'attitude de l'autorité de la ville pose problème. Il paraît excessif sans doute que l'autorité ait sans retenue infligé plusieurs amendes de

²² Il s'agit de l'égalité avec le souverain c'est-à-dire du retour des particuliers dans le souverain par l'épuisement de la contrainte.

suite, progressives dans leur montant qui plus est, alors qu'elle était en phase de négociation avec le propriétaire et qu'il n'y avait pas péril en la demeure. Son attitude montre qu'elle n'a pas fait le jeu de la délibération et qu'elle a cherché, par la contrainte économique, à marquer son pouvoir. Face à la revendication du particulier (qui paye aussi ses impôts) à défendre ses intérêts, ces intérêts qui ne portent pas atteinte aux droits d'autrui, l'autorité de la ville a manqué de bonne foi en ne se donnant pas les moyens d'une certaine écoute, en ne cherchant pas à résoudre elle-même le litige et en se cantonnant dans une position abrupte, arbitraire. L'autorité judiciaire ne va pas ici se contenter de consulter les règlements. Elle va faire appel aux principes généraux et aux règles de procédure de « l'Etat de droit » qui doivent amener la solution au litige dans la satisfaction mesurée de tous. Par exemple, elle peut vérifier la légalité des règlements de la ville qui doivent être conformes aux lois de l'Etat. Elle pourra aussi sûrement se référer à une loi générale ou à un principe juridique qui dit que, lorsque les frais d'équipement sont trop élevés pour le propriétaire, la collectivité doit en prendre une partie à sa charge. En matière de sanction en outre, les règles de procédure sont nombreuses et le principe de la proportionnalité joue un grand rôle à plusieurs niveaux, y compris dans l'opportunité d'infliger une sanction. L'autorité judiciaire pourra par exemple se demander s'il y a eu faute du particulier, si l'autorité de la ville a bien respecté le droit du propriétaire de participer à la procédure, si elle lui a bien notifié un avertissement préalable, avant chaque amende, et pensé à lui fixer un délai raisonnable pour engager les dépenses d'équipement. Dans le grand nombre d'affaires qui lui sont soumises, qui portent sur la vie privée et les affaires des gens, le juge a remarqué que le directeur de la société qui détient les droits exclusifs de fabriquer les bennes est un cousin du fonctionnaire responsable du service des infrastructures de la ville. Cela ne prête pas à conséquence pour le cas qui nous occupe mais peut-être qu'au moment de décider, le juge y pensera. A la fin, en fonction des débats, de la fortune du propriétaire, du coût des bennes, ou si par exemple l'autorité de la ville a reconnu une partie de sa faute et a annulé d'elle-même une partie des amendes, et en fonction de bien d'autres paramètres, la solution au litige pourra être que le tribunal annule une autre partie des amendes, condamne la ville à prendre à sa charge une portion des frais d'équipement, fixe un délai de six mois au propriétaire pour s'équiper pour le surplus, temps pendant lequel il ne pourra pas se voir infliger de nouvelles amendes. Les frais de justice sont mis à la charge de l'Etat et chacune des parties devra assumer ses propres frais d'avocat. En faisant partiellement droit aux revendications du propriétaire, l'autorité judiciaire a rétabli une certaine dignité politique, dans la limite des efforts qu'elle estimait raisonnable que la ville fasse dans le cas d'espèce. Le curseur s'est redéplacé quelque peu en direction du point C. Deux ans plus tard, les frais que le propriétaire a assumés sont amortis. Les frustrations qu'il a subies sont un peu plus longues à assimiler : le temps qu'il a dû passer à toute cette affaire, les courriers qu'il a dû envoyer, ceux qu'il a dû lire, tous les téléphones qu'il a dû faire, pendant lesquels il s'est énervé, une fois l'employé de la ville lui avait raccroché au nez, et les déplacements auprès de l'autorité où il essayait une fin de non recevoir, puis il a fallu prendre un avocat, encore produire des documents, se rendre à l'audience et attendre le jugement qui a pris un temps infini, tout cela ne s'oublie pas d'un trait. Mais finalement, à la suite de nouvelles élections les autorités de la ville ont changé, la vie continue, et le curseur est revenu au point C.

UNE DIGNITE PAR TRANCHES On voit maintenant que pour une seule personne il existe de multiples aspects de sa dignité politique. Cette dignité n'est pas un bloc uniforme. Elle est le sentiment de sa propre existence et ce sentiment est variable pour chacun de nous en fonction d'événements ou de critères infinis. Ce sentiment peut varier au cours d'une même journée. Le droit ne s'intéresse pas à tous ces détails et ne prend en compte que les grandes problématiques, les déficits manifestes en termes d'égalité, le plus souvent dont les conséquences sont durables. Mais on retrouve dans l'ordre juridique la division de la dignité politique en différentes législations spécialisées de sorte que, selon la loi applicable, une même personne peut prétendre à certains bénéfices mais pas à d'autres. En outre, il y a toujours une part d'efforts individuels et une part d'efforts collectifs de sorte que d'un côté, le sentiment de sa propre dignité ne peut

jamais surgir de la seule application du droit, et de l'autre, un individu qui n'est pas soutenu ou reconnu par la collectivité n'est pas digne.

JURISPRUDENCE AUTOUR DE L'ARTICLE 8 CEDH

Nous abordons le commentaire, en rapport avec la théorie de la dignité politique, de quelques arrêts choisis de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'article 8 CEDH. Ce type d'analyse peut être reproduit dans les mêmes termes pour toutes les libertés qui découlent du droit à la protection de la personnalité comme par exemple les articles 4 CEDH (interdiction du travail forcé et de l'esclavage), 6 CEDH (droit à un procès équitable), 7 CEDH (pas de peine sans loi), 9 CEDH (liberté de pensée, de conscience et de religion), 10 CEDH (liberté d'expression), 11 CEDH (liberté de réunion et d'association), ou 12 CEDH (droit au mariage).

A. L'appartenance à la collectivité

On peut trier les différents arrêts de la Cour selon les différents aspects de la dignité politique qu'ils illustrent, c'est-à-dire selon le niveau de dignité politique que le plaignant a atteint à travers la revendication de l'égalité en droit. Il y a tout d'abord les arrêts qui provoquent l'inclusion d'une personne discriminée à la société politique, c'est-à-dire l'entrée de cette personne dans la zone d'inclusion, dans la zone du droit ordinaire, d'où l'intéressé pourra, à l'avenir, défendre ses droits sur un pied d'égalité avec les autres membres de la société. Ces arrêts portent sur la délimitation des membres de la collectivité, sur la question de savoir qui est membre et qui ne l'est pas, sur l'appartenance du plaignant à la collectivité. Si cette appartenance est niée, le plaignant n'aura pas accès à la dignité politique et restera indigne à l'issue du procès. Si cette appartenance est affirmée ou confirmée, le plaignant devient un nouveau membre ou est conforté dans sa qualité de membre à part entière de la société, pouvant prétendre à la jouissance des bénéfices collectifs, à tout le moins de celui pour lequel il a engagé une revendication judiciaire. Le plaignant, c'est-à-dire « l'autre », doit être considéré comme un égal, comme un pair. Appartiennent à la collectivité les gens égaux en droits. Nous allons examiner comment cette égalité est reconnue et dans quelle ampleur aux femmes puis aux étrangers (a). Ensuite, nous examinerons la problématique de l'égalité en droit de personnes qui accusent un grave déficit, tel un handicap, lequel ne peut en principe pas être simplement compensé par le droit (b). Si la Cour admet la requête des plaignants, ces derniers ont accédé à la maîtrise de leur vie puisqu'ils ont obtenu la satisfaction, un pas vers la « vie bonne ». Ils se rapprochent ainsi du souverain ou deviennent membres du souverain au sens de la théorie sur la dignité politique, c'est-à-dire qu'ils jouissent d'une plus grande liberté ou d'une plus grande autonomie personnelle.

a. L'autre comme l'égal de soi (la composition du souverain)

aa. La dignité politique des femmes

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) a fermement posé le principe de la dignité politique entière des femmes²³. Les arrêts qui sanctionnent une inégalité entre hommes et femmes sont nombreux et touchent à toutes sortes de domaines. L'élévation de la femme à la dignité politique a amené de nombreux débats sur la rétribution des charges familiales et domestiques par la collectivité ou les autres formes d'aides comme l'ouverture de crèches, l'aménagement des horaires scolaires ou les priorités d'accès des femmes aux emplois

²³ Par exemple : *Schuler-Zraggen c. Suisse*, requête n°14518/89, arrêt du 24 juin 1993, § 67

publics. La revendication de l'égalité entre hommes et femmes s'est ainsi surajoutée à toutes sortes de litiges de la vie quotidienne. Voici un exemple sur les fonds de pension :

Dans l'arrêt *Stec et autres*²⁴, des hommes et des femmes au Royaume-Uni se plaignaient d'inégalités dans le versement d'une allocation pour perte de gains, financée par l'impôt, aux travailleurs devenus invalides à la suite d'un accident ou d'une maladie. En 1986, avec l'objectif de supprimer progressivement le droit à cette allocation, différentes révisions législatives introduisent des calculs variables selon le sexe, l'âge ou la date de survenance du risque. Les calculs deviennent très complexes et aboutissent à toutes sortes de disparités : pour certains hommes, la prestation était supprimée à l'âge de 65 ans ou à 70 ans et pour certaines femmes, la prestation était supprimée à l'âge de 60 ans ou bien gelée à vie. La Cour reprend sommairement les débats sur l'âge de la retraite menés au Royaume-Uni à chaque révision législative entre 1940 et 1995. Ces débats montrent que les autorités ont toujours gardé en vue la perspective de l'égalisation de l'âge de la retraite pour les hommes et les femmes (§ 31-35). Un comparatif des âges de la retraite dans les différents Etats membres montre que la moitié d'entre eux à peu près connaissent une égalisation hommes-femmes (§ 36-37). La Cour énonce le droit européen en la matière : une directive du Conseil de l'Union européenne assez peu contraignante (§ 38), et la jurisprudence de la CJCE²⁵ qui accorde sans autre, en s'appuyant sur la directive, que l'on peut légalement discriminer les femmes ou les hommes dans le but de faire des économies budgétaires ou pour « préserver la cohérence » des différents régimes de pensions (§ 39-41). Le gouvernement britannique s'est défendu d'abord en expliquant qu'il est logique de supprimer une allocation d'invalidité pour perte de gain à la personne qui entre en âge de la retraite et qui sort du marché du travail (§ 47). Il avance des prévisions chiffrées : une égalisation des différentes situations présentées devant la Cour représenterait un coût immédiat supplémentaire de 84 millions GBP (§ 47). Le gouvernement britannique se réfère ensuite à la directive européenne (§ 48) puis à la marge d'appréciation de l'Etat (§ 49). Il invoque la complexité des mouvements sociaux relatifs au monde du travail et à celui de l'égalisation hommes-femmes. En 1996, une importante consultation publique avait été menée qui avait abouti à la fixation de l'objectif d'égalisation à terme de l'âge de la retraite des hommes et des femmes à 65 ans. En raison des implications financières conséquentes, tant pour l'Etat que pour les particuliers, et pour préserver les droits des femmes qui escomptaient un accès à la retraite à 60 ans, il a été prévu un échelonnement de 2010 à 2020 du recul de l'âge de la retraite des femmes.

Ici, le gouvernement britannique a eu le souci d'une gestion démocratique de la société où les intérêts de tous sont pris en considération, ceux de la collectivité qui accuse une diminution des ressources financières, et ceux des particuliers qui ont passé l'essentiel de leur vie professionnelle avec la perspective de bénéficier de certains avantages à l'âge de la retraite. Finalement, un consensus s'est dégagé faisant converger les intérêts privés et ceux de la collectivité à l'élévation progressive de l'âge de la retraite des femmes à 65 ans et à l'égalisation des régimes légaux de prestations. Cette argumentation s'est trouvée suffisamment étayée par de nombreux documents publics qui rapportaient le travail de consultation et de réflexion sur les différentes options politiques et économiques, en toute transparence semble-t-il. On aurait pu reprocher un manque de synthèse et une extrême complexité du régime de transition qui crée des disparités. Mais la justification immédiate en est la protection des droits acquis des personnes qui ont travaillé plus longtemps sous l'ancien régime. Les requérants se plaignaient de discrimination selon le sexe mais ils sont déboutés. Ici, il suffisait à la Cour de constater que les autorités ont, de bonne foi, ménagé les intérêts de tous dans un esprit démocratique, de délibération. L'idée de l'égalité entre les hommes et les femmes n'est donc pas absolue mais doit tenir compte de la situation concrète des uns et des autres. Atteindre l'objectif d'égalité signifie « corriger des inégalités factuelles » (§ 51). En 1940, lorsque l'âge de la retraite des femmes a été abaissé, il s'agissait de compenser leur plus faible intégration sur le marché du travail (§ 61). Avec le changement progressif de la situation sociale, une plus grande proportion de femmes exerçant une activité professionnelle, le

²⁴ *Stec et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n°65731/01 et 65900/01, arrêt du 12 avril 2006

²⁵ Cour de Justice des Communautés Européennes

gouvernement a révisé sa position et décidé une adaptation de l'âge de la retraite (§ 62). L'effort de la collectivité pour élever la femme à la dignité politique diminue en même temps que l'intégration des femmes s'améliore et que le déficit à compenser s'atténue.

C'est donc sous l'angle de l'inégalité entre hommes et femmes que la Cour a abordé le litige sans jamais se prononcer sur la disponibilité des ressources publiques et en partant du principe que le droit à la rente est acquis. Tant les hommes que les femmes ont droit à une pension de retraite à égalité. Ils peuvent revendiquer le bénéfice de ce droit par les procédures judiciaires. La Cour n'a pas pu constater de consensus autour de l'égalisation des âges de la retraite pour les hommes et les femmes. L'idéal commun actuellement, celui qui est garanti par le droit, est un âge de la retraite plus précoce pour les femmes que pour les hommes. La Cour nous dit que cet idéal tend à évoluer vers l'égalisation et que d'ici une dizaine d'années probablement, le droit aura intégré ou cristallisé comme nouvel idéal commun un âge de la retraite égal pour les hommes et pour les femmes. Il existe par ailleurs des disparités quant à l'âge de la retraite. Elles s'expliquent pour des raisons historiques mais l'âge fixé dans la loi traverse une période d'évolution et d'adaptation aux ressources et fait l'objet de délibérations dans la sphère politique. Ces débats ne sont pas terminés. Actuellement, l'âge de la retraite se situe entre 55 et 65 ans environ. Chaque Etat fixe un âge plus précis dans sa législation avec une « marge d'appréciation » de dix ans. En l'état actuel, la Cour ne peut pas constater de cristallisation, dans le droit, d'un consensus autour d'un âge plus précis. L'idéal commun au niveau européen dit que le bénéfice collectif à disposition des membres salariés de la société est un accès à l'âge de la retraite entre 55 et 65 ans environ. Est digne politiquement ou accède à la « vie bonne » telle qu'elle est collectivement définie, ou est membre à part entière de la société, ou est membre du souverain, celui ou celle qui, s'il le souhaite, peut effectivement prendre sa retraite dans cette tranche d'âge, c'est-à-dire peut compter sur un revenu sous forme de pension.

ab. La place de l'étranger

Dans nos sociétés contemporaines, qui définissent l'appartenance sociale à travers la nationalité, l'étranger est par définition celui qui n'appartient pas à la société politique organisée. Son entrée physique sur le territoire de l'Etat ne fait pas de lui *ipso facto* un nouveau membre de la collectivité. L'absorption de l'étranger comme nouveau membre reconnu par ses pairs, titulaire des mêmes droits que les nationaux, est un processus à la fois politique, sociologique, et juridique. Politiquement, la société doit être prête à accueillir les étrangers et le cas échéant, elle en prévoit les modalités. Ensuite, l'étranger doit créer des liens d'intégration pour se faire connaître et reconnaître, se faire respecter comme une personne à part entière, égale aux autres. L'apprentissage de la langue, la scolarisation des enfants, l'accès au marché du travail, la participation à des activités associatives, socioculturelles ou sportives locales, la fréquentation d'une église sont des modes d'insertion de l'étranger dans un réseau social valorisant, qui lui donnent une utilité et une place dans la société. Sur le plan juridique qui nous intéresse ici, l'étranger accède au statut de membre à part entière de la collectivité s'il obtient l'autorisation de séjourner légalement sur le territoire et celle de travailler. Ainsi, selon la Cour :

« [...] la Cour rappelle que tous les immigrés établis, indépendamment de la durée de leur résidence dans le pays dont ils sont censés être expulsés, n'ont pas nécessairement une « vie familiale » au sens de l'article 8. Toutefois, dès lors que l'article 8 protège également le droit de nouer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur et qu'il englobe parfois des aspects de l'identité sociale d'un individu, il faut accepter que l'ensemble des liens sociaux entre les immigrés établis et la communauté dans laquelle ils vivent fait partie intégrante de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8. Indépendamment de l'existence

ou non d'une « vie familiale », l'expulsion d'un étranger établi s'analyse en une atteinte à son droit au respect de sa vie privée. »²⁶

L'octroi d'une autorisation de séjour assortie du droit de travailler est un acte fondateur de société en ce sens qu'il donne à un individu la qualité juridique de nouveau membre de la société politique organisée. Parfois, la reconnaissance de la qualité juridique de nouveau membre précède la reconnaissance sociale, par exemple lorsque le demandeur d'asile obtient l'asile peu de temps après son arrivée dans le pays d'accueil alors qu'il ne parle pas encore la langue et qu'il ne connaît personne. Parfois, la reconnaissance sociale précède la reconnaissance juridique, par exemple lorsque l'étranger qui a séjourné clandestinement pendant de nombreuses années dans le pays d'accueil dépose auprès de l'autorité compétente une demande de régularisation et l'obtient, avec l'aide de son « réseau de soutien » : ses voisins, ses amis, les enseignants de ses enfants, son employeur, le pasteur de l'église du quartier etc. Dans tous les cas, pour accéder à la dignité politique, à l'égalité juridique, aux bénéfices de la vie en collectivité c'est-à-dire à la reconnaissance de son droit à la protection de la personnalité au sens de l'article 8 CEDH, l'étranger doit obtenir les deux types de reconnaissance : la reconnaissance sociale qui va lui permettre d'exister, de se développer et de s'épanouir, et la reconnaissance juridique, qui le préserve d'un risque de détention administrative et d'expulsion forcée.

Dans l'arrêt *Emre*²⁷, il est question d'un jeune homme originaire de Turquie, arrivé en Suisse à l'âge de 5 ans, qui y a été scolarisé et y a passé ses années d'adolescence. La famille est autorisée à séjourner régulièrement en Suisse pendant plusieurs années. Mineur, le requérant est condamné à deux reprises pour différents délits, en tout à 8 ½ mois de détention, puis majeur, à nouveau à 5 mois d'emprisonnement ferme pour émeute et violation de la législation sur les armes (possession d'un spray lacrymogène, § 75). L'autorité pénale prononce l'expulsion du territoire pour 7 ans alors que le requérant est âgé de 21 ans. « L'intéressé fit encore l'objet de sanctions répétées pour violations des règles de la circulation routière » (§ 12). Se fondant sur l'ensemble des faits, l'autorité administrative ordonne l'expulsion définitive du territoire l'année suivante pour des motifs de sécurité publique. Le tribunal administratif confirme l'expulsion définitive au motif que le requérant présente un danger important pour la sécurité publique en raison du risque élevé de récidive. L'arrêt reproduit les rapports des autorités pénitentiaires qui avaient constaté une évolution dans l'attitude du requérant et une prise de conscience de sa situation. Le requérant avait en outre bénéficié d'une libération conditionnelle et, au niveau pénal, d'un différé à l'expulsion judiciaire (§ 18). Il y a ici contradiction dans l'appréciation de la situation entre le tribunal pénal et le tribunal administratif. Le requérant, âgé de presque 24 ans, est expulsé et il revient en Suisse clandestinement quelques mois plus tard. Le tribunal pénal le condamne à nouveau à trois mois d'emprisonnement pour des menaces proférées par téléphone contre sa petite amie et à deux mois pour rupture de ban. Au cours de l'exécution de la peine, l'autorité pénale accorde une mise en liberté conditionnelle mais l'autorité administrative ordonne immédiatement la détention en vue de l'exécution du renvoi, ce qui est à nouveau contradictoire. Le requérant est expulsé une seconde fois vers la Turquie. Après coup, la détention en vue du renvoi a été déclarée illicite par le tribunal compétent et un recours tendant à la suspension de la mesure d'expulsion était pendant au moment où la Cour a rendu son arrêt.

Le fait d'accepter un étranger sur son territoire en lui délivrant une autorisation de séjour ouvre, pour les Etats contractants, toutes les obligations de protection des droits individuels découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. En particulier, l'article 8 CEDH s'applique qui postule que, sauf motifs d'ordre public importants, l'individu a le droit de demeurer dans son milieu habituel de vie, proche de sa famille, dans le pays où il a grandi et y a développé le centre de ses relations sociales ou professionnelles. Selon la Cour :

²⁶ *Gezginci c. Suisse*, requête n°16327/05, arrêt du 9 décembre 2010, § 56. Voir aussi les explications du Tribunal fédéral dans son arrêt du 31 janvier 2012, 2C_1010/2011

²⁷ *Emre c. Suisse*, requête n°42034/04, arrêt du 22 mai 2008

« plus longtemps une personne réside dans un Etat particulier, plus forts sont les liens avec ce pays et plus faibles sont ses liens avec son pays d'origine. [Il faut donc] tenir compte de la situation particulière des étrangers qui ont passé la majeure partie, sinon l'intégralité de leur enfance dans le pays hôte, qui y ont été élevés et qui y ont reçu leur éducation. » (§ 69)

Dans cette affaire *Emre*, la Cour relativise les infractions commises en notant qu'elles ont généralement fait l'objet d'une peine plus lourde que la « normale », qu'elles ont pour la plupart été commises à l'âge de l'adolescence et que, en ce qui concerne la plus grave (coup de couteau sur un agent de police à l'occasion d'une descente dans une boîte de nuit), la culpabilité du requérant n'est pas établie (§ 75-76). La Cour conclut que, eu égard à la gravité relative des infractions commises et à la faiblesse des liens avec son pays d'origine, où il n'a pratiquement jamais vécu et dont il ne parle pas la langue, en prononçant l'expulsion définitive, l'Etat contractant n'a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts du requérant et de sa famille d'une part, et son propre intérêt à contrôler l'immigration d'autre part (§ 86).

Le droit de séjour confère à l'étranger le droit à l'existence, à la reconnaissance de ses liens sociaux et à la protection de son intégration dans son milieu habituel de vie qui est la base de son développement et de son épanouissement personnels. Chez les jeunes en particulier, l'assimilation des références culturelles et du mode de vie du pays hôte rend particulièrement difficile la reconstruction d'une identité ou d'une appartenance dans un autre pays. Monsieur Emre est politiquement digne parce que son existence est reconnue par l'ordre juridique au sens de considérée ou protégée suite à l'arrêt de la Cour. Son expulsion ou son exclusion n'est pas licite.²⁸

L'octroi du droit de séjour est donc, par substitution à l'octroi de la nationalité, une manière de signifier l'appartenance à la collectivité et s'oppose à l'expulsion. Cette appartenance a une étendue limitée au début, mais est susceptible de se consolider avec le temps. Par exemple, le droit de séjour se stabilise et devient droit d'établissement, ou bien l'étranger acquiert les droits politiques ou la nationalité. Lorsque l'étranger a commis des infractions et que l'Etat d'accueil oppose des motifs de sécurité publique au renouvellement de l'autorisation de séjour, la Cour se penche sur les liens d'intégration sociale du requérant qui conteste son expulsion. Les critères d'intégration sont nombreux et d'un poids variable d'une situation à une autre²⁹. Il n'est pas toujours très clair comment la Cour les articule. Leur examen cependant est un acte politique. En mesurant son intégration, la Cour exige que l'étranger se trouve dans une situation où aucun retour dans le pays d'origine ne paraît plus possible. Ce faisant, elle se substitue aux autorités étatiques et participe à la définition de la composition de la population d'un Etat à partir d'un point de vue socioculturel, moral ou politique, en exigeant de l'étranger qu'il adopte certains traits de socialisation ou autre, ou qu'il soit conforme à une image idéalisée de nous-mêmes, tels que nous nous représentons dans notre propre imaginaire. La vie des étrangers en rapport avec leur droit de séjour est scrutée à partir d'*a priori* culturels sur les bonnes mœurs et le mérite à devenir membre de la population d'un Etat. Si on fait la synthèse par exemple des différents arrêts de la Cour relatifs aux expulsions d'étrangers du territoire français, pourront prétendre à la reconnaissance de leur droit de séjour en France les étrangers qui y ont déjà séjourné de nombreuses années, ne commettent pas de délits, surtout pas en matière de stupéfiants, en tous cas ne récidivent pas, entretiennent toujours d'étroites relations avec leurs enfants s'il s'agit d'un homme, se marient s'il s'agit d'une femme, ne divorcent pas, ne parlent pas une autre langue et n'ont aucune connaissance des autres civilisations, c'est-à-dire sont incapables à vivre dans un autre

²⁸ Il se trouve que cet arrêt n'a pas été exécuté par le gouvernement suisse dans le sens où l'entendait la Cour, qui a rendu un second arrêt : *Emre c. Suisse (n°2)*, requête n°5056/10, du 11 octobre 2011. Voir à ce sujet Christophe Tafelmacher, *Suisse, CEDH et mise en péril de l'Etat de droit*, in *Plaidoyer* 1/2012, et l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 mars 2012, 2F_1/2012

²⁹ Pour une énumération des critères, voir : *Maslov c. Autriche*, requête n°1638/03, arrêt de la Grande chambre du 23 juin 2008

pays³⁰. Les critères de jugement ici, qui décrivent en arrière fond une image assez caricaturale de l'idée que nous nous faisons de l'étranger digne, sont artificiels ou moraux. Ils ne sont pas signifiants c'est-à-dire qu'ils ne rendent pas compte des multiples préoccupations de l'existence au sens de l'aspiration à vivre, à être soi et à maîtriser sa vie. La question principale que résout la Cour ne porte pas sur la mesure dans laquelle la liberté va pouvoir être exercée, plus ou moins de liberté d'expression, plus ou moins de droit de visite sur ses enfants en cas de séparation, plus ou moins de droit de participer à une grève syndicale ou autre. Au moment du litige devant la Cour, l'étranger est non-inclus et la seule question à résoudre est celle de son absorption dans la société politique comme nouveau membre ou le maintien de son exclusion. Il s'agit d'une décision entièrement politique, fondatrice d'une société nouvelle qui, si la décision est positive, s'enrichit d'un nouveau membre. Sont dignes ou membres à part entière de la société politique, les étrangers qui obtiennent le droit de séjour. Ceux qui ne l'obtiennent pas n'accèdent pas à la qualité de membre de la société et par là-même, leur existence n'est pas reconnue.

Ainsi, dans la décision *Sandra Dragan*³¹, il est question d'un couple de roms avec deux enfants âgés de 3 et 5 ans, originaire de Roumanie, qui demande l'asile en Allemagne en 1990 et est expulsé deux ans plus tard. Le couple revient en Allemagne sans visa après deux mois et fait revenir les enfants un an plus tard. Pendant son court séjour en Roumanie, le couple a demandé et obtenu la déchéance de la nationalité roumaine. L'expulsion de la famille vers la Roumanie est ainsi devenue impossible et malgré les importants efforts diplomatiques de l'Allemagne, la situation reste bloquée jusqu'en 2001. Des procédures internes en rapport avec l'état de santé de la mère se poursuivent jusqu'en 2003. Les enfants, une fille et un garçon, sont alors âgés de 16 et 18 ans. Ils ont passé pour ainsi dire toute leur vie en Allemagne, et notamment toutes les années d'adolescence au cours desquelles ils se sont pleinement intégrés par le biais de la scolarisation. L'expulsion vers la Roumanie, pays dont ils ne parlent ni n'écrivent la langue, signifierait l'interruption de leur scolarité, la coupure avec leur milieu habituel de vie et la perte de tous leurs repères socioculturels, le déracinement. La Cour déclare la requête irrecevable. C'est que toutes ces années se sont passées sans droit de séjour. La famille n'était pas tolérée sur le territoire allemand. Elle est entrée en Allemagne dans la zone d'exclusion et 13 ans plus tard, elle s'y trouve encore, sans aucun droit.

L'intégration socioculturelle des enfants n'a strictement aucune valeur juridique. Les enfants n'ont pas de « vie privée et familiale » en ce sens que leur aptitude à être reconnus comme membres dignes de la société allemande est nulle. On voit ici la rupture radicale entre les intérêts de l'autorité de police des étrangers et ceux de la société civile. Il ne servirait à rien que le doyen de l'école par exemple intervienne en faveur des enfants car la procédure n'est pas ouverte à la délibération démocratique. Les particularités individuelles des enfants, leur existence, leurs aspirations, leurs intérêts, ne sont pas pris en compte. Ils sont éloignés du souverain et seule leur vie au sens biologique est objet d'attention en ce sens qu'ils sont deux vies humaines qui doivent être expulsées du territoire. L'ordre juridique ne leur reconnaît aucun lien avec le pays hôte et l'accès aux garanties de l'article 8 CEDH est coupé. Celles-ci sont inopérantes. La Cour ne voit pas même le lieu de rendre un jugement : une simple décision d'irrecevabilité suffit, sans aucune motivation. Les développements de la Cour ne portent que sur le conflit qui oppose les parents et le gouvernement allemand (p. 18 à 20). La seule considération que la Cour daigne porter aux enfants, est le souci qu'ils ne soient pas renvoyés séparément de leurs parents. Malgré leur comportement non fautif à tous égards vu qu'ils étaient mineurs au moment des faits, les enfants sont absolument indignes.

³⁰ Parmi d'autres : *Dalia c. France*, requête n°26102/95, arrêt du 19 février 1998 ; *Bouchelkia c. France*, requête n°23078/93, arrêt du 29 janvier 1997 ; *Boughanemi c. France*, requête n°22070/93, arrêt du 24 avril 1996 ; *Aoulmi c. France*, requête n°50278/99, arrêt du 17 janvier 2006. En sens contraire : *Baghli c. France*, requête n°34373/97, arrêt du 30 novembre 1999 ; *Ezzouhdi c. France*, requête n°47160/99, arrêt du 13 mai 2001 ; *Nasri c. France*, requête n°19465/2, arrêt du 13 juillet 1995

³¹ *Sandra Dragan c. Allemagne*, requête n°33743/03, décision d'irrecevabilité du 7 octobre 2004

b. L'effort de la collectivité à l'égard des plus défavorisés (l'élévation vers le souverain)

Dans la décision *Pentiacova*³², il est question de personnes souffrant d'insuffisance rénale chronique qui, pour survivre, doivent se soumettre à des dialyses. En Europe occidentale, les personnes touchées par la maladie reçoivent trois hémodialyses par semaine. En Moldavie, les requérants n'en recevaient que deux ce qui ne permettait qu'une purification imparfaite du sang. En outre, ils n'avaient pas accès à tous les médicaments gratuitement et devaient acheter le sang de transfusion. Ils décrivent un équipement hospitalier désuet et dénoncent l'usage d'eau non distillée ou de machines en mauvais état, dont la durée de vie indiquée sur la fiche technique était dépassée. Ils se plaignaient de souffrir de maux de tête, de nausées et de vomissements, de crampes et d'autres souffrances liées à l'insuffisance du traitement. La Cour confirme que les garanties tirées de l'article 8 CEDH protègent l'intégrité physique et, si elles n'accordent pas en soi un droit aux soins médicaux gratuits, les financements publics doivent permettre d'améliorer la qualité de vie des personnes souffrantes, dans les limites des ressources disponibles de l'Etat qui doit fixer des priorités. Le système de soins moldave est relativement pauvre ce qui se répercute sur la qualité et l'accessibilité des soins vitaux. Les « traitements permanents et onéreux » ne peuvent « malheureusement » pas être garantis en l'absence de ressources publiques suffisantes. Ce qui est déterminant ici est que le niveau des soins de santé est généralement bas. Il n'y a pas de discrimination des requérants qui ont une grave maladie mais qui ont toutefois accès aux soins. Le gouvernement moldave a versé différents moyens de preuve qui ont convaincu la Cour que l'autorité a fait un certain effort avec une certaine bonne foi pour améliorer la situation des requérants. Il a produit des notes détaillées des différents soins remboursés pour chaque requérant, apporté la preuve que des machines neuves et un système de filtrage d'eau ont été achetés et les médecins ont témoigné qu'en cas de besoin, lorsque l'état du patient s'aggravait, ils pouvaient diagnostiquer trois hémodialyses par semaine. L'autorité a également produit le tableau clinique de l'un des requérants décédé en cours de procédure. Le tout peut laisser penser que les requérants reçoivent un suivi médical avec des difficultés mais néanmoins sérieux. Il ne manque pas de pièces au dossier médical et les rapports médicaux ne se contredisent pas. Il n'y a pas de distorsion manifeste entre le niveau des soins reçus par les requérants et l'état des structures de soins en Moldavie. L'important ici est que les requérants n'ont pas été laissés pour compte et que la collectivité a montré le souci d'améliorer leur condition en faisant un certain nombre d'investissements et en aménageant l'accès aux hémodialyses de la manière la plus équitable possible, en priorisant ceux qui paraissaient en avoir le plus besoin. Les autorités ont aussi entendu les revendications des requérants et ont renoncé au projet de fermer l'une des unités d'hémodialyses.

Ici donc, la compensation de l'invalidité liée à la maladie se heurte à la pauvreté de la collectivité, à son incapacité à faire plus d'efforts. Les intérêts de cette dernière ne sont pas « concurrents » à ceux des requérants. La collectivité montre au contraire son intérêt à l'amélioration du sort des requérants. Il suffit en outre que le gouvernement ait rendu crédible le manque de ressources financières. C'est sur le constat que les autorités ont fait des efforts que la Cour prononce l'irrecevabilité des revendications privées.

Ici, la dignité politique des requérants est radicalement basse. Ils souffrent d'une maladie grave, mortelle en cas d'interruption des soins. Ils sont dans la dépendance de survie. L'accès aux bénéfices de la collectivité (les soins médicaux gratuits) est une question de vie ou de mort. La dépendance est toujours le contraire de l'épanouissement ou de l'autonomie de l'existence. L'accès aux bénéfices de la vie en collectivité par ailleurs n'éteint pas le risque d'aggravation de la maladie et de décès. En outre, l'insuffisance des soins engendre d'importantes souffrances et leur rend la maladie particulièrement pénible. Quant à leur pauvreté, le fait qu'ils ne soient pas moins bien lotis que d'autres moldaves n'est évidemment pas une consolation. Leur vie est une souffrance ouverte, un effort de survie permanent, qui doit aller jusqu'à leur épuisement complet

³² *Pentiacova et 48 autres c. Moldova*, requête n°14462/03, décision d'irrecevabilité du 4 janvier 2005

et leur mort. La maladie grave et incurable est très difficilement compensable en termes de dignité politique. Il faut une force morale individuelle exceptionnelle pour surmonter les déficits. Quoiqu'il arrive, l'effort du particulier dans sa lutte pour l'existence sera toujours incommensurable, immensément plus grand que celui de la collectivité. Le droit ne perçoit cet effort que de façon floue et incertaine en ce sens qu'il ne le rétribue sous forme d'élévation dans la dignité politique que de manière parcellaire et même parfois artificielle. Les autorités politiques ont vite fait de ne considérer l'invalidité que comme une charge publique. C'est le lien social ici qui reçoit le mieux cet effort à travers la famille, le milieu médical et le milieu associatif. Ces différents acteurs qui accompagnent le malade, donnent sens à ce combat contre la maladie sous forme de reconnaissance et donc de dignité, et par les revendications qu'ils portent vers la collectivité. Les requérants de l'affaire *Pentiacova* n'étaient pas en dehors de tout lien social. Ils sont parvenus à faire part de leurs difficultés à travers les médias à un moment où leur situation devenait critique et ont mené différentes actions auprès des autorités politiques, lesquelles ont réagi à leurs demandes. La collectivité n'apporte qu'une satisfaction de substitution (une rente d'invalidité) ou éphémère (le temps d'effet d'un calmant ou un appui psychologique). Les bénéfices collectifs ne parviendront pas à restituer le goût de la vie ou seulement de manière imparfaite. La dignité politique ne pourra jamais être entièrement restaurée. Il reste que la collectivité ne doit pas s'arrêter devant le constat de son impuissance. Elle devrait toujours faire l'effort qu'elle peut et chercher mieux encore. Renoncer à l'effort de la collectivité signifie l'abandon de l'un des membres à lui-même, son rejet dans la zone de discrimination, la négation de sa dignité politique et, dans le cas d'espèce, sa mort certaine.

B. Les bénéfices de la vie en collectivité

Nous considérons maintenant que nous n'avons affaire qu'à des plaignants inclus, c'est-à-dire membres du souverain et politiquement dignes. Leur appartenance à la collectivité n'est plus contestée, cependant ils ont engagé une procédure judiciaire parce qu'ils n'ont pas eu accès à un bénéfice auquel ils affirment qu'ils ont droit. Il s'agit donc de définir les bénéfices collectifs auxquels les membres de la collectivité peuvent prétendre. Le bénéfice global ou général ou théorique est la maîtrise de sa vie, qui nous donne le sentiment de la plénitude de notre existence, la pleine satisfaction de soi, et qui nous permet d'accéder à notre idéal de « vie bonne ». Cependant, le droit ne peut pas postuler que chacun a la maîtrise de sa vie et il se décline donc en une multitude de représentations de ce qui nous semble, à une époque donnée dans une société donnée, être des éléments de la maîtrise de notre vie. Nous avons vu déjà que la scolarisation gratuite, les soins médicaux gratuits, le droit à une rente de vieillesse sont de tels bénéfices de la vie en société. Il n'y a que deux sortes de bénéfices collectifs : ceux qui sont garantis par le droit et ceux qui ne le sont pas, c'est-à-dire qui n'existent pas encore en tant que bénéfices collectifs. Les bénéfices collectifs garantis par le droit relèvent toujours de la catégorie des droits acquis (a). Ces bénéfices sont parfois nouvellement acquis (ou au contraire tendent à devenir désuets) et cela n'est pas encore clair pour tout le monde de sorte qu'il y a lieu, pour les plaignants qui n'ont pas pu y accéder concrètement, de faire reconnaître ce droit par les procédures judiciaires (b). D'autres bénéfices sont en gestation. Ils ne sont pas encore reconnus comme tels. Mais certains plaignants commencent à les revendiquer comme des bénéfices collectifs et peut-être qu'un jour, ils seront intégrés dans le droit, et alors, tous les membres de la collectivité pourront les revendiquer (c).

a. Le droit acquis

Dans le domaine des prestations contributives, le principe actuellement est que les ressources sont toujours suffisantes. Dans l'affaire *Kjartan Ásmundsson*³³, la Cour a jugé que le gouvernement

³³ *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, requête n°60669/00, arrêt du 12 octobre 2004

défendeur ne peut pas opposer aux revendications à une rente l'épuisement du fonds de pension, pas même lorsque ce fonds est privé. Il s'agit là d'une position de principe qui tient à l'historique de la condition salariale et des luttes syndicales, qui a donc des bases populaires et politiques affirmées. Pour renforcer l'idée que les travailleurs ont un droit acquis à une rente d'invalidité ou de retraite dès qu'ils remplissent les conditions d'années de cotisations et de réalisation du risque, la Cour a rattaché les litiges relatifs à ces revendications à l'article 1 du Protocole 1, qui garantit le droit à la propriété. Il ne fait ainsi aucun doute que le travailleur qui a cotisé toute sa vie a droit à une rente. L'aménagement et la garantie de ce droit sont organisés par la collectivité et font partie intégrante de la dignité politique. Avec l'extension du chômage de masse dans les années 1980, les fonds privés ont dû être complétés par des fonds publics et les gouvernements ont cherché à limiter les droits sur ces fonds par différentes révisions législatives parfois très subtiles qui ont considérablement complexifié la matière. Aujourd'hui, les lois de sécurité sociale sont d'un inextricable incroyable. Ce mouvement s'est heurté à différents niveaux à la conviction profonde que le droit à pension est bien un droit acquis. Il est intéressant de relever que la notion de droit acquis fait échec dans une certaine mesure à un autre principe de l'organisation politique qui est que le législateur est souverain et peut modifier la loi comme bon lui semble. Dans l'arrêt *Draon* par exemple, l'autorité française n'est pas parvenue à réduire le droit à une rente d'invalidité simplement en modifiant la loi, en ce qui concerne du moins les personnes dont le handicap était antérieur à la révision législative³⁴. Dans ce type d'affaires, le jugement de la Cour porte précisément sur la mesure du bénéfice que le particulier, en tant que membre de la société politique, peut revendiquer de la collectivité.

Le droit acquis à pension est l'un des droits garantis tant aux nationaux qu'aux étrangers³⁵. D'une manière générale, l'étranger qui réside légalement sur le territoire d'un Etat peut prétendre aux mêmes droits sociaux que les nationaux³⁶. Comme déjà dit, l'étranger en séjour légal, dans nos sociétés actuelles, est membre de la collectivité politique. Comme tel, il jouit de la pleine dignité politique et il peut se prévaloir de cette catégorie de biens collectifs : la protection contre le chômage ou l'invalidité et les droits à une pension de retraite ou à un congé parental.

b. La maîtrise de sa vie

Dans l'arrêt *Ünal Tekeli*³⁷, la Cour a constaté une violation de l'article 14 CEDH, qui interdit la discrimination, combiné avec l'article 8 CEDH, parce que la femme qui se marie selon le droit turc doit prendre obligatoirement le nom de son conjoint³⁸. La Cour relève que la tradition d'imposer le patronyme à la femme mariée « trouve ses origines dans le rôle primordial de l'homme et le rôle secondaire de la femme dans la famille » (§ 63). A présent, « seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe » (§ 53). En effet, « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres » (§ 59). La Cour relève que les intérêts des femmes mariées qui ne désirent pas prendre le nom de famille de leur mari n'ont pas été pris en considération (§ 61). Et encore que le Gouvernement n'a pas démontré que le changement de loi à propos du nom de famille de la femme mariée entraînerait des inconvénients concrets pour les époux ou des tiers, ou serait une atteinte à l'ordre public (§ 66). En conséquence, elle considère que l'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte l'inconvénient de devoir modifier les registres de l'état civil, afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément au nom qu'elles ont choisi (§ 67).

³⁴ *Draon c. France*, requête n°1513/03, arrêt de la Grande chambre du 6 octobre 2005

³⁵ *Gaygusuz c. Autriche*, requête n°17371/90, arrêt du 16 septembre 1996; *Koua Poirrez c. France*, requête n°40892/98, arrêt du 30 septembre 2003

³⁶ *Luczak c. Pologne*, requête n°77782/01, arrêt du 27 novembre 2007

³⁷ *Ünal Tekeli c. Turquie*, requête n°29865/96, arrêt du 16 février 2005

³⁸ Violation également lorsque l'enfant ne peut prendre que le nom de son père : *Cusan et Fazzo c. Italie*, requête n°77/07, arrêt du 7 janvier 2014

Dans cette affaire, deux idéaux communs (européocentrés) se combinent, l'un relatif à la composition du souverain, l'autre à la définition de la « vie bonne » c'est-à-dire des bénéfices collectifs. On voit tout d'abord que l'intégration de la femme au souverain est acquise. Il n'y a donc pas lieu de discuter s'il est bon ou mauvais pour l'ordre public que le nom de la femme mariée change. Le gouvernement défendeur ne peut pas opposer ses intérêts divergents à la protection des bonnes mœurs. En tant que membre à part entière de la société politique, la femme a le droit de revendiquer l'égalité. Peu importe sa motivation, c'est-à-dire que la requérante n'a pas à justifier moralement (ou politiquement) cette revendication. Au contraire de ce qui se passe concernant le droit de séjour des étrangers, chaque arrêt de la Cour concernant le statut juridique de la femme n'est pas un acte fondateur de société. La fondation est déjà donnée, la femme est déjà membre à part entière, et le point de départ du jugement est donc la mesure du bénéfice qu'en tant que membre la requérante peut revendiquer. Nous sommes dans la délibération, la discussion autour de la « vie bonne ». Il se trouve que le second idéal commun dont il est question ici est acquis également. En effet, les membres de la société politique peuvent revendiquer le bénéfice de la protection de leur identité. Le choix du nom au moment du mariage est devenu ces dernières années un élément de la dignité politique, c'est-à-dire de choix personnel, de maîtrise de ses propres affaires. D'une manière générale, dans la jurisprudence de la Cour, l'individu doit pouvoir rester maître des données qui le concernent³⁹. Ici, la collectivité n'a pas à refuser cette autonomie à la requérante pour la seule raison qu'elle est une femme, car son intérêt convergent est de permettre l'égalité de tous dans l'accès aux biens collectifs généralement admis, en vue de favoriser la paix sociale. Là encore, cela n'a aucune importance de savoir pourquoi, après son mariage, Mme Ünal Tekeli souhaite conserver le nom de famille qu'elle avait à la naissance. La collectivité devra donc faire l'effort de modifier la loi et l'inscription civile dans les registres de l'Etat.

*

Dans l'arrêt *Glass*⁴⁰, il est question d'un enfant de 14 ans au moment du dépôt de la requête, gravement handicapé et hospitalisé à plusieurs reprises pour des soins intensifs. L'enfant est incapable de décider des soins pour lui-même. Un conflit assez rigide s'est ouvert entre la mère et le médecin traitant de l'hôpital. Ce dernier proposait l'administration de morphine pour soulager les douleurs ce que la mère refusait catégoriquement au motif que ce traitement risquait de précipiter la mort de l'enfant. Finalement, la mère et le médecin parviennent à un accord pour l'administration de morphine mais l'enfant s'est vu administrer de la diamorphine ce qui a aggravé le conflit. La mère reproche au médecin d'avoir administré une dose pour adulte. Elle engage une procédure judiciaire contre lui et l'enfant est orienté vers un autre hôpital pour d'éventuels soins ultérieurs. La Cour examine toutes les sources documentaires disponibles au Royaume-Uni à propos de ce genre de conflit : la jurisprudence, les recommandations de l'Ordre des médecins, les recommandations de l'Association médicale britannique, celles publiées par le ministère de la santé, une loi intitulée le « Guide de référence sur le consentement à un examen ou un traitement », et le « Guide du ministère de la santé sur le consentement ». Toutes ces sources déclarent que seuls les parents de l'enfant peuvent donner le consentement. Le médecin ne peut que proposer le traitement. Dans l'intérêt de l'enfant, en cas de conflit avec les parents cependant, le médecin peut saisir le juge. L'autorité judiciaire peut ensuite rendre un avis contraire à celui des parents et avaliser la proposition du médecin. La Cour reproche ici au médecin d'avoir laissé le conflit s'enliser sur plusieurs mois, d'avoir cherché à surmonter l'opposition de la mère par la contrainte, notamment à l'occasion d'une nouvelle hospitalisation d'urgence où il fallait prendre une décision rapidement. Or, les différentes recommandations et la jurisprudence britanniques ne lui donnaient aucun pouvoir de décision sur le traitement à suivre et c'était à lui que revenait l'initiative de saisir le juge s'il pensait que l'opposition de la mère était contraire à l'intérêt de l'enfant. Il a tenté d'imposer sa volonté alors qu'il devait faire l'effort,

³⁹ Parmi beaucoup d'autres : *L. L. c. France*, requête n°61259/00, arrêt du 11 janvier 2007 ; *Johansson c. Finlande*, requête n°10163/02, arrêt du 6 septembre 2007

⁴⁰ *Glass c. Royaume-Uni*, requête n°61827/00, arrêt du 9 mars 2004

comme autorité, de résoudre le conflit. A cette fin, il aurait dû respecter les quelques accords auxquels il était parvenu avec la mère et pour le surplus, il aurait dû anticiper l'éventualité de nouvelles hospitalisations et saisir l'autorité judiciaire. Ici, le droit protège l'autonomie de la volonté de la personne insérée dans la sphère médicale.

Le médecin ne peut pas opposer à la volonté de la mère son propre droit à l'exercice libre de sa profession, son propre désir de développer son savoir ou de le mettre en pratique, ni son aspiration au plein épanouissement dans sa vie professionnelle. Dans son rapport à l'enfant et à la famille de celui-ci, il n'est pas un particulier comme un autre. Son savoir et les supplications du patient gravement atteint dans sa santé le placent dans un rapport d'autorité. Il y a une relation de dépendance entre le patient et le médecin. Par ailleurs, la pratique du médecin porte sur la vie elle-même. L'objet de la science de la médecine est la vie au sens biologique du terme. Selon la philosophie d'Agamben, lorsque l'exercice du pouvoir porte sur la vie même, la victime perd sa qualité d'être humain. Elle est instrumentalisée. Elle devient objet de pouvoir, *homo sacer*, dont le meurtre n'est pas sanctionné. De nos jours, et cette évolution est très récente, l'ordre juridique identifie le médecin traitant à une source potentielle d'abus et lui retire le pouvoir de décision. L'exercice du pouvoir médical est encadré par le droit, qui prévoit un certain nombre de procédures pour restituer au patient la liberté de décider sur lui-même, sa propre santé, son propre devenir, en acceptant ou en refusant le traitement proposé. Le rapport entre le patient et le médecin est passablement réglementé. Il fait l'objet d'abondantes recommandations et d'une imposante jurisprudence. Ce cadre juridique rétablit théoriquement le rapport entre le médecin et le patient sur un pied d'égalité. Le premier propose le traitement qu'il estime adéquat et suffisant, informe des risques, et le second choisit s'il accepte ou non ces risques. Il y a une forme de codécision, mais celui dont la vie est en jeu a le mot de la fin. C'est un rapport d'échange et de délibération, ou de négociation. En cas de conflit, il appartient en premier lieu à celui qui est potentiellement une source de pouvoir sur la vie, le médecin en tant qu'autorité, de faire les efforts pour le résoudre.

L'égalité n'est que juridique en ce sens qu'elle n'apparaît que dans l'ordre juridique. Il existe des règles de droit qui limitent la mise en œuvre du savoir du médecin. Une procédure judiciaire est ouverte en cas de conflit qu'il incombe au médecin d'utiliser. Le juge aura à entendre les arguments des deux parties et faire application des règles de la proportionnalité pour résoudre le litige. Si le patient subit un dommage, la réparation éventuelle ne peut être ordonnée qu'à la suite d'une procédure judiciaire. L'égalité juridique est cette potentialité et parfois cette obligation d'en appeler aux règles et aux moyens juridictionnels, par prévention, avant que le dommage ne survienne, ou en vue de la réparation. L'ordre juridique doit aussi laisser la liberté au patient de ne pas poursuivre le médecin qui a commis une faute, ou reconnaître que la médecine n'est pas une science exacte et permettre aux médecins d'exercer leur profession sans crainte de procédures judiciaires en toutes occasions. L'ordre juridique, à travers les lois et leur mise en œuvre, doit réaliser cet équilibre.

4. L'écart démocratique

Donc seule l'égalité, c'est-à-dire l'appartenance à la zone d'inclusion, au souverain, est juridique c'est-à-dire fictive, artificielle. L'égalité se crée en même temps que la société politique, et peut-être se confond avec elle si on considère que l'inégalité est un « état de nature » au sens hobbesien, antérieur à la civilisation. La société politique atteint son niveau de développement le plus élevé, sa plus grande stabilité lorsqu'elle rejoint le niveau démocratique, celui de la plus

grande égalité entre les hommes. La délimitation de la composition du souverain est une création de la volonté, une décision arbitraire de tri entre les gens inclus/exclus mais qui, pour atteindre l'objectif de paix sociale, doit tendre à englober tous les êtres humains sans distinctions.

Pour illustrer ce caractère artificiel de la société politique, prenons l'exemple du statut de l'enfant. Ce statut a considérablement évolué dans l'histoire⁴¹ et est resté longtemps précaire, soumis à la volonté du père de famille et exclu de la protection de l'ordre juridique. A notre époque, le droit place l'enfant dans la zone d'inclusion. Cela ne signifie pas qu'il est à l'abri de toute violence mais que la collectivité fait les efforts pour compenser son inégalité naturelle et l'élever par des moyens appropriés à une certaine égalité juridique. Ces efforts sont multiples et il n'est pas possible de les énumérer tous. On remarquera tout d'abord que, dans la notion de dignité politique, il y a toujours une part de considération envers autrui, c'est-à-dire toujours une part de représentations collectives, de traditions, croyances ou autres coutumes. Les représentations collectives jouent un grand rôle dans l'inclusion de l'enfant, son intégration ou son élévation. Il règne dans nos sociétés un besoin généralement partagé de s'occuper de nos enfants, de se soucier de leur éducation, de leur formation, de leur avenir pour qu'ils deviennent « quelqu'un », et de leur bien-être immédiat, aussi pour notre propre satisfaction. L'investissement sincère dans le rôle de parent est une activité à part entière que beaucoup de gens développent, et les pères de plus en plus, qui demande du temps, des sacrifices personnels notamment aux niveaux professionnel, des relations sociales ou des loisirs, et un investissement économique. Les médias se soucient des enfants et en parlent souvent ou leur donnent la parole. Les milieux économiques investissent le marché des loisirs et des apprentissages de l'enfant. Les milieux professionnels développent des spécialisations dans la prise en compte des difficultés de l'enfant (la pédiatrie, la pédopsychiatrie, la logopédie, etc.) et toute une éthique du rapport adulte-enfant. Ce milieu social démocratique (proche du souverain) favorable à l'enfant, cet idéal commun de vie familiale autour de l'enfant, se traduit dans le droit (c'est le souverain qui énonce le droit) par le principe de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, inscrit à l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant⁴². Dans toute décision administrative ou judiciaire, le fonctionnaire ou le juge doit s'interroger sur la mesure à prendre la plus favorable à l'enfant, celle qui sert le mieux ses intérêts, son bien-être ou ses besoins propres de protection eu égard à son immaturité et à sa vulnérabilité. Certaines administrations ou chambres judiciaires, et des organismes caritatifs, sont spécialisés dans la résolution de problématiques impliquant des enfants. Au niveau institutionnel, les mesures sont multiples qui vont de la scolarisation gratuite à l'accès aux soins médicaux gratuits ou presque, au développement de services spécialisés dans l'information, la prévention ou la médiation à destination des familles, sans oublier les mesures spécifiques du droit et de la procédure pénale lorsqu'il est question d'enfants. Malgré son incapacité biologique à participer à la vie politique du pays ou à seulement assurer sa propre subsistance en raison de son immaturité, l'enfant, dans nos sociétés occidentales, est membre à part entière du souverain. A la fois le lien social et l'ordre juridique reconnaissent son existence, défendent ses intérêts et lui procurent du bien-être.

⁴¹ A ce propos, parmi d'autres, voir Elisabeth Badinter, *L'amour en plus, Histoire de l'amour maternel, XVII^e-XX^e siècle*, Flammarion, Paris, 1998

⁴² *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1989

II

La dignité générique

« Or, de là vient que celui qui tâche d'avoir un autre en son pouvoir absolu, se met par là dans l'état de guerre avec lui, lequel ne peut regarder son procédé que comme une déclaration et un dessein formés contre sa vie. »

John Locke, *Traité du gouvernement civil*, GF Flammarion, Paris, 1992, p. 155

1. La notion de discrimination

A mon avis, le traitement défavorable d'un groupe de personnes délimité par leur origine, leur race, leur nationalité, leur religion, leurs idées politiques, leur condition sociale, leur handicap ou autre n'est pas à proprement parler une discrimination⁴³. Ces critères sont ceux inversés de la notion d'égalité. Le phénomène de groupe est intrinsèque à celui d'égalité. Pour être égal, il faut au moins être deux, un groupe de personnes qui se comparent entre elles. La comparaison ne peut avoir lieu qu'à partir de critères déterminés, à l'avance connus. Les critères de comparaison forment la trame structurelle du groupe, de la société politique égalitaire. L'ordre juridique définit l'appartenance à la société politique par différents critères positifs ou négatifs. Sont membres de la société politique ceux qui, par comparaison aux autres membres, soit remplissent également ces critères, soit ne sont pas exclus du cercle des ayants-droit aux bénéfices de la vie collective, du point de vue de l'ordre juridique à tout le moins. L'ordre juridique va donc fixer les critères d'appartenance (positivement) ou de non appartenance (négativement) et délimiter ainsi les personnes qui pourront jouir de l'égalité juridique, c'est-à-dire qui seront membres à part entière du souverain, de la société politique constituée. Sont discriminés ceux qui n'en sont pas membres. Peu importe leur nombre, leurs propres critères individuels lesquels, dans le champ des exclus peuvent être infiniment variés. Les critères de race, de religion, d'opinion, de statut social ou autre sont parfaitement indifférents à la notion de discrimination. Les exclus ne forment pas un groupe. Le groupe est celui qui correspond à la zone d'inclusion, le cercle des individus dénombrables et égaux entre eux dans la société politique. Les exclus de la zone d'inclusion ne se distinguent que par leur exclusion du groupe. Entre eux, ils n'ont aucun lien autre que l'exclusion. Ils ne sont pas comparables entre eux. Dans la discrimination, il n'y a ni groupe, ni critères de groupe, ni normes de comparaison. Lorsque l'ordre juridique n'accorde le droit de vote ou le droit de propriété qu'aux seuls chrétiens ou aux seuls non-juifs, ou aux seuls nationaux, il ne définit par là que les citoyens, ceux qui forment la collectivité politique. Pour exister, l'ordre juridique, l'Etat, doit se délimiter lui-même, savoir qui, quand et où il est. La discrimination est un épiphénomène à l'acte fondateur de société. La seule création d'une société politique organisée entraîne la discrimination de tous ceux qui n'entrent pas dans la délimitation première et sans cesse renouvelée de la population légitime. Un acte politique aussi important que l'adoption d'une Constitution provoque souverainement l'ouverture de zones de discrimination, par l'exclusion *ipso facto* de toutes les personnes qui ne peuvent prétendre à la nationalité ou au droit de résidence sur le territoire donné (ou à d'autres droits considérés constitutionnellement comme fondateurs ou premiers, variables selon les époques). Il faut donc dire ici que toute Constitution est discriminante et que toute loi adoptée en application des normes mêmes fondamentales de la Constitution, est discriminante, parce que ces lois délimitent un champ matériel et personnel d'application qui tracent une zone d'inclusion et, par voie de conséquence, ouvrent une zone d'exclusion. La discrimination est absolument inséparable de l'ordre juridique de l'Etat. Inscire le principe de l'interdiction de la discrimination dans la Constitution est un objectif idéal contradictoire et impossible, qui se heurte au phénomène de la finitude, de la finitude du territoire ou des ressources par exemple.

Pour reprendre ici, nous dirons que dans le contexte sociopolitique contemporain, l'Etat est une structure de groupe. Ceux qui appartiennent légitimement à l'Etat, si celui-ci est de type démocratique et dispose de ressources suffisantes, s'épanouissent dans la zone d'inclusion. Ce groupe produit des normes donc il existe, ou il manifeste son existence comme entité délimitée et séparée des personnes qui ne sont pas membres du groupe, les étrangers par exemple. De par son organisation, l'Etat exerce du pouvoir. Lorsque ce pouvoir ou cette contrainte est appliqué à des

⁴³ Karine Povlakic, *Discrimination et exclusion de l'aide sociale*, in *Annuaire du droit de la migration 2007/2008*, éd. Alberto Achermann, Martina Caroni, Astrid Epiney, Walter Kälin, Minh Son Nguyen, Peter Uebersax et Stämpfli Editions SA, Berne, 2008

personnes, celles-ci sont discriminées, c'est-à-dire que la contrainte va tendre à les exclure ou à les maintenir exclues du groupe, hors de la zone d'inclusion.

Ce qui caractérise la discrimination est donc l'exclusion de l'égalité juridique, c'est-à-dire l'exclusion de la zone d'inclusion, c'est-à-dire encore, l'exclusion de la protection ordinaire du droit. Par nature, la discrimination est extrajuridique ou a-juridique, même si, comme nous le verrons, la zone d'exclusion n'est pas anémique, peu s'en faut. Toutes sortes de règles régissent les rapports humains dans la zone d'exclusion. Mais la discrimination doit être entendue comme une manifestation du pouvoir souverain, un phénomène de pouvoir. Nous le verrons, la loi dans la zone de discrimination a précisément pour objet de régir le fonctionnement du pouvoir, l'exercice du pouvoir de contrainte sur les personnes. Discrimination et exercice du pouvoir sont deux événements extrêmement proches, presque confondus. L'exercice du pouvoir contraignant provoque une discrimination ou bien une discrimination est engendrée par l'exercice du pouvoir de contrainte. Si la contrainte est grave, elle porte atteinte à la personnalité de la personne. C'est-à-dire qu'elle entraîne l'exclusion des bénéfices de la vie en collectivité, l'exclusion du statut de membre de la collectivité ou l'impossibilité pratique de participer légitimement à la vie sociopolitique du pays. Ainsi, la personne discriminée se caractérise fondamentalement par sa non-appartenance à la collectivité. L'ordre juridique ne lui reconnaît pas ou plus le droit de s'épanouir ou d'exister au sens plein. La personne discriminée perd sa qualité d'être honorable, considéré, unique et irremplaçable et ne parvient plus à se développer comme individu ayant une valeur propre. L'exercice du pouvoir de contrainte écrase la personnalité, c'est-à-dire l'existence, c'est-à-dire encore la liberté. La protection des « droits de l'homme » devient inaccessible. Du fait de sa non-appartenance, la personne discriminée ne parvient pas à faire valoir la protection qu'accorde l'ordre juridique à ses membres égaux. Elle perd la faculté, organisée par le droit, de défendre son accès aux bénéfices collectifs et de participer à la délibération sur ces bénéfices. La personne discriminée n'est plus titulaire de droits. A l'intérieur de la juridiction d'un Etat, certaines personnes auront d'importantes difficultés à recevoir une aide sociale autrement garantie à tout citoyen, à exercer la liberté économique autrement considérée comme « normale », ou à se prévaloir d'atteintes à la liberté de mouvement. Par exemple, parce que les tribunaux n'ont pas la prérogative de sanctionner ces atteintes ou qu'ils n'en reconnaissent pas la réalité, en jugeant par exemple que la contrainte est « légale » ou « légitime ». Il y a une rupture dans l'accès aux instruments juridiques qui définissent et protègent la dignité politique. La discrimination ou l'exercice du pouvoir de contrainte est donc une atteinte directe à la dignité politique. Ces trois termes, discrimination, pouvoir et dignité sont liés dans une circularité indissoluble.

Dans la zone de discrimination, l'atteinte à la dignité politique est en principe si lourde que l'individu concerné est menacé dans son intégrité, dans sa vie familiale, sa santé, il n'a plus de sécurité juridique, ni de sécurité économique et des actions aussi basiques que celles d'inscrire ses enfants à l'école ou de choisir son domicile deviennent problématiques. L'individu n'a plus d'existence au sens large et est menacé dans sa vie au sens biologique. Dans cette zone d'exclusion ou de discrimination, dans nos sociétés occidentales, il reste en principe quelque chose d'une dignité humaine. Ce n'est pas la dignité politique, qui est annulée. Nous l'appellerons la dignité « générique ».

2. La dignité générique

LA ZONE D'EXCLUSION La présente partie a pour objet de définir les différents composants de la zone d'exclusion, que l'on peut aussi appeler la zone de discrimination ou la zone de violence. Ces caractéristiques, par référence aux développements de Hannah Arendt et de Giorgio Agamben dont nous avons parlé en introduction sont les suivantes : la zone d'exclusion se trouve à l'intérieur de l'ordre juridique produit par le souverain. C'est-à-dire que les personnes discriminées sont sous la juridiction ou dans la sphère d'influence du pouvoir souverain, sinon, le pouvoir ne les atteindrait pas. Dans la zone de discrimination, le souverain exerce du pouvoir sur les personnes. C'est l'exercice même de cette contrainte qui empêche les personnes d'accéder à la zone d'inclusion, à la zone de la protection ordinaire du droit. Sous l'effet de cette contrainte, les personnes discriminées sont incapables de nouer des liens sociaux ni d'exercer leurs libertés et elles ne peuvent pas accéder aux bénéfices de la vie en collectivité. Elles vivent dans un état de dépendance, privées de l'accès aux biens indispensables à l'existence ou à l'épanouissement. Elles n'ont donc pas d'existence au sens plein. Elles sont en vie mais elles ne parviennent pas à exister, à exercer leurs choix, à maîtriser leur vie ou à se faire reconnaître et respecter dans le regard d'autrui. Elles sont absorbées dans un rapport au souverain qui domine toute leur existence. Dans la zone d'exclusion, il n'y a donc pas de liens sociaux, les individus sont détachés les uns des autres, ils n'ont pas de liens entre eux. Comme il n'y a pas de liens sociaux, c'est une zone sans lois au sens où le droit de la zone d'inclusion qui protège les personnes ne s'applique pas. C'est donc une zone où s'exerce la violence. La violence est liée à toutes ces caractéristiques de la zone d'exclusion : soumission au pouvoir, état de dépendance de survie, impossibilité de maîtriser son existence ou de faire des choix, désocialisation, non accès aux bénéfices collectifs c'est-à-dire pauvreté et marginalisation sociale. Dans la zone d'exclusion, il n'y a pas d'existence, pas de liberté, la vie n'a plus de sens, elle est absurde. Selon la philosophie d'Agamben, les individus sont *homo sacer*, soumis au pouvoir souverain en ce sens que leur vie est exposée à la mort. Leur vie est exposée à la mort sans que cela ne soit pénalement répréhensible, parce que le droit de la zone d'inclusion, qui n'atteint pas la zone d'exclusion, ne protège pas les personnes et pour cause, l'exposition à la mort, la discrimination, est entièrement le fait du pouvoir souverain.

La dignité générique est une protection offerte par le droit qui se trouve juste à la frontière entre la zone d'inclusion et la zone d'exclusion. En théorie, si la dignité générique est sauvegardée l'individu ne franchit pas la limite et il ne tombe pas dans la zone de discrimination. Il demeure aux limites de la zone d'inclusion. Il existe cependant une difficulté majeure qui est que nul ne sait où se trouve cette frontière, et c'est ce dont nous allons discuter maintenant.

UNE AUTRE DIGNITE Il fallait lui trouver un nom suffisamment improbable pour marquer l'ambiguïté fondamentale de cette notion de la dignité humaine. On l'appelle bien « dignité », mais elle ne protège pas l'individu dans l'infinie variété de ses particularités. Ici, l'individu est un homme universel, sans particularités propres, sans spécificités individuelles, un homme dépourvu de toute identité socioculturelle, sans personnalité, à un endroit où l'ordre juridique tente de distinguer l'homme de l'animal, à la recherche d'une idée générique de l'être humain, très proche de l'homme-objet, de l'homme instrumentalisé et de l'*homo sacer*, celui, banni de la zone d'inclusion, dont la vie biologique est exposée à la mort. Tout l'enjeu d'ordre politique ou moral sera d'identifier le moment où on touche à la dignité générique et de tenter de redresser le mouvement pour rétablir la dignité politique qui, justement, est la seule qui soit vraiment « digne d'être vécue ». Cette opération sera, juridiquement, le phénomène inverse à la discrimination. Ce sera tirer l'individu de la zone d'exclusion et le ramener dans l'égalité juridique, cette égalité étant toujours, de notre point de vue, une égalité fictive, théorique, c'est-à-dire énoncée par le droit. Cette opération est un acte juridique créateur de société, c'est-à-dire qui porte sur la composition

de la population, la délimitation des membres du souverain, de ceux qui auront accès à la « vie bonne ».

CONSECRATION La dignité générique est garantie par ce que l'on appelle en droit « l'interdiction de la torture ». Le principe de l'interdiction de la torture a été intégré aux ordres juridiques en occident à l'issue de la seconde guerre mondiale. Le monde est en état de choc et l'idée s'impose que lorsqu'un Etat, par l'intermédiaire de ses agents, torture un individu, soit parce qu'il en a la volonté politique, soit par tolérance ou indifférence à ces pratiques, la société politique est menacée dans son intégrité. Avec le développement de l'organisation administrative et des technologies de la destruction, la pratique de la torture risque de s'étendre de manière incontrôlable à des pans entiers de la population et de détruire la société elle-même. La déstabilisation de l'Etat est une menace contre la paix internationale car elle est susceptible d'entraîner les autres Etats dans la guerre puis, avec l'usage de la bombe nucléaire, de détruire l'humanité toute entière. L'interdiction de la torture est donc l'idée d'une humanité menacée et périssable, où la source du danger se trouve à l'intérieur d'elle-même, plus précisément, dans la société politique organisée, l'Etat, au moment où celui-ci fait usage de son pouvoir de contrainte. L'interdiction de la torture est un moyen juridique de contrôler l'exercice du pouvoir de destruction aux fins de préserver une entité que l'on appelle « humanité ». Protéger la dignité générique de l'homme signifie donc protéger l'être humain, en tant que membre de l'humanité, contre l'exercice du pouvoir souverain.

UN PRINCIPE SUPERIEUR La concrétisation juridique de cette dignité s'est déroulée en plusieurs étapes après la seconde guerre mondiale. Le droit international pénal qui, dans les procès de Nuremberg et de Tokyo devait juger les criminels de guerre, est le premier à avoir introduit la notion de « crime contre l'humanité », c'est-à-dire :

« l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. »⁴⁴

Vu l'extraordinaire implication des différentes institutions étatiques dans la perpétuation du génocide des juifs, le principe de l'interdiction de la torture a été pensé comme un principe supérieur au pouvoir souverain, ou qui domine l'ordre juridique tout entier. Comme il n'y a pas d'autorité supérieure à l'Etat, après la guerre à tout le moins, les juristes du droit international public vont rattacher l'interdiction de la torture à la coutume internationale, à l'idée ou à l'idéal selon lequel ce principe est maintenant universellement admis. Pour en renforcer la garantie juridique, il sera qualifié de norme de *jus cogens*⁴⁵, c'est-à-dire que l'interdiction de la torture est une norme de droit absolue, indérogeable, que l'on ne peut jamais sacrifier à aucun intérêt

⁴⁴ Article 6 du statut du Tribunal militaire international instauré par l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire de Londres, du 8 août 1945. Il s'agit de la première consécration juridique. Les débats sur ces crimes remontent au XIX^{ème} siècle. Cette définition a évolué par la suite. Voir par exemple l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF.183/9, du 17 juillet 1998

⁴⁵ Cour Internationale de Justice (CIJ), *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986. « Ce que la Cour a fait en plus a été de souligner que le principe du non-emploi de la force relevait du *jus cogens* et qu'il était donc au cœur des efforts déployés par l'humanité pour promouvoir la paix dans un monde déchiré par les guerres. La force engendre la force et exacerbe les conflits; elle envenime les relations et met en péril la solution pacifique des différends. » Opinion individuelle de M. Nagendra Singh, Président

particulier, ni à l'ordre public, ni même à des intérêts aussi importants que la sauvegarde de l'intégrité territoriale de l'Etat lui-même. Différents instruments juridiques internationaux intègrent ce principe, notamment la Convention des Nations Unies relative à l'interdiction de la torture⁴⁶, dont le Comité contre la torture contrôle l'application. La Convention européenne des droits de l'homme reformule ce principe à son article 3, que nous appellerons d'une manière plus souple l'interdiction des « mauvais traitements ». Pour la Cour, cette interdiction doit être respectée en toutes occasions, même lorsque la vie de l'Etat est en danger⁴⁷ ou « même dans les circonstances les plus difficiles, telles la lutte contre le terrorisme et le crime organisé »⁴⁸. Un agent étatique ne peut pas maltraiter dans le but de soustraire des informations dans le domaine de la lutte contre le terrorisme par exemple⁴⁹. Il n'existe aucun motif justifiant qu'il soit porté atteinte à la substance même de « l'humanité », dont chaque être humain est l'expression et le gardien.

L'ETAT DE DROIT ET LE SENS DE LA VIE L'interdiction des mauvais traitements et de la détention arbitraire, son corolaire, vont également être intégrés aux Constitutions des Etats occidentaux. Cette consécration sera suivie d'une réelle volonté politique de les mettre en œuvre qui a fait naître la notion d'« Etat de droit ». L'idée est d'encadrer l'action de l'administration pour prévenir toute manifestation de pouvoir arbitraire. Le respect de l'Etat de droit suppose principalement deux choses : que toute action de l'Etat soit fondée sur le droit, selon le principe de la légalité (1) et que le particulier qui attend une décision de l'administration ait la prérogative de participer pleinement à la procédure (2). Ainsi, le parlement, pourvu de représentants élus du peuple, contrôlés donc théoriquement par le peuple dans le jeu démocratique, vote des lois qui doivent définir les institutions administratives, leurs attributions ou leurs compétences et les limites de leurs actions. La loi doit également prévoir le contrôle judiciaire des décisions administratives, le recours au tribunal qui a un pouvoir de sanction. Si la décision est arbitraire, prise en dehors de la loi, ou par une autorité incompétente, ou dans un but autre que celui poursuivi par la loi, l'autorité judiciaire a le pouvoir d'annuler cette décision. A cela s'ajoute encore la garantie des « droits de l'homme » qui veut que, si une loi elle-même est arbitraire, si elle accorde un pouvoir de contrainte exorbitant à l'administration, le juge doit être à même de sanctionner son application en se fondant sur des principes supérieurs à toute loi, que l'on trouve garantis en termes généraux dans la Constitution ou dans certaines conventions internationales comme la Convention européenne des droits de l'homme. L'Etat de droit est donc d'abord l'ensemble de ces garanties quant à la légitimité de la loi, à son contenu, au fondement des décisions administratives et à la garantie d'un pouvoir judiciaire indépendant ayant suffisamment d'autorité légitime pour opposer une sanction aux dérives arbitraires de l'administration. Ensuite, la notion d'Etat de droit intègre un ensemble de garanties essentielles de procédure. Ces garanties doivent permettre à l'administré de participer équitablement au processus décisionnel ou au procès et de disposer de moyens juridiques suffisants pour défendre son point de vue ou faire valoir ses droits face à l'Etat. L'autorité administrative doit ainsi prendre en compte toutes les circonstances individuelles de la personne, examiner sérieusement les moyens de preuve amenés et motiver sa décision si elle est contraire aux attentes de l'administré.

Jusqu'ici, l'Etat de droit ne se distingue pas fondamentalement de la démocratie, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un concept d'ordre juridique construit autour de l'idée que les particuliers doivent pouvoir participer à la prise de toutes les décisions les concernant, soit en amont en s'assurant que les lois ne sont valables que si elles ont été adoptées par des représentants du peuple, soit en

⁴⁶ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984

⁴⁷ *Selçuk et Asker c. Turquie*, requête n°23184/94, arrêt du 24 avril 1998, § 75

⁴⁸ *Frérot c. France*, requête n°70204/01, arrêt du 12 juin 2007, § 35 ; *M.S. c. Belgique*, requête n°50012/08, arrêt du 31 janvier 2012, § 126 et 127

⁴⁹ *Irlande c. Royaume-Uni*, requête n°5310/71, arrêt du 18 janvier 1978

aval, en organisant la participation directe des particuliers aux discussions sur les décisions qui les concernent. En intégrant ainsi le souci de permettre la *délibération* sur la désignation, le contenu et l'octroi des bénéfices collectifs, le processus décisionnel (en amont ou en aval) tel que décrit par la notion d'Etat de droit, devient un mode participatif des particuliers au souverain, c'est-à-dire typiquement démocratique. Comme déjà dit, la conduite libre de débats publics, la disponibilité des ressources publiques, l'état des mœurs à un moment donné, mais aussi le développement du droit lui-même et son application, sont chacun, à leur niveau, des paramètres qui influencent le contenu de la dignité politique, la définition des bénéfices de la vie en société. On concrétise la dignité politique en adoptant des lois qui vont permettre d'allouer les ressources publiques, en activant le rôle des administrations dans la poursuite des objectifs d'intérêt public, du développement de la société, et en permettant au juge d'être saisi des litiges et de trancher les divergences d'interprétation, tout en contribuant ainsi à faire évoluer le contenu de cette dignité. Or, si les règles de la notion d'Etat de droit ont pour objet précisément d'organiser la participation des particuliers à la prise des décisions, l'application de ces règles devient inséparable de la garantie de la dignité politique de chacun. Les règles de l'Etat de droit sont donc les outils juridiques que l'on utilise en vue de l'élaboration et de l'application démocratiques du droit dans la zone d'inclusion. Le respect des règles de l'Etat de droit est une caractéristique du droit ordinaire de la zone d'inclusion.

Il arrive cependant que, dans certaines situations et pour certaines personnes, la mise en œuvre de la protection juridique se réduit pratiquement à des règles de procédure, au seul formalisme de l'Etat de droit. Ce phénomène est celui de l'exclusion. A l'égard des particuliers concernés, l'application du droit ne produit plus de bien-être social. C'est-à-dire que l'application des règles de procédure ne remplit plus sa fonction initiale de sauvegarde des intérêts des particuliers par l'usage de leur garantie de participation à la procédure. Ici, les règles de procédure sont instrumentalisées dans le procès. L'autorité s'appuie sur elles, les invoque pour conforter sa décision contre le particulier qui ne parvient pas à faire valoir son opinion et ses intérêts. De son point de vue, les règles de procédure trouvent leur fin en elles-mêmes et l'enchaînement qui va de la formation à l'exécution du droit, de la loi à la décision administrative puis au contrôle judiciaire, n'apparaît que comme une suite de rituels pratiquement vides de sens (nous verrons comment dans les commentaires d'arrêts). Nous sommes là aux confins de l'Etat de droit, très loin de l'égalité juridique, hors de toute possibilité de délibération puisque l'individu n'a plus de prise sur le déroulement de la procédure, et tout près du pouvoir total. C'est ici que l'on a voulu protéger, contre le déroulement absurde du procès, quelque chose d'une dignité humaine, la dignité générique. Cette dignité, dans sa concrétisation juridique, est donc un ensemble de garanties de procédure associé à l'idée que le respect de ces règles permettra la sauvegarde de la part d'humanité qui est en chaque homme.

LA DEFINITION THEORIQUE La garantie juridique de la dignité générique est une limitation de l'exercice du pouvoir de contrainte dans l'idée qu'aucune forme de pouvoir, quelle que soit sa légitimité, ne doit instrumentaliser l'homme, qui que ce soit, ni l'humilier, ni lui infliger de graves souffrances, ni briser sa conscience, ni mutiler son corps, ni détruire sa vie, aux seules fins d'asseoir son pouvoir ou de manifester sa souveraineté. La dignité générique est ainsi ce qui reste à l'être humain avant d'être pris dans l'absurdité de la vie. La protection de cette dignité est la forme existentielle en quelque sorte de l'Etat de droit, l'idée de dépasser le simple respect des garanties essentielles de procédure en leur donnant un sens « humain », pour les empêcher de se dérouler à vide, de s'épuiser dans leur propre fin.

1. UNE ZONE DE POUVOIR

La notion de dignité générique n'apparaît que dans une zone de pouvoir, la juridiction de l'Etat tout d'abord et plus particulièrement, là où le pouvoir de contrainte est ouvert ou actif, par exemple dans une prison. Le plus typiquement, le principe de l'interdiction de la torture ou de la protection de la dignité générique se traduit par des règles de comportement et de procédure que doivent observer les forces de police lors de l'arrestation ou de la détention d'une personne. L'interdiction des mauvais traitements est donc indissociable de la problématique de la limitation de la liberté de mouvement, de l'interdiction de l'arbitraire. Aucune zone de pouvoir ne peut apparaître sans une certaine forme de privation de liberté, au sens physique. Même la contrainte psychologique s'exerce dans un certain rayon géographique, celui nécessaire à l'exercice de cette contrainte de sorte qu'elle atteigne effectivement son destinataire. La contrainte est ancrée dans la relation directe ou immédiate entre le dominant et le dominé. La prison est donc le lieu privilégié du travail d'élaboration, dans l'ordre juridique, des garanties fondamentales de procédure d'une part, de la délimitation de l'Etat de droit, et d'autre part de la définition de la part d'« humanité » qui est dans l'homme. Mais ce n'est pas le lieu exclusif. Par exemple, lorsque des policiers armés entrent dans votre domicile, s'ouvre une zone de pouvoir, une contrainte de police à laquelle on ne peut pas échapper.

2. UN RAPPORT DE POUVOIR EXCLUSIF

La dignité générique n'est menacée que dans le rapport direct au pouvoir de contrainte. Par ailleurs, lorsque des policiers armés entrent au domicile, il n'est concrètement pas possible de les en faire sortir par le seul exercice de sa liberté de conscience et de croyance, ni par l'épanouissement de sa personnalité, ni par le miracle de l'accomplissement de son autonomie personnelle, ni par la démonstration de la stabilité de ses liens de famille. Tous ces droits, tous ces biens juridiques, n'ont plus aucun sens au moment où l'on est menotté, fouillé et emmené. Ce rapport de pouvoir est donc exclusif parce qu'il surgit en dehors du lien social, aux confins du droit, loin de l'égalité juridique. Lorsque l'individu n'est que dans la relation directe au souverain, à l'exercice du pouvoir de contrainte, il est absorbé dans la zone de discrimination ou sur le point de l'être, et dans l'incapacité autant pratique que juridique de faire prévaloir l'exercice de ses libertés.

3. UNE DIGNITE « GENERIQUE »

La dignité générique est ce qui diffère l'homme de l'animal ou de l'objet. Mais si on prétend que tous les êtres humains sont porteurs de l'essence de l'humanité ou qu'il existe une part d'humanité dans chaque homme, l'un dans l'autre cette formule revient à rechercher le prototype de l'humain, l'homme-type, figé, immobile et reproductible à l'infini. Cet homme « humain », essentiel ou inviolable, peine à se distinguer des autres hommes, également humains. A cause de cette difficulté, parce que les particularités de chacun ne parviennent pas à pénétrer cette idée générique de l'être humain, on en vient très souvent, au moment précis où l'ordre juridique tente de capter la profondeur humaine, la dignité fondamentale de l'homme, à une définition qui rate son objectif et fait de tous les individus des objets parfaitement identiques, absolument indiscernables les uns des autres, c'est-à-dire, indignes. C'est aussi le moment où l'ordre juridique se réduit à un ensemble formaliste de règles de procédure, qui paraissent absurdes et sans signification. Finalement, la dignité générique n'a pas de contenu identifiable ou est indéfinissable comme telle, parce qu'il manque à cette idée d'humanité une perception intelligible de l'infinie variété des hommes.

STATUT JURIDIQUE La garantie de la dignité générique est absolue. On ne peut pas la restreindre ni la moduler. Lui porter atteinte signifie *ipso facto* nier l'humanité de l'individu et le

rejeter dans la zone de discrimination, zone d'inexistence où l'intégrité même voire la vie sont directement menacées. La préserver signifie sauvegarder un certain équilibre du pouvoir d'exécution forcée dans l'Etat. Si la dignité générique exprime la notion d'« humain », son contenu est défini et immuable. La dignité générique n'évolue pas dans le temps. Cependant, la question de ce qui diffère l'homme de l'animal est discutée depuis l'apparition de l'écriture au moins. Elle a traversé toute l'histoire, toutes les civilisations, toutes les religions, elle est connue de toutes les sciences humaines et, avec les progrès de la médecine sur la procréation artificielle, les greffes ou les manipulations génétiques, elle a encore de beaux jours devant elle. Le droit, pas plus qu'aucun autre domaine de la pensée ou de la science, ne peut y répondre. Le paradoxe de la dignité générique est donc que, malgré son contenu défini et immuable, le droit est incapable de la fixer, de la formuler ou de la nommer. En société, on ne peut jamais limiter la dignité d'un homme à sa dignité générique car cela reviendrait à définir ce qui caractérise l'humain, ce qui semble impossible. Le point-limite entre la zone d'inclusion et la zone d'exclusion est insaisissable. Le principe de la protection de la dignité générique est ainsi bien un principe « supérieur », supérieur à l'ordre juridique au sens de hors-le-droit (à la fois à l'intérieur et à l'extérieur). C'est-à-dire que l'ordre juridique est incapable de définir précisément cette dignité, de la concrétiser. Ou bien la dignité générique est sauvegardée et la dignité politique également, ou bien, au moment de réduire l'homme à sa dignité fondamentale, l'ordre juridique glisse et franchit la limite inviolable de la dignité générique, maltraite l'individu.

ORDRE PUBLIC Lorsque l'ordre juridique invoque la poursuite de l'ordre public pour limiter les libertés des personnes, il le fait dans un but sécuritaire. Ici, l'atteinte à la dignité politique est déjà grave et, comme nous sommes dans un Etat de droit, il faudrait protéger au moins la dignité générique. Le souverain cependant s'est détaché des particuliers et n'agit que pour lui-même. Il agit dans le but de se préserver soi-même, comme entité séparée, comme corps, afin de sauvegarder son intégrité en tant qu'organisme, la plénitude de son organisation, le fonctionnement de ses institutions. Il ressent une menace contre son existence, qui est réelle ou supposée, et réagit en désignant l'individu comme la source du danger, en se séparant de lui et en se renforçant dans sa propre matérialité. Par exemple, en donnant plus de moyens d'intervention à l'autorité de police. Il faut donc parler ici de l'ordre public sécuritaire, qui a pour objet la sécurité du souverain lui-même, comme corps séparé des particuliers. Le souverain peut également porter atteinte aux libertés pour assoir son pouvoir, dans le but purement égoïste de se manifester comme entité dominante. C'est une situation où l'exercice du pouvoir provoque une satisfaction au dominant, une jouissance trouble qu'il veut reproduire et amplifier. Le souverain ici peut perdre le contrôle de lui-même, tout absorbé qu'il est par une espèce de compulsion jubilatoire qu'il a d'instrumentaliser autrui. Cette forme d'exercice du pouvoir, qui se cache aussi derrière l'affirmation qu'il faut préserver « l'ordre public », a la potentialité de s'emballer, de perdre la capacité de l'autocritique et de se reproduire plus souvent, plus gravement et plus loin, de manière exponentielle. Elle n'est possible que par la médiation d'êtres humains dont l'action, au nom du souverain, porte sur la vie d'autres êtres humains. L'Etat et ses institutions sont composés d'individus qui sont parfaitement susceptibles, ensemble, aux différents niveaux d'exercice de la puissance publique, de reproduire cette forme extrêmement déviante de l'exercice du pouvoir de contrainte.

Dans les deux cas, de la poursuite de l'ordre public sécuritaire ou de l'abus de pouvoir, en raison de l'inégalité manifeste des parties, le souverain va lourdement intervenir dans les libertés des particuliers et directement menacer leur dignité générique. Si celle-ci est entamée, nous avons franchi la limite de l'interdiction des mauvais traitements, l'homme est instrumentalisé, exclu du lien social, discriminé dans l'ordre juridique et tout entier objet du pouvoir souverain.

3. Le contenu insaisissable

SCHEMA Le schéma de référence nous aide à représenter les tensions permanentes entre l'aspiration de chacun à exister d'une part, ce qui signifie être proche du souverain et bénéficier de la protection de ses intérêts privés par le droit, et d'autre part la tendance irréprouvable du souverain à se détacher des individus qui composent la collectivité et à poursuivre ses propres intérêts, pour lui-même, pour l'affirmation de sa propre existence, comme entité différente, sous couvert en général de la poursuite de l'ordre public. Il existe une tendance du souverain à se comporter comme un organisme autonome et à chercher à satisfaire ses propres intérêts égoïstes au détriment des membres et des intérêts de la collectivité. Il faut donc bien employer deux expressions distinctes : « les intérêts de la collectivité » lorsqu'il y a confusion entre les particuliers et le souverain (en vue de la réalisation de la dignité politique), ou « les intérêts du souverain » lorsque ce dernier s'est détaché des particuliers et n'agit que pour lui-même (où la dignité générique est censée être sauvegardée). Seule la poursuite des intérêts de la collectivité est démocratique.

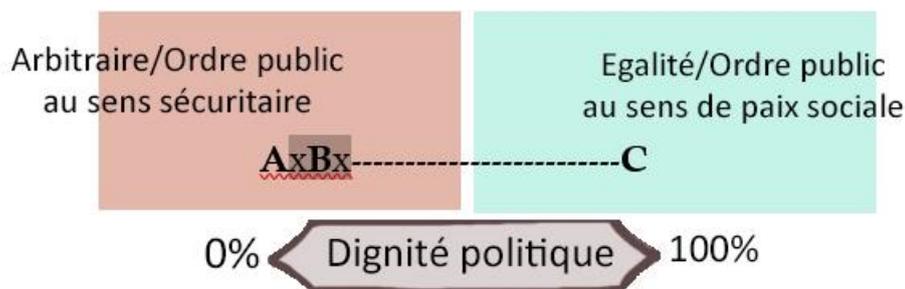


Schéma 2

Nous admettons que le souverain se trouve toujours au point C. Si le particulier se trouve au point B, il n'a plus de dignité politique du tout. L'individu n'appartient plus à la collectivité et est loin du souverain. Il est discriminé et ne peut plus prétendre à l'égalité juridique. Au point A se trouve l'*homo sacer*, l'homme tuable, celui dont la liberté ou les droits sont réduits à néant et dont les intérêts privés sont complètement écrasés. Le point A est le lieu où le particulier est victime de décisions du souverain totalement arbitraires, qui ne servent que les intérêts dits publics, en réalité ici, que les intérêts du souverain. C'est le lieu de la satisfaction totale du souverain. Au point A, la vie du particulier n'a plus de sens. Elle lui paraît totalement absurde et lui-même se trouve dans la dépendance de survie. Il est pris dans la zone de violence. Sa vie est exposée à la mort.

Entre A et B se trouve ce que l'on appelle le « noyau intangible » des droits de l'homme, la part de liberté qui est inviolable, que l'on ne doit jamais entamer. Cette part de liberté est censée avoir une épaisseur, d'où le nom de « noyau ». Au point B exactement se trouve la dignité générique de l'être humain. Pour réduire une liberté à son strict minimum, à son noyau dur, tout en préservant la dignité fondamentale de l'être humain, l'autorité doit donc fixer sa décision relative à la situation du particulier exactement sur le point B. Or, cette opération est impossible. Le point B vibre, il se déplace constamment sur la zone grise du schéma, il est insaisissable. On peut voir, dans un litige entre un particulier et l'administration, si les intérêts du particulier sont encore suffisamment protégés et le curseur se trouve dans la dignité politique, entre B et C. On peut aussi identifier les situations où la limite de l'interdiction des mauvais traitements a été franchie et l'individu a perdu non seulement sa dignité politique mais aussi sa dignité générique. Le curseur est alors au point A. Mais quelle est cette dignité générique exactement, la réponse ne peut pas

être fixée, on ne peut jamais l'énoncer. On ne peut donc pas réduire une liberté à son noyau intangible. Aucune liberté, aucun droit fondamental n'a de noyau intangible. Il n'y a pas d'épaisseur entre A et B. Ou bien le particulier jouit encore d'une part d'égalité et de liberté, c'est-à-dire à la fois de sa dignité générique et d'une part de sa dignité politique, ou bien il est discriminé et indigne. Dit autrement, là où il n'y a plus de proportionnalité, où il n'y a plus d'équilibre entre la satisfaction des intérêts du souverain et ceux des personnes soumises à son autorité, ces dernières sont refoulées dans la zone de discrimination par l'exercice de la contrainte souveraine sur leurs libertés.

Prenons un exemple. En 1995, le Tribunal fédéral consacre le droit fondamental au minimum vital de tout être humain se trouvant sur le territoire suisse⁵⁰. L'idée est de compenser les lacunes des lois sociales qui excluaient les étrangers sans statut légal du bénéfice de la protection sociale. Le Tribunal fédéral énonce que tout un chacun a droit au moins au minimum vital pour mener une vie digne, c'est-à-dire au moins à de la nourriture, un logement, des vêtements et l'accès aux soins médicaux. Il précise qu'il s'agit là du noyau dur du droit fondamental au minimum vital, c'est-à-dire que le droit se confond avec son propre minimum intangible⁵¹.

Ici, il n'est d'abord pas difficile de voir que la collectivité ne fournit aucun effort. Le Tribunal fédéral n'a nulle part constaté que les fonds publics étaient insuffisants à couvrir les besoins d'aide des recourants, mais seulement que la loi sur l'aide sociale les excluait du cercle des bénéficiaires. Il s'agit donc d'une carence de l'ordre juridique, d'un non-effort, d'une exclusion de la protection ordinaire du droit, c'est-à-dire d'une discrimination que le Tribunal fédéral n'appelle pas à combler. Les étrangers sans statut ne sont pas membres de la société des personnes titulaires du droit à l'aide sociale. Ce droit lui-même est censé protéger le droit à un minimum d'autonomie économique pour la satisfaction des besoins essentiels en société, permettre le maintien d'un minimum d'intégration sociale c'est-à-dire de reconnaissance sociale et d'égalité, et préserver ainsi un minimum de dignité politique. Les recourants sont exclus de la désignation légale du cercle des bénéficiaires de l'aide sociale. Ils n'ont donc pas accès aux bénéfices collectifs liés à la protection sociale et ils sont exclus de la protection juridique de leur dignité politique pour ces bénéfices-là.

Comme nous sommes dans un Etat de droit, un Etat qui prétend limiter l'exercice arbitraire du pouvoir de contrainte sur les personnes, l'autorité ne peut pas se contenter d'abandonner l'individu dépourvu de ressources simplement en constatant l'inapplicabilité de la loi sur l'aide sociale. Dans la mesure où il y a une demande de soutien à la collectivité, l'inaction de cette dernière, qui exposerait l'intéressé à mourir de faim ou de froid, serait un mauvais traitement. Le Tribunal fédéral va donc tenter de préserver un minimum de dignité, la dignité générique des recourants. Il faut donc la définir. Il faut définir la part d'humanité qu'il y a dans l'homme. Or, en limitant les prestations de soutien à la distribution de nourriture et à la mise à disposition d'un abri ou de vêtements, l'autorité réduit l'individu à ses fonctions biologiques, à sa survie. L'homme titulaire d'un tel droit fondamental au minimum vital est réduit, par le droit lui-même, par la définition juridique qu'en donne le Tribunal fédéral, à la dépendance de survie. Selon la théorie de la double dignité, la dépendance de survie se trouve dans la zone de discrimination, d'inexistence, de l'absurdité de la vie, au point A, là où la vie de l'homme est exposée à la mort du fait de sa réduction au rang d'objet qu'entraîne l'exercice du pouvoir de contrainte sur son existence, lequel écrase sa liberté et sa dignité politique du même coup. Il n'y a là aucun souci du Tribunal fédéral de préserver l'intégration sociale, l'épanouissement personnel ni l'autonomie de

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 121 I p. 367, du 27 octobre 1995, traduit en français dans la *Semaine Judiciaire* (SJ) 1996 p. 389

⁵¹ Quelques années plus tard, le droit fondamental au minimum vital est inséré à l'article 12 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 : « Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine. »

la personne en tant qu'individu unique et irremplaçable, de sorte que le « bénéficiaire » du minimum vital constitutionnellement garanti survit en dehors du lien social⁵².

En 2004, les autorités suisses ont adopté une loi qui interdit aux demandeurs d'asile déboutés de travailler, les prive du droit à l'aide sociale et les oblige à dépendre du droit fondamental au minimum vital tel que défini par le Tribunal fédéral. On a alors observé que, du côté du souverain, tous les ingrédients de l'exercice du pouvoir total sont réunis : les individus visés par le droit fondamental au minimum vital sont définis de manière générique, identique pour tous, ils ne se distinguent pas les uns des autres. Tous sont des « requérants d'asile déboutés », ainsi que l'autorité elle-même les désigne à partir de ses propres décisions administratives (la décision de renvoi de Suisse). Ils reçoivent une prestation standard en la forme de nourriture-vêtements-logement. Les titulaires de ce droit sont dans la dépendance de survie à l'égard de l'autorité. Cette dernière est une autorité, elle exerce du pouvoir. Les intéressés se sont trouvés forcés de se rendre quotidiennement auprès de l'autorité pour recevoir leur pitance. L'autorité décide combien de repas elle distribue par jour et combien de grammes de nourriture elle met dans chaque repas. Elle va désigner comme logement une pièce pourvue d'une porte et d'une fenêtre, de 9 m² environ, meublée d'un lit métallique (le lavabo est dans le couloir), ou bien un dortoir pour 25 personnes meublé de lits métalliques superposés, sans chaise ni table, le regroupement des nécessaires facilitant la distribution des biens. Sur le canton de Vaud, les « bénéficiaires » du droit fondamental au minimum vital doivent dormir dans un abri antiatomique, sous la terre, dans des dortoirs communs, forme extrême de survie. L'abri est surveillé par des agents de sécurité en uniforme de sorte que l'autorité se positionne directement dans le domicile des gens, à l'intérieur de leur vie privée. L'abri est fermé pendant la journée, qui est occupée à quérir les repas auprès du centre de distribution et à errer dans la rue par tous les temps, sans but et sans activités, les « bénéficiaires » ne recevant strictement aucun argent. Pour eux, tous les jours se ressemblent et la vie est absurde. Au moment de la distribution de la prestation, le pouvoir de l'autorité porte sur la vie, sur la sauvegarde des fonctions biologiques. L'intéressé est enfermé dans un rapport direct au souverain à la fois exclusif et vital. Il est obligé de se maintenir quotidiennement en contact avec l'autorité et de suivre ses instructions pour ne pas mourir d'inanition à l'état d'abandon. Ce rapport s'exerce en dehors du lien social, la privation de moyens économiques étant telle qu'elle empêche la création ou le maintien de relations sociales. L'autorité d'assistance chargée de la distribution des prestations organise encore des réunions périodiques avec les « bénéficiaires » pour les accompagner dans l'acceptation de leur condition, les aider à comprendre qu'ils ne peuvent pas prétendre à de plus grands bénéfices collectifs parce que « c'est la loi ». Il s'agit d'étouffer la montée des revendications individuelles pour préserver l'ordre public, c'est-à-dire l'ordre tel que le souverain l'a défini dans son propre intérêt au maintien de son emprise sur les objets de son pouvoir, et ne pas faire échec à l'application du droit fondamental au minimum vital.

Notons encore que les garanties de l'Etat de droit sont sauvées. La loi suisse prévoit bien un droit de recours contre la décision administrative relative à l'octroi du minimum vital, l'arrêt du Tribunal fédéral en témoigne. Ce droit de recours est pourvu de toutes les garanties de procédure appropriées. Le plaignant peut apporter ses preuves et participer aux débats. Ainsi, il est arrivé au Tribunal de visiter l'abri antiatomique ou aux requérants d'asile de verser des photographies des lieux. Cela est inutile cependant car les débats ne sont pas démocratiques. La délibération sur la définition et l'étendue des bénéfices que la collectivité va allouer au « requérant d'asile débouté » sans ressources est en effet déjà close. Les besoins spécifiques des uns ou des autres ne peuvent pas être pris en considération. La loi dit que l'aide est limitée à de la nourriture, des vêtements et un logement. A l'issue du recours donc, le juge constate que l'intéressé a bien reçu les prestations énumérées dans les normes de sorte que la décision de l'autorité lui octroyant le minimum vital était conforme au droit. Le plaignant est débouté de toutes ses conclusions à l'amélioration de

⁵² Sauf en ce qui concerne l'accès aux soins médicaux, qui est une forme d'intégration, mais seulement si l'individu est suffisamment atteint dans sa santé et doit se rendre régulièrement au centre de soins.

son sort. Il n'est pas parvenu à faire valoir sa particularité, son besoin de reconnaissance et d'autonomie. La procédure judiciaire a tourné dans le vide.⁵³

L'ordre juridique ne perçoit ici qu'un corps isolé qu'il faut maintenir en vie. Ce corps est indigne en ce sens que non seulement la dignité politique est niée, mais la dignité générique est violée. Le particulier se trouve au point A, dans la zone de discrimination. Le droit fondamental au minimum vital ainsi défini n'est pas un droit. Il est une manifestation du pouvoir souverain par laquelle le souverain assoit son pouvoir en maintenant un degré élevé de surveillance et de contrainte sur l'individu, qui écrase sa vie privée. Pour rétablir la dignité du bénéficiaire, il n'existe qu'une seule option : le réintégrer dans le droit à l'aide sociale, où l'intégration sociale et l'autonomie personnelle sont protégées, c'est-à-dire le ramener dans sa dignité politique et dans l'égalité juridique. Le droit fondamental au minimum vital n'a pas de noyau intangible et il n'existe pas en dehors des lois sociales. Aussi longtemps que ce droit a pour objet de préserver la dignité de l'être humain, il ne peut pas être consacré pour lui-même, car la dignité est tendue vers un certain idéal de « vie bonne », lequel idéal ne peut se réduire à la simple satisfaction des besoins vitaux primaires.

SUJET OU OBJET DE DROIT Comme toute jurisprudence relative aux « droits de l'homme », lorsqu'il est question de fixer la limite substantielle à l'exercice de la contrainte sur la personne, de saisir le point où commence le mauvais traitement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se perd dans les flottements, les hésitations et les contradictions. Sauf simplification excessive, il n'est ainsi pas possible de faire un résumé cohérent des différents traitements mauvais. La jurisprudence sur l'interdiction de la torture d'une manière générale est d'une très grande difficulté d'approche et de compréhension. Elle est imprévisible c'est-à-dire que, dans une situation donnée de contrainte, il n'est pas possible d'anticiper la réaction de la Cour en se fondant simplement sur les précédents. Ces précédents énumèrent un certain nombre de critères d'appréciation mais on ne sait pas vraiment lesquels ont eu plus ou moins de poids, ce qui empêche de tracer une ligne-frontière, une ligne de prévisibilité. La jurisprudence de la Cour sur l'article 3 CEDH navigue à vue entre les points A et C du schéma 1, comme nous allons le voir. Son défaut est sa prétention à sauvegarder au moins la dignité fondamentale de l'homme, la dignité générique. Or, le point de départ de l'examen de toute plainte quelle qu'elle soit, dans une « société démocratique », devrait toujours être la protection de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 CEDH, la protection de la personnalité. La théorie de la dignité politique montre en effet que la démocratie n'existe qu'au point de confusion des intérêts des particuliers et de ceux de la collectivité, au point C, le lieu de la paix sociale et de l'égalité absolues. Seule la protection de la dignité politique à son niveau le plus élevé est démocratique. A partir de là, dans toute situation impliquant un rapport de contrainte, il est crucial de toujours bien définir l'ordre public à poursuivre. Seule la poursuite conjointe de l'intérêt de la collectivité et de l'intérêt du particulier à la protection de son existence est équilibré, en termes d'exercice du pouvoir. L'ordre public au sens où le souverain se détache de l'individu et assoit son pouvoir réduit *ipso facto* la dignité politique à presque rien, voire l'annule. En outre, il est inutile de rechercher ce qui fait l'humain dans l'homme dans l'idée de préserver au moins la dignité fondamentale des personnes. Cette question n'a pas de réponse et a une malheureuse tendance à se résoudre dans l'atteinte à la dignité générique elle-même.

Sur le plan juridique, la prison ne se distingue pas des camps. Ces deux formes d'enfermement, l'internement psychiatrique et les multiples autres formes de rétention, d'internement, d'assignation ou de placement que nos sociétés contemporaines développent, notamment dans le domaine du traitement des demandes d'asile et de l'expulsion des étrangers, n'ont pas de

⁵³ Voir parmi d'autres : Tribunal cantonal vaudois, PS.2010.0094, arrêt du 20 avril 2011 ; PS.2010.0032, arrêt du 14 février 2011 ; PS.2010.0047, arrêt du 12 janvier 2011

structures différentes. Ce sont des zones exclusives de pouvoir, où la dignité politique de l'individu est gravement atteinte et où sa dignité générique est directement menacée si elle n'est pas déjà violée. Ce rapport direct et physique à l'autorité a lieu en dehors du lien social. Il n'y a guère que quelques proches qui sont parfois autorisés à rencontrer le détenu, mais sous surveillance, et son avocat. Parfois, personne ne peut entrer. On admettra que l'ordre de détention poursuit un ordre public sécuritaire. En ce qui concerne les conditions de détention, pour distinguer celles qui sont admissibles en démocratie de celles qui ne le sont pas, la seule chose à analyser est l'attitude du souverain. Il n'y en a que deux possibles. Ou bien le souverain assoit son pouvoir et nous sommes dans un rapport autoritaire susceptible de dévier vers le pouvoir total. Ou bien le souverain fait l'effort de préserver toute la part de dignité politique du détenu encore sauvable en situation de détention, et nous sommes plus proches de la délibération sur les intérêts de chacun à sauvegarder. Les deux situations s'accommodent très bien de procédures judiciaires complexes. Michel Foucault a d'ailleurs montré combien, dans les monarchies absolues, l'autorité ne craignait pas de s'entourer d'une multiplicité de réglementations précises de la « question » et du déroulement du « procès »⁵⁴. Le souverain peut aussi avoir une certaine propension à affirmer son pouvoir dans les formes et les rituels. Comme déjà dit, le déroulement des procédures n'est pas un signe de démocratie en soi. Nous allons voir que la jurisprudence de la Cour elle-même est confrontée à de tels glissements vers une protection des « droits de l'homme » qui s'épuise dans les formes creuses et finissent dans le néant, dans l'inexistence, dans l'écrasement complet de la dignité humaine.

L'INVERSION Voici deux carrés. Le premier montre la liberté dans la dignité politique. Par hypothèse, l'individu se trouve au point C. Il jouit de son entière liberté et de la plénitude de l'existence. Lorsque l'autorité intervient, elle restreint cette liberté en introduisant un obstacle dans son exercice. Pour rétablir une liberté pure, le tribunal saisi doit lever cet obstacle. L'ordre juridique agit alors comme un bouclier, contre l'intrusion de la contrainte dans la liberté. Cela est particulièrement frappant lorsque ce sont les particuliers eux-mêmes qui sollicitent l'intervention de l'autorité. Par exemple en cas de divorce, l'atteinte à la vie familiale des deux parents et de l'enfant est déjà consommée. Le juge doit préserver ce qui peut encore ressembler à une vie de famille, le droit de l'enfant de voir alternativement et régulièrement ses deux parents, le droit de chacun des parents de poursuivre la relation avec l'enfant. La plénitude de la vie familiale, que l'on définit idéalement dans nos sociétés comme la vie commune des parents ensemble avec leurs enfants, ne pourra pas être rétablie, mais l'ordre juridique peut fixer des règles pour préserver ce qui reste possible de la vie familiale, dans l'intérêt de tous.

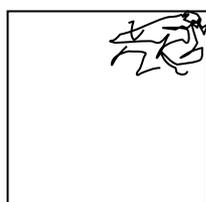


Schéma 5

⁵⁴ Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, collection Tell, Gallimard, 1975

Le second carré montre la liberté en situation d'arrestation ou de détention : il n'y en a pas du tout. La vie privée et familiale du détenu n'existe plus ou elle est totalement investie par la contrainte et la surveillance de l'autorité. Il n'y a aucun espace d'autonomie propre et l'existence est atrophiée. Le détenu est exclu du lien social et sa détention a pour objet précisément de marquer sa non-appartenance à la collectivité, sa déchéance. Il n'a donc plus de dignité politique et la vie n'a plus de sens. L'individu se trouve tout entier dans la zone de pouvoir, au point A du schéma 1 ; il est objet du pouvoir souverain. L'ordre juridique part de l'hypothèse ici que la liberté est complètement éteinte et l'exercice du pouvoir est total. Son travail, dans une « société démocratique », sera de tenter de reconstituer un espace de libre épanouissement et de lien social. Ici, l'ordre juridique n'agit pas comme un bouclier, mais plutôt dans le mouvement exactement inverse, à l'image d'une perceuse qui va s'introduire dans la masse opaque du pouvoir total pour y ouvrir une espèce de trou de souris où s'engouffrerait une petite part de liberté. La situation de départ de l'individu est à l'opposé même de toute forme de liberté tant l'emprise du pouvoir souverain est élevée. Ce dernier décide de tout, jusque dans les aspects les plus intimes de la vie ordinaire : heure des repas, contenu des repas, fréquence des repas, nombre de douches, durée de la douche, température de la douche, parfois le nombre de sorties aux toilettes lorsque le seau n'est pas dans la cellule, accès à la lumière du jour ou à l'air frais, vêtements, literie, fréquence du lavage des draps, nombre de grammes de savon par semaine, ameublement, s'il y en a un, biens personnels autorisés, nombre de m² disponibles par personne, choix des codétenus et de leur nombre, heures et lieu des promenades, durée de la promenade, heure du lever, heure du coucher, nombre de visites, horaires des visites, nombre de courriers que le détenu peut envoyer ou recevoir, contrôle du contenu des courriers, activités le cas échéant, sanctions disciplinaires, etc.⁵⁵

A cet égard, la jurisprudence de la Cour est riche d'enseignements. On y lit qu'est digne l'homme enfermé avec d'autres de sorte qu'il dispose de 3 m² au moins, un espace disponible de 2,70 m² étant un mauvais traitement⁵⁶. Dans l'affaire *Mamedova*⁵⁷, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 CEDH pour cause de surpopulation carcérale (15 personnes dans une cellule de 22 m²). On supposera donc que les autres conditions de détention étaient conformes à l'article 3 CEDH, notamment le fait qu'il n'y avait pas d'aération artificielle dans la cellule donc pas d'air, que la fenêtre était borgne, donc pas de lumière du jour, que les toilettes nauséabondes se trouvaient dans la cellule où les détenues devaient également faire leur lessive (§ 39 et 40), et que la promenade de 1 heure par jour, lorsque les détenues n'étaient pas collectivement sanctionnées de privation de promenade, se déroulait à 10 personnes dans un espace de 9 m² entouré de murs de 2,50 m de haut et recouvert d'un toit métallique (§ 43). Est inhumain et de nature à porter atteinte à la dignité du détenu en provoquant chez lui « des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et à le rabaisser, voire à briser sa résistance physique et morale », le fait de détenir une personne dans une toute petite cellule sans fenêtre autre qu'un judas sur la porte, sans aération et où la température en été devient suffocante, même la nuit⁵⁸. Est inhumaine la détention de trois mois « présentant des caractéristiques pouvant faire naître chez le détenu un sentiment de solitude » parce qu'il n'y a pas de télévision, ni de poste de radio, ni d'espace pour les promenades, ni de réfectoire. Le détenu, qui a tenté de se suicider en l'occurrence, ne sortait donc pas de la cellule⁵⁹. Est humaine la détention préventive d'un mineur pendant un mois dans une cellule de 12 m² « dans les sous-sols des locaux du service de l'instruction [...] équipée de deux lits en bois et [...] dépourvue de fenêtres », sachant que « Le requérant pouvait utiliser les toilettes deux ou trois fois par jour. Pendant le reste de la journée, il était contraint d'utiliser un

⁵⁵ Voir par exemple la recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe sur les règles pénitentiaires européennes, adoptées le 11 janvier 2006. Selon la partie I, chiffre 1 de cette recommandation : « Les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme. »

⁵⁶ *Sulejmanovic c. Italie*, requête n°22635/03, arrêt du 16 juillet 2009

⁵⁷ *Mamedova v. Russie*, requête n°7064/05, arrêt du 1^{er} juin 2006, § 65

⁵⁸ *Peers c. Grèce*, requête n°28524/95, arrêt du 19 avril 2001, § 72 et 75

⁵⁹ *Kaja c. Grèce*, requête n°32927/03, arrêt du 27 juillet 2006, § 49

seau placé dans sa cellule. [...] Les détenus ne bénéficiaient pas de promenades et passaient leur temps dans les cellules. »⁶⁰

On trouve également toute une série d'arrêts relatifs notamment au port des menottes, au transport des détenus, aux conditions de détention et d'interrogatoire pendant la garde à vue, à l'exposition en public de la personne arrêtée ou détenue, à la correspondance des détenus, au droit de visite, aux fouilles, à l'isolement disciplinaire ou sécuritaire, ou à l'accès aux soins médicaux. Est inhumain par exemple, le fait d'imposer le port des menottes à un détenu pendant les séances de chimiothérapie⁶¹. Dans un autre arrêt, les modalités de la fouille corporelle intégrale des détenus sont ainsi décrites :

« Quant aux « modalités pratiques » des fouilles corporelles intégrales, elles sont décrites dans la note technique. Le détenu doit se dévêtir complètement. L'agent chargé de la fouille examine ses cheveux, ses oreilles puis sa bouche : le détenu doit ouvrir celle-ci, tousser, lever la langue et « si nécessaire » enlever sa prothèse dentaire. L'agent contrôle en outre les aisselles du détenu en lui faisant lever et baisser les bras, avant d'inspecter ses mains en lui demandant d'écartier les doigts ; les pieds - notamment la voute plantaire et les orteils - sont également examinés. Le détenu doit par ailleurs écartier les jambes afin que l'agent puisse s'assurer que des objets ne sont pas dissimulés dans l'entrejambe. Enfin, « dans les cas précis de recherches d'objet ou de substance prohibés », il peut se voir obligé de se pencher et de tousser, (ceci, les fesses face au surveillant chargé de la fouille afin, manifestement, de permettre une inspection anale visuelle) ; la note ajoute qu'il peut également être fait appel au médecin, qui appréciera s'il convient de soumettre l'intéressé à une radiographie ou à un examen médical afin de localiser d'éventuels corps étrangers. »⁶²

La Cour a jugé dans cette affaire que, dans la mesure où elles se déroulent de la sorte et ne sont pas accompagnées de brimades, d'insultes ou d'attouchements, de telles fouilles corporelles intégrales sont adéquates pour autant qu'il soit nécessaire d'assurer la sécurité du détenu et du centre de détention. La circulaire précise que la fouille corporelle intime a lieu « aussi souvent que le chef de l'établissement ou l'un de ses collaborateurs l'estime nécessaire », systématiquement pour tout détenu entrant et sortant de l'établissement, et « à l'occasion des mouvements en détention (promenades, ateliers, salles d'activités) » (§ 44). La Cour se range à l'avis du gouvernement selon lequel on ne saurait voir là une « routine » de la fouille intime (§ 45). Elle relève qu'en l'espèce, le nombre exact et la fréquence des fouilles intégrales ne sont pas connus bien que le requérant y ait été soumis pendant deux ans, mais qu'on arrive à retrouver la date exacte pour 11 de ces fouilles qui ont eu lieu après un parloir, à l'occasion de placements en cellule disciplinaire (pour refus de se soumettre à une fouille intime) ou à la suite d'une promenade (§ 46). Elle estime finalement que ces fouilles, en raison de leur fréquence systématique et parce qu'elles sont fondées sur des instructions internes à l'administration, étaient un traitement dégradant contraire à l'article 3 CEDH (§ 47 et 48).

On assiste enfin de plus en plus souvent à une intrusion très précise et presque maniaque de l'autorité dans les aspects les plus profonds de l'intimité du corps du détenu, par la médiation des médecins qui sont invités à collaborer avec l'autorité de détention ou de jugement afin que celle-ci puisse décider des modalités de détention. Grâce à l'ouverture des dossiers médicaux, dans un arrêt *Kostafis* la Cour nous informe que l'un des requérants dont elle examine les conditions de détention, souffre d'une cirrhose due à une hépatite B chronique, d'une hypertension portale (splénomégalie et varices oesophagiennes) ainsi que d'une lésion latente (syphilis) causée par une

⁶⁰ *Georgiev c. Bulgarie*, requête n°47823/99, arrêt du 15 décembre 2005, § 23 et 24. Le requérant était accusé de viol et a été condamné à quatre ans d'emprisonnement.

⁶¹ *Mouisel c. France*, requête n°67263/01, arrêt du 14 novembre 2002, § 47. La Cour relève dans cet arrêt, fait suffisamment exceptionnel pour être mentionné, que le « maintien en détention, surtout à partir du mois de juin 2000, a porté atteinte à [l']a dignité » du requérant. (§ 48)

⁶² *Frérot c. France*, requête n°70204/01, arrêt du 12 juin 2007, § 40

bactérie, le tréponème pâle⁶³. Le requérant a reçu un traitement pour les varices oesophagiennes. Un suivi médical était nécessaire, visant à prévenir d'éventuelles complications telles que des hémorragies digestives ou une encéphalopathie hépatique. Le Tribunal correctionnel a ordonné son hospitalisation pour quatre mois. Après une évasion et une nouvelle arrestation, le requérant fut placé dans une cellule de 24 m² avec dix autres détenus, pourvue de deux fenêtres et d'un cabinet de toilette de 7 m² (§ 16). Il fut admis à l'hôpital pour des hémorragies oesophagiennes où il subit une ligature endoscopique élastique des varices oesophagiennes. Après quelques jours, il réintégra la prison. Il reçut une nouvelle séance de ligature à l'hôpital un an plus tard. Le Tribunal correctionnel ordonne une expertise médicale et nomme deux médecins dont les conclusions sont contradictoires, l'un préconisant un régime diététique et une médication appropriée, l'autre estimant le risque vital suffisant pour prescrire de nouveaux examens dans un centre médical spécialisé en vue d'étudier la possibilité d'une greffe du foie (§ 21). Le requérant reçoit des médicaments antiviraux actifs sur le virus de l'hépatite B. Il présenta une ascite (épanchement liquidien intra-abdominal) qui fut traitée par un régime désodé et par l'administration de diurétiques.

La Cour ne nous dit pas si elle a recherché la signification de tous ces termes dans un dictionnaire médical ou simplement sur internet, ou en consultant un médecin. Dans les trois cas, l'accès à la connaissance médicale ne peut être qu'une parodie outre qu'elle n'est, à mon avis, que d'une utilité relative dans l'appréciation du problème juridique du rapport au pouvoir. La collaboration avec le corps médical est indispensable mais ne peut pas signifier que le juge va être en mesure de s'approprier un savoir qui lui permettrait d'évaluer la nécessité des soins ou leur caractère adapté. La tentative d'approcher cette connaissance médicale est une manifestation d'une certaine volonté de tout contrôler. Ici, nous observons typiquement cette tendance irrépressible du pouvoir souverain d'investir toujours plus et plus loin le corps de la personne sous la justification que cette investigation est nécessaire à la préservation de la sécurité publique. Dans cet arrêt, il suffisait de constater que les traitements prescrits n'avaient pas été administrés ou que le détenu souffrait d'une maladie contagieuse et présentait un danger potentiel pour les autres détenus. Le descriptif intégral des troubles de la santé d'après les rapports médicaux est une déviation. Cela entraîne que, tout absorbé qu'il est de l'emprise totale qu'il détient sur le corps, le souverain, en l'occurrence la Cour, omet de réaliser l'équilibre de l'exercice du pouvoir de contrainte. A la fin du § 58 par exemple, la Cour déplore « le fait qu'une personne atteinte d'une maladie grave et extrêmement infectieuse a été détenue dans une cellule de 24 m² en compagnie de dix autres condamnés », sans autres explications. Le surpeuplement de la cellule nécessitait ici sans aucun doute quelques développements plus conséquents, de même que l'opportunité du maintien en détention, en rapport avec l'éventuelle dangerosité du détenu ou avec la protection de la santé des autres détenus. Ces derniers aspects de la cause sont typiquement un travail judiciaire savoir, la mise en balance de l'intérêt du particulier à la protection de sa dignité avec celui de l'autorité à protéger la société contre le risque de récidive et le crime, ou contre les épidémies. C'est donc le jugement pénal du tribunal interne que la Cour aurait probablement dû investir, étant entendu que l'accès au dossier médical devrait se limiter au strict nécessaire et avoir le souci de la protection des données personnelles relatives à l'état de santé des personnes.

Le développement des « droits de l'homme » n'est ainsi paradoxalement pas incompatible avec un investissement total de l'être humain, jusque dans les moindres de ses gestes quotidiens et même, avec l'aide de la médecine, jusque dans les moindres de ses fonctions biologiques, qui sont là des formes typiques du pouvoir total, qui portent sur la totalité du corps. Dans la zone de discrimination, l'existence est totalement investie par la contrainte de l'autorité et l'homme est objet du pouvoir souverain.

⁶³ *Kotsaftis c. Grèce*, requête n°39780/06, arrêt du 12 juin 2008, § 11

JURISPRUDENCE DE LA COUR

Il s'agit maintenant d'illustrer notre propos par un commentaire d'arrêts choisis de la Cour en rapport avec l'interdiction des mauvais traitements. La théorie de la double dignité permet une critique à mon avis assez fine de cette jurisprudence et c'est là tout son intérêt. Nous abordons, avec la question de la définition de la torture, des questions très essentielles non seulement sur la nature humaine et l'éthique ou la morale, mais également sur le fonctionnement de l'autorité ou du pouvoir dans la société et sur sa légitimité. Bien que nous n'étudierons pas ces thématiques de front, elles demeurent omniprésentes dans la réflexion autour de la notion de dignité générique de l'être humain. Nous commencerons par le descriptif de la notion de mauvais traitement selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme puis nous nous arrêterons sur deux aspects du statut de la Cour dans l'ordre juridique, qui est qu'elle est une autorité qui exerce de l'influence (souveraineté) dans une certaine zone (juridiction). L'idée n'est pas de rechercher la définition de la dignité générique dont nous avons dit qu'elle était innommable, mais de voir comment une juridiction supérieure, qui a le dernier mot dans un litige, fonctionne elle aussi comme toute souveraineté, malgré sa vocation à protéger les « droits de l'homme », avec le risque de manquer la sauvegarde de la dignité fondamentale de l'homme et d'entériner par là-même le mauvais traitement, le rejet de l'individu dans la zone de discrimination. Ceci est possible parce que la Cour exerce du pouvoir et que le risque de maltraitance, d'agripper son autorité sur le corps d'autrui en le réifiant, comme objet de pouvoir, est intrinsèque à cet exercice parce que, nous dit Giorgio Agamben à la suite de Michel Foucault⁶⁴, le pouvoir s'exerce sur la vie d'autrui.

ARTICLE 3 CEDH Selon l'article 3 CEDH, nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La jurisprudence de la Cour donne plusieurs interprétations de l'interdiction des mauvais traitements en fonction des problématiques dont elle est saisie. D'une manière générale :

« La Cour l'a dit à de nombreuses reprises, l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants, quels que soient les circonstances et les agissements de la victime [...].

Toutefois, pour tomber sous le coup de l'article 3, un traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, et notamment de la nature et du contexte du traitement, de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime [...].

La Cour a jugé un traitement « inhumain » au motif notamment qu'il avait été appliqué avec préméditation pendant des heures et qu'il avait causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales. Elle a par ailleurs considéré qu'un traitement était « dégradant » en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir. En revanche, elle a toujours 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 [...].

[...] l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la

⁶⁴ Michel Foucault, *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976

détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis [...]. »⁶⁵

Cette définition présente plusieurs difficultés. Notons tout d'abord que « l'humiliation » c'est déjà le contraire de la considération, de l'honneur public ou de la dignité. C'est une situation indigne, une déchéance. La Cour semble dire qu'il existe pourtant des niveaux d'humiliation qui sont admissibles. En effet, la détention est humiliante mais elle n'est pas en elle-même un mauvais traitement. Dit autrement, l'ordre juridique permet la déchéance jusqu'à un certain point, une atteinte au principe d'égalité d'une certaine gravité pour des motifs de sécurité publique, de sécurité du souverain comme corps. Il s'agit donc de l'ouverture de zones de discrimination en quelque sorte légitimes, ou du moins légales. Ensuite, la Cour nous dit que le traitement devient mauvais s'il porte atteinte à l'intégrité physique ou psychique du détenu. Or, si l'individu est réduit à son intégrité physique et psychique, il est en même temps amputé d'une partie importante de lui-même : tous les aspects de sa personnalité, son autonomie individuelle et ses liens sociaux ne sont pas protégés. Ces derniers sont essentiels à la garantie de la dignité politique. Et donc, il manque à cette définition du mauvais traitement, l'idée d'une protection de l'individu comme personne, possédant une personnalité, une libre disposition de soi, et insérée dans des liens sociaux. Avec de telles prémices, aucune dignité politique ne peut être rétablie. Si la garantie juridique se limite à la sauvegarde de l'intégrité physique et psychique, la dignité politique est *ipso facto* entamée. Enfin, notons que cela revient à définir l'être humain que de limiter sa dignité à la protection de son intégrité physique et psychique. Comme telle, cette définition n'a de fondement que juridique, c'est-à-dire fictif ou arbitrairement admis par la Cour elle-même. Il s'agit seulement de la définition que la Cour donne de l'être humain. Or, selon la théorie de la dignité générique, toute tentative de définir l'être humain entraîne la violation de la dignité fondamentale de l'homme, de sorte qu'à chaque fois que la Cour voudra réduire l'individu à la protection de son intégrité physique ou psychique, la solution au litige entérinera le mauvais traitement lui-même, l'indignité absolue du plaignant.

La Cour parle encore dans cet extrait de la protection du bien-être du détenu. *A priori*, la protection du bien-être ne se réduit pas à la protection de la seule intégrité physique et psychique, sinon cet ajout serait superfétatoire. La Cour vise donc l'idée d'une certaine douceur de vivre laquelle revient nécessairement à la protection de la personnalité au sens de l'article 8 CEDH. Assurer le bien-être du détenu signifie sauvegarder sa dignité politique. Cet objectif est conforme à l'idéal d'égalité et à l'idéal démocratique mais il est incompatible avec l'article 3 CEDH, en l'état actuel de la jurisprudence, qui s'inscrit dans une zone de discrimination, de non-existence et de soumission au pouvoir souverain.

SOUVERAINETE Si nous abordons maintenant le statut de la Cour dans l'ordre juridique, il apparaît qu'elle est l'autorité judiciaire de dernière instance dans le domaine de la protection des « droits de l'homme ». La Cour décide de la solution au litige en dernier ressort et définitivement, d'une manière qui s'impose aux Etats contractants. Elle fonctionne comme une autorité c'est-à-dire qu'elle exerce du pouvoir. Elle définit elle-même cet aspect essentiel de sa fonction dans un arrêt *Mamatkulov et Askarov*⁶⁶ où le gouvernement turc avait renvoyé en Ouzbékistan deux ressortissants de ce dernier Etat qui risquaient de subir la torture en détention, eu égard aux accusations de terrorisme émises contre eux et aux pratiques inquiétantes des autorités ouzbèkes dénoncées notamment par Amnesty International. L'exécution du renvoi a eu lieu quelques jours après que la Cour, par deux fois, ait demandé au gouvernement turc d'y renoncer pour la durée

⁶⁵ *Kudla c. Pologne*, requête n°30210/96, arrêt du 26 octobre 2000, § 90 à 94

⁶⁶ *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, requêtes n°46827/99 et 46951/99, arrêt de la Grande Chambre du 4 février 2005

de la procédure introduite devant elle. La question était de savoir si une telle demande de la Cour, de suspendre l'exécution du renvoi, a une force obligatoire pour l'Etat contractant. Après un examen minutieux de la pratique des autres instances internationales, la Cour affirme que :

« Une indication de mesures provisoires donnée par la Cour, comme en l'espèce, permet à celle-ci non seulement d'examiner efficacement une requête mais aussi de s'assurer de l'effectivité de la protection prévue par la Convention à l'égard du requérant, et ultérieurement au Comité des Ministres de surveiller l'exécution de l'arrêt définitif. Une telle mesure permet ainsi à l'Etat concerné de s'acquitter de son obligation de se conformer à l'arrêt définitif de la Cour, lequel est juridiquement contraignant en vertu de l'article 46 de la Convention. » (§ 125)

La Cour confirme ainsi le caractère juridictionnel de ses décisions, leur force obligatoire ou leur valeur contraignante. Bien que la contrainte ne s'adresse directement qu'aux Etats, la Cour exerce un pouvoir décisionnel de dernier recours qui tranche définitivement les litiges et, à force de répétition, fixe des règles normatives en matière de droits de l'homme qui s'insèrent finalement dans l'ordre juridique des Etats parties. Substantiellement, pour les particuliers, la Cour ne se distingue pas de l'autorité de l'Etat⁶⁷. Elle est un élément du souverain. Dans cette affaire, la Cour affirme sa souveraineté sans laquelle d'ailleurs, aucune protection effective des droits de l'homme n'est possible.

JURIDICTION Nous avons dit que l'autorité s'exerce dans un certain rayon, celui nécessaire à ce qu'elle atteigne effectivement son destinataire. La discrimination s'exerce dans une « zone ». Celui qui échappe à l'influence de l'autorité recouvre sa liberté et n'est pas discriminé. L'autorité de la Cour s'exerce premièrement sur le territoire des Etats membres et dans la juridiction de ces Etats. La Cour a étendu cette notion de juridiction aux actes des Etats membres qui entraînent des effets territorialement lointains. Ainsi, depuis le célèbre arrêt *Soering*⁶⁸, la juridiction de la Cour présente la particularité de s'étendre potentiellement à la terre entière. En effet, la Cour y énonce qu'en raison du caractère absolu du principe de l'interdiction des mauvais traitements, on ne peut pas renvoyer un étranger vers un Etat où il se trouverait concrètement menacé de subir des mauvais traitements. Même si l'Etat de destination n'est pas signataire de la Convention européenne des droits de l'homme, l'Etat de renvoi doit évaluer le risque de mauvais traitements avant de procéder à l'expulsion. Si le risque paraît élevé ou à peu près certain, l'Etat de renvoi devient responsable du mauvais traitement infligé dans l'Etat de destination s'il procède à l'expulsion en toute connaissance de cause. Dans cette affaire *Soering*, il était question d'un ressortissant allemand arrêté et détenu au Royaume-Uni, qui devait être extradé aux Etats-Unis où, selon toute vraisemblance, il y serait condamné à mort pour avoir commis deux crimes particulièrement violents. Les Etats-Unis ne sont pas signataires de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour s'inspire de la Convention des Nations Unies contre la torture en vertu de laquelle : « Aucun Etat partie [...] n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture » (art. 3 CT). Elle affirme que :

⁶⁷ Comme juridiction internationale, la Cour est difficile d'accès pour les particuliers car le champ de ses compétences est limité aux « droits de l'homme » et la procédure est longue, en moyenne cinq ans, avec cependant la particularité que la Cour ne peut en principe pas, par sa décision, péjorer la situation du particulier. Elle ne peut que la confirmer (rejeter la requête) ou l'infirmer (admettre l'existence d'une violation) et, le cas échéant, ordonner le versement d'une indemnité en réparation du préjudice. Il arrive cependant que la décision de la Cour soit contradictoire avec un jugement interne plus favorable, ce qui est une discrimination : *Aoulmi c. France*, requête n°50278/99, arrêt du 17 janvier 2006, cf. § 29 ; *Gül c. Suisse*, requête n°23218/94, arrêt du 19 février 1996

⁶⁸ *Soering c. Royaume-Uni*, requête n°14038/88, arrêt de la Cour plénière du 7 juillet 1989

« Un Etat contractant se conduirait de manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettrait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier ; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article (art. 3). » (§ 88)

Si Monsieur Soering était extradé vers les Etats Unis, à plus ou moins brève échéance mais de manière suffisamment prévisible, il serait contraint de passer plusieurs années dans le « couloir de la mort », c'est-à-dire dans l'angoisse de l'attente de l'exécution de la peine de mort (§ 111). Cette angoisse est une souffrance extraordinaire que l'on ne saurait infliger sur une longue période à un détenu. De sorte qu'en l'extradant, le Royaume-Uni contribuerait à placer le requérant entre les mains de la justice états-unienne et donc à le soumettre à une situation de mauvais traitements en toute connaissance de cause. L'extradition serait une violation de l'article 3 CEDH par le Royaume-Uni.

Cette notion de zone d'influence a été progressivement précisée par la Cour. Dans un arrêt *Hirsi Jamaa c. Italie*⁶⁹, où il était question de migrants interceptés en mer par des navires militaires italiens et refoulés en Lybie où certains ont été détenus dans des conditions inhumaines et parfois ont perdu la vie, la Cour définit la juridiction comme une situation de fait où l'autorité exerce concrètement le contrôle de la personne (§ 74 et 77). C'est cette relation de contrôle ou de pouvoir sur autrui qui détermine l'étendue de la zone d'influence du souverain.

LA GRANDE EGALITE (plus proche de C) Dans quelques affaires, notamment lorsque la détention a pris fin, qu'elle a été de courte durée ou qu'elle a été ordonnée « pour le bien » du détenu, par exemple pour des motifs médicaux, la Cour accepte l'idée d'une protection juridique utile du détenu, qui est censée lui rendre toute sa dignité si celle-ci a été heurtée pendant la détention, et pour autant que le préjudice soit réparable. Une véritable considération du détenu dans toute sa dignité ne peut porter que sur sa dignité politique, c'est-à-dire sur la reconnaissance de son existence dans la collectivité comme membre à part entière. D'où l'expression de « grande » égalité qui exprime l'idée que l'individu reste proche du souverain et doit encore bénéficier de sa pleine liberté. L'intrusion de la contrainte dans cette liberté est ici fortement encadrée par le droit c'est-à-dire par la Cour. Le contrôle judiciaire est étendu et porte autant sur la justification de la mesure de contrainte, qui doit être convaincante, que sur les règles de procédure, qui doivent être suffisamment claires et praticables pour permettre au requérant de se défendre à armes égales avec l'autorité. La procédure doit être soucieuse de démocratie c'est-à-dire doit permettre la délibération (le juge interne parvient à entendre les revendications du requérant) et rechercher l'équilibre du rapport de pouvoir dans la solution au litige. Une telle protection juridique large ne peut découler que de l'article 8 CEDH. Il existe ainsi quelques situations de détention où la personne concernée finalement ne s'éloigne pas significativement du souverain et peut revendiquer la protection de sa personnalité.

Par exemple, dans l'affaire *Storck*⁷⁰, il est question d'une adolescente internée dans une clinique psychiatrique à la demande de son père, avec qui elle avait de graves conflits et qui pensait qu'elle était psychotique. Arrivée à l'âge de la majorité, à la demande de son père toujours, elle est

⁶⁹ *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, requête n° 27765/09, arrêt du 23 février 2013

⁷⁰ *Storck c. Allemagne*, requête n° 61603/00, arrêt du 16 juin 2005

internée dans le service fermé d'une clinique privée sans son consentement. Un certain nombre de soins psychiatriques administrés de force semblent avoir été incompatibles avec son état de santé. A la suite d'une fugue, elle est ramenée par la police à la clinique sans aucun contrôle de la validité de cet internement. La clinique en question n'était pas même habilitée à recevoir les internements forcés. Elle passa en tout 20 ans dans différents établissements de soins dont 10 années pendant lesquelles elle avait perdu l'usage de la parole. En 1997, à la date où elle obtient enfin une copie de son dossier médical, elle conteste les premières périodes d'internement qui ont eu lieu entre 1977 et 1981.

Selon la Cour, l'internement était manifestement contraire au droit car seule une autorité judiciaire aurait pu l'ordonner (§ 112). La Cour constate donc d'abord une violation de l'article 5 CEDH (interdiction de la détention arbitraire). La requérante se plaint également d'une violation de l'article 3 ou de l'article 8 CEDH. La Cour choisit l'examen sous l'angle de l'article 8 CEDH, ce qui est d'emblée plus favorable à la requérante. Elle rappelle « qu'une atteinte même minime à l'intégrité physique d'un individu doit passer pour une ingérence dans le droit de celui-ci au respect de la vie privée » (§ 143). Elle conclut à une violation de l'article 8 notamment parce que les juridictions internes saisies ont refusé d'examiner la plainte de la requérante au motif qu'elle était tardive, déposée longtemps après les faits. Or, la Cour constate que pendant une très longue période, pour des raisons indépendantes de sa volonté et dues partiellement à la médication administrée de force pendant l'internement, la requérante était dans l'incapacité d'agir. Les tribunaux internes n'ont pas suffisamment pris en considération ces circonstances très défavorables. Elles n'ont pas donné satisfaction à la requérante eu égard à sa situation de vulnérabilité particulière et au besoin de protection de sa santé contre la médication forcée. C'est donc sous l'angle de la protection de la dignité politique de cette femme que la Cour traite le problème du mauvais traitement qu'elle a subi en situation de détention, qui a gravement et durablement porté atteinte à sa santé. Ce point de vue donne une grande ampleur aux revendications individuelles d'être traité comme une personne à part entière et permet la satisfaction de la demande de réparation des atteintes subies à ses intérêts privés. Cette satisfaction est la condition du rétablissement de la dignité politique, du sentiment de sa propre existence. Même après de nombreuses années, l'ordre juridique fait encore l'effort de considérer la plainte de la requérante, de donner un sens à ses revendications. Cet effort est le dépassement, opéré par la Cour, du formalisme parfois abstrait des règles de procédure qui veulent que la voie judiciaire ne soit ouverte que pendant un temps limité. Il faut remarquer que le point de vue adopté par la Cour est facilité ici par le fait que la requérante est de retour dans la vie civile et le lien social. Sa détention est terminée. En outre, elle a été victime d'un conflit familial. Au contraire des personnes inculpées pour un délit, la requérante n'est pas dans l'opprobre. Le droit protège les mineurs, les femmes seules, les victimes de violences privées et les personnes gravement malades. La requérante cumulait ces quatre critères de vulnérabilité. D'emblée, Mme Storck bénéficie d'une reconnaissance de sa singularité et spécifiquement de son besoin de protection.

*

Les autres situations où les personnes absorbées dans une zone de pouvoir ont encore une chance de faire valoir un droit à la protection de leur personnalité sont celles où l'arrestation ou la détention sont de très courtes durées. L'intéressé n'est alors pas longtemps détaché du lien social. Son existence ne s'arrête pas brusquement. Il a toujours son appartement, sa famille, son travail et les conséquences de la confrontation avec l'autorité de police ne sont normalement pas durables.

Ainsi, dans l'affaire *Raninen*⁷¹, il est question d'un jeune homme qui refuse de faire le service militaire. Il est détenu à plusieurs reprises sur ordre de l'autorité compétente et en application de

⁷¹ *Raninen c. Finlande*, requête n° 20972/92, arrêt du 16 décembre 1997

la loi, en tout 212 jours, jusqu'à son relèvement des obligations militaires. Il se plaint de l'une des détentions, celle du 18 au 19 juin 2002. Suivant l'avis du médiateur finlandais qui avait été préalablement saisi par le requérant, la Cour constate une violation de l'article 5 CEDH faute de base légale en ce qui concerne cette détention. Ce 18 juin, le requérant avait été menotté pendant deux heures devant les membres de son « comité de soutien » (d'autres jeunes hommes qui avaient signé avec lui des pétitions contre les obligations militaires), ce qu'il considérait comme une humiliation. La Cour examine ces faits à la lumière de l'article 3 CEDH pour conclure à la non-violation faute d'intensité de la souffrance. Ce qui est intéressant c'est qu'elle passe ensuite à l'examen sous l'angle de l'article 8 CEDH en ces termes :

La notion de « vie privée » peut « englober l'intégrité physique et morale de la personne [...] ». La Cour reconnaît de plus que ces aspects de la notion s'étendent à des situations de privation de liberté. Elle n'exclut d'ailleurs pas la possibilité de considérer l'article 8 comme octroyant parfois une protection s'agissant de conditions de détention n'atteignant pas la gravité requise par l'article 3. » (§ 63)

On ne peut établir entre les deux articles de lien plus limpide. La Cour conclut à la non violation de l'article 8 CEDH faute d'atteinte à l'intégrité physique ou mentale, c'est-à-dire faute d'intensité de la souffrance, c'est-à-dire encore, pour les mêmes motifs qu'à propos de l'article 3 CEDH. Il faut également retenir de cette affaire que le requérant a pu se plaindre de 24 heures de détention et d'avoir été menotté pendant deux heures. Il existait une voie de droit au cours de laquelle il a obtenu un examen consciencieux de ses griefs et en partie satisfaction. Il a eu accès à la protection effective de l'ordre juridique. Un détenu de longue durée ne peut pas contester ainsi tous les aspects des conditions de sa détention en raison de la multiplicité des atteintes à sa vie privée. Il doit concentrer son action sur les plus graves.

LA PETITE EGALITE (plus proche de B) Dans d'autres arrêts, qui sont sans doute les plus nombreux, les violences subies en détention ont été si graves que la solution au litige même la plus favorable ne parviendra pas à rétablir la dignité politique du détenu. Les traumatismes sont profonds et irréversibles et la personne ne retrouvera sans doute jamais la plénitude de l'existence, la sérénité ou le sens de la vie. Ou bien, l'atteinte à la santé est consommée et également irréversible de sorte que, comme dans l'affaire *Pentiacova*, la personne passera le reste de sa vie occupée à lutter contre la maladie ou affectée d'un handicap. Dans les deux cas, la préservation du lien social est plus difficile et la dignité politique ne peut plus être complète, d'où l'expression de « petite » égalité.

Ainsi par exemple, dans l'affaire *Turan Cakir*⁷² la Cour décrit d'abord les faits comme suit :

« Le 17 mars 1996, des policiers vinrent arrêter le frère du requérant au domicile familial, dans le cadre d'une enquête relative à un trafic de stupéfiants, puis revinrent pour effectuer une perquisition. [...] Le requérant tenta de repousser le policier. Un autre policier lui fit alors un croche-pied, le maintint par terre et le menotta. Deux autres policiers lui donnèrent des coups de pied au niveau de la nuque. Un des trois s'assit sur lui et continua à l'asperger de gaz lacrymogène dans la bouche et dans les yeux. Le requérant fut traîné par terre vers un véhicule. Un des policiers proféra alors des menaces à l'encontre du requérant ainsi que des injures à caractère raciste durant tout le trajet jusqu'au commissariat. Le requérant reçut encore des coups de pied dans le véhicule et son arcade sourcilière s'est ouverte occasionnant un saignement abondant. Arrivés au commissariat, les policiers menacèrent le requérant en lui disant: « Nous allons te montrer comment nous on tape ». Un policier l'attrapa par les cheveux, le força à se courber et à marcher de

⁷² *Turan Cakir c. Belgique*, requête n°44256/06, 10 mars 2009

cette façon vers la porte. A moitié inconscient à cause du gaz, le requérant tomba juste devant la porte et un policier lui donna un coup de pied dans les parties génitales. Le même policier dit : « On va jouer un peu avec toi ». Le requérant et les policiers entrèrent dans un bureau. Là, le requérant fut encore frappé et injurié. Les policiers proférèrent des injures racistes et forcèrent le requérant à répondre par « oui Monsieur ». D'autres policiers entrèrent et frappèrent le requérant, le faisant tomber de sa chaise. Un policier prit la chaise et lui donna deux coups à la tête. Le requérant reçut encore un coup à l'arcade et à la mâchoire. Le même policier prit alors un annuaire téléphonique et frappa le requérant à la tête et au visage. Le requérant eut le nez cassé. Les policiers décidèrent alors d'appeler une ambulance pour emmener le requérant à l'hôpital car il saignait abondamment. Le requérant fut encore frappé au moment de son départ du commissariat. » (§ 7 à 9)

Le requérant a été hospitalisé pendant 10 jours. Plusieurs années après, il souffrait des séquelles suivantes : « notamment une diminution de l'acuité auditive au niveau de l'oreille gauche, une diminution de l'acuité visuelle, des vertiges, des difficultés à respirer par le nez suite à une fracture ayant entraîné une déviation de la cloison nasale et des problèmes dentaires » (§ 10). Le gouvernement donne une autre version des faits de laquelle il ressort de manière assez crédible que le requérant s'est débattu. En outre, l'un des policiers a été blessé et s'est trouvé en arrêt du travail pendant 1 jour. Le requérant porte plainte et se constitue partie civile. Après différentes mesures d'instruction, l'autorité pénale décide du non-lieu. Le requérant recourt contre cette décision mais l'affaire n'est pas fixée par le tribunal malgré plusieurs demandes expresses. Finalement, en 2006, le tribunal déclare l'action publique éteinte par prescription.

Dans son arrêt, la Cour considère que l'autorité belge n'a pas pu démontrer que les blessures constatées à l'hôpital s'étaient produites à un autre moment que celui où le requérant se trouvait en état d'arrestation et de détention. Les policiers n'ont d'ailleurs pas contesté avoir frappé le requérant et le Gouvernement n'est pas parvenu à donner une autre version crédible des faits. On doit donc admettre que les blessures ont pour origine la violence policière, comme l'allègue le requérant (§ 59 et 60). Parce qu'il a été frappé, le requérant a subi un mauvais traitement. La Cour rappelle qu'il faut appliquer le principe de la proportionnalité qui veut que « tout usage de la force physique à l'encontre d'un individu qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de celui-ci constitue, en principe, une atteinte au droit garanti par l'article 3. » (§ 57) Enfin, la Cour estime que l'enquête a été inefficace vu qu'elle a abouti au classement par prescription. Les garanties de procédure internes étaient insuffisantes. Pour toutes ces raisons, il y a eu violation de l'article 3 CEDH.

Même satisfait dans sa requête, la procédure ne peut rétablir le sentiment de sécurité ou une certaine sérénité de la vie du requérant. L'expérience de violences particulièrement graves casse le sentiment de sa propre dignité (politique) pour toujours. Pour comparer avec l'affaire *Storck*, il faut revenir sur la question essentielle de l'inclusion ou de l'exclusion. Dans cette dernière affaire, les tribunaux allemands ont rejeté la demande de réparation parce que l'internement forcé avait eu lieu 16 ans plus tôt. Ils invoquaient la prescription déduite du principe de la sécurité du droit. La Cour devait délibérer si Mme Storck pouvait tout de même encore se prévaloir de la protection de l'ordre juridique, au-delà des règles parfois formalistes de procédure. La Cour a jugé que, dans une société démocratique, l'ordre juridique doit considérer les circonstances défavorables qui ont empêché la requérante d'agir pendant de nombreuses années, et préserver jusqu'à la fin de l'empêchement son droit ou son intérêt privé à faire constater l'illicéité de l'internement. La Cour a résolu une question de droit nouvelle. C'est-à-dire que les tribunaux auront sans doute quelques occasions à l'avenir d'en appliquer la solution juridique. La question principale était : quel est le contenu de la dignité politique dans une telle situation ? Au contraire, dans l'affaire *Turan Cakir*, il n'y avait aucune question à résoudre. La Cour ici n'a pas eu à délibérer car la solution au litige était déjà connue et résolue par le droit. Si Monsieur Turan Cakir n'avait pas été discriminé en effet, les policiers eussent été condamnés pour crime, en

application de l'arsenal juridique de la zone d'inclusion. La violence policière est clairement pénalement répréhensible dans tous les Etats européens. Savoir si c'est un crime de tabasser un homme en état d'arrestation n'est plus à débattre. C'est-à-dire que la solution au litige ne posait aucune difficulté. Obtenir la condamnation effective des policiers coupables de violences est un problème de pouvoir et non pas de délibération, qui sort du droit, ou qui dépasse la simple question de l'application du droit et qui est un problème de la manière dont l'autorité investie du pouvoir fonctionne. C'est le problème de l'abus de pouvoir, de l'abus d'une position dominante. Ici, les tribunaux belges n'ont clairement fait aucun effort d'instruction d'une plainte déposée à temps. Ils ont laissé le temps s'écouler pour conclure en toute mauvaise foi à la forclusion. Les règles habituelles de protection des victimes dans le procès pénal ne permettaient pas cette issue, laquelle est donc une exclusion délibérée de la protection ordinaire du droit, une discrimination. Le plaignant s'est trouvé, contre toute attente légitime, rejeté dans la zone d'exclusion, là où la violence n'est pas sanctionnée et a libre cours, et où l'individu est exposé à la mort.

Par son arrêt, la Cour interfère, avec les moyens qui sont les siens, dans l'exercice du pouvoir souverain de l'Etat partie, en le condamnant. La seule intervention de la Cour ici a sauvé Monsieur Turan Cakir de son sort si la procédure s'était éteinte au niveau des tribunaux belges, qui était d'être *sacer*, objet du pouvoir souverain, sans aucune dignité, livré à l'arbitraire de la violence policière, abandonné (mis au ban) de l'ordre juridique.

*

Dans l'affaire *Olteanu*⁷³, le 16 mai 1998, en fin de journée, deux policiers observent un homme accompagné de son enfant de 8 ans, saisir un pack de six bouteilles d'eau minérale dans le coffre d'une voiture et l'abandonner un peu plus loin. Le requérant expliquera plus tard dans la procédure qu'il voulait faire une farce à un ami. L'ami en question confirmera entretenir des rapports de confiance avec le requérant. Les deux policiers abordent l'homme pour l'interroger. Ils l'arrêtent et l'amènent dans un bureau de poste à proximité, laissant l'enfant seul dans la rue. Ils réquisitionnent séance tenante le bureau du responsable de la poste pour procéder à un interrogatoire. Une altercation s'ensuit. Le tribunal saisi retiendra par la suite que le requérant a reçu des coups de poings dans la figure. Une vitre du bureau est brisée, le requérant sort dans la rue et l'un des policiers lui tire trois fois dessus, le blessant au pied, sous les yeux de l'enfant. Le requérant, immobilisé et menotté alors qu'il perdait du sang, est amené au commissariat où il fut à nouveau frappé par plusieurs policiers, puis conduit à l'hôpital. Il subit une intervention chirurgicale pour extraire des corps métalliques restés dans le pied. Le rapport médical du 19 mai nota la présence d'ecchymoses aux deux yeux, un traumatisme crânien-cérébral et des ecchymoses corporelles, outre une plaie provoquée par arme à feu. Immédiatement après l'opération, le requérant est ramené au commissariat de police. Il se plaindra d'avoir été contraint d'attendre pendant une heure assis sur une chaise alors qu'il se trouvait dans un état de grande fatigue, puis d'avoir subi un interrogatoire au milieu de la nuit, jusque vers les 2h30 du matin du 17 mai. Dès le lendemain, le requérant est placé en détention préventive. Il dépose une plainte pénale pour abus de pouvoir de la part de policiers dans l'exercice de leurs fonctions. La plainte est examinée par un tribunal militaire. Une procédure est également ouverte contre le requérant pour vol et outrage (injures et menaces) à policiers. Un an plus tard, le tribunal prononce le non-lieu en ce qui concerne la plainte et une peine de un an de prison pour les infractions reprochées. Le requérant est libéré. Il a tenté de recourir contre le non-lieu mais n'y est pas parvenu (cf. § 39 à 42). Le parquet dépose un recours contre le jugement pénal. Le second tribunal confirme le premier jugement tout en estimant que les policiers ont précipité les événements par leur propre comportement (§ 48). Le parquet recourt contre le second jugement et l'autorité supérieure, la Cour suprême de justice, contre toute attente, prononce une peine de cinq ans de prison en notant que « par sa réaction disproportionnée, le requérant avait provoqué de la terreur chez les trente ou quarante personnes présentes au bureau de poste » (§ 50). Le requérant est à nouveau placé en

⁷³ *Olteanu c. Roumanie*, requête n°71090/01, arrêt du 14 avril 2009

détention puis grâcié un mois plus tard. Il dépose alors une requête auprès de la Cour pour les mauvais traitements subis au moment de l'arrestation. La Cour a conclu à la violation de l'article 3 CEDH pour des motifs de procédure d'abord : parce que la résistance du requérant n'avait pas été prouvée vu l'absence de rapport médical montrant que des policiers auraient été blessés le 16 mai 1998 (§ 66), et parce qu'aucun témoin, à part les deux policiers impliqués, n'avait été interrogé, notamment aucune des trente ou quarante personnes qui se trouvaient à la poste. En outre, l'enquête a été confiée à un parquet militaire qui n'est pas une autorité indépendante de la police (§ 67 à 69). Dans deux paragraphes de quatre lignes chacun, la Cour conclut ensuite à la violation de l'article 3 CEDH sous son volet matériel en raison de l'usage d'une force excessive par les policiers qui a entraîné de graves lésions et de vives souffrances, « d'autant plus que l'intervention de la police s'est déroulée sous les yeux du fils âgé de huit ans » (§ 72).

Ici, les tribunaux internes ont été bien plus loin que dans l'affaire précédente, où ils s'étaient contentés de constater la prescription, c'est-à-dire de fermer les yeux. Au contraire, la procédure judiciaire interne a décuplé l'emprise du pouvoir sur la personne. D'abord, le requérant a été placé en détention sans aucune raison ou pour un motif qui était le produit de la violence policière elle-même. Les policiers alléguaient qu'il avait tenté de voler un pack de bouteilles d'eau minérale, pour le moins une bagatelle, et moins d'une heure après, le requérant était grièvement blessé par ces mêmes policiers qui l'accusaient de les avoir insultés et l'ont emmené malgré ses blessures, sans se soucier de l'enfant qui l'accompagnait. C'était à la fois totalement disproportionné et arbitraire, sans compter l'usage quasiment privé, comme s'il leur appartenait, que les policiers ont fait de l'espace commercial qu'était le bureau de poste. Seul le second tribunal s'est quelque peu soucié de l'attitude des policiers mais il n'en a tiré aucune conséquence. Le troisième tribunal a été le plus brillant dans l'expression de l'absurdité, dans le franchissement de cette limite de l'incompréhensible qui caractérise le phénomène du pouvoir total. Il a accusé le requérant lui-même d'avoir agi de manière « disproportionnée » et a infligé une peine pénale qui n'a pas de commune mesure avec les faits à l'origine de l'affaire, une tentative de vol d'un pack de six bouteilles d'eau minérale. On voit donc ici que l'exercice du pouvoir total, qui écrase la dignité politique et porte atteinte à la dignité générique, est un phénomène qui s'exerce aussi bien à plusieurs niveaux de procédure judiciaire. Un autre aspect très caractéristique du pouvoir total est la tendance irrépressible du souverain de s'en prendre de manière systématique et ininterrompue au corps de la personne. Ce lien entre le corps et le pouvoir est une source de satisfaction trouble qui provoque la répétition de l'atteinte. D'où l'acharnement du ministère public qui n'a pas pu se contenter d'une première peine pénale d'un an et sollicite le second tribunal pour alourdir la peine, puis encore la Cour suprême dans une spirale de l'oppression. Le requérant est donc ici dans la zone de discrimination et ne parvient pas à se faire entendre. L'ordre juridique se dresse contre lui et l'écrase dans des formes de contrainte qui ne sont plus encadrées par le droit mais où, au contraire, le droit est instrumentalisé dans l'exercice du pouvoir souverain. C'est-à-dire que les autorités font usage de leur position institutionnelle pour s'affirmer en tant qu'entité dominante. L'ordre public poursuivi ici est le plus déviant que l'on puisse rencontrer, celui défini par le souverain de manière égoïste et qui n'a pas spécialement pour objet la sécurité publique, celle-ci étant en réalité menacée par les policiers et les tribunaux, mais la satisfaction du souverain dans sa propre existence, celle que lui procure l'exercice de la domination elle-même.

La conclusion de la Cour dans cette affaire, de la violation de l'article 3 CEDH, est sans surprise⁷⁴. Plus étonnante cependant est la mollesse de l'arrêt. La Cour souligne quelques aspects

⁷⁴ Sur le principe, tout usage de la force physique est potentiellement un mauvais traitement, *a fortiori* si elle entraîne une lésion : « La Cour rappelle que, lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue nécessaire par son comportement constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3, étant entendu que l'interdiction posée par cette disposition est absolue et vaut dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation. » (*Keser et Kömürü c. Turquie*, requête n° 5981/03, arrêt du 23 juin 2009, § 59)

problématiques des procédures pénales puis constate que le gouvernement défendeur n'est pas parvenu à justifier l'usage de la force excessive par les policiers au moment de l'arrestation (§ 71). Elle conclut que les graves lésions infligées étaient un mauvais traitement (§ 72). Or, la dignité politique n'est pas rétablie si l'ordre juridique démocratique lui-même ne l'est pas. Indépendamment des explications apportées par le gouvernement, l'intervention de la police pour une tentative de vol de six bouteilles d'eau minérale était très manifestement disproportionnée et nécessitait sans aucun doute un commentaire approfondi des règles de conduite que les policiers auraient dû respecter dans cette situation. Il est impensable que cet événement ait conduit à la perquisition du bureau du responsable d'un office de poste et à l'abandon de l'enfant de huit ans à son sort. L'usage d'une arme à feu en pleine rue contre un simple citoyen à qui on ne peut rien reprocher de grave est aberrant. La détention qui a suivi également, ainsi que les condamnations pénales et plus encore la peine de cinq ans de détention qui s'écarte de toute considération de justice ou d'équité et n'a pas pu être guidée par la raison. De tout cela, la Cour n'a pas parlé. Si la dignité politique du requérant est en partie rétablie parce qu'il a obtenu gain de cause, en réalité il n'a pas été rendu entièrement dans ses revendications. La Cour n'a pas écrit que la police et la justice ont été fautives. Elle ne désigne pas les dérapages cumulés. Elle estime seulement que le gouvernement ne l'a pas convaincue d'avoir agi par nécessité et le condamne donc pas défaut. Or, la police n'est pas toujours dans son droit et n'importe quelle altercation avec ses agents ne justifie pas la répression pénale. Dans une démocratie équilibrée, à mon avis, un particulier doit pouvoir se confronter à des policiers qui l'interpellent pour des broutilles et l'agressent, sans avoir à craindre d'être blessé par balles puis condamné à cinq ans de prison pour ce seul motif. Il doit aussi pouvoir se débattre car il s'agit là d'une réaction spontanée de quiconque expérimente l'emprise sur son propre corps, quel que soit l'uniforme de l'auteur de l'atteinte. Se défendre n'est pas un crime. La procédure pénale qui élucide les faits après coup doit au moins démontrer, pour justifier la répression, que l'inculpé a gravement troublé ou menacé l'ordre public, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Comme dans l'affaire *Glass*, si on considère que Monsieur Olteanu est membre à part entière de la société politique, doué de la faculté de délibérer, proche du souverain, nous sommes alors théoriquement en présence de deux souverainetés concurrentes : la souveraineté du peuple en la présence du citoyen, et celle de l'organisation politique représentative en la présence des deux agents de police. Le juge doit réaliser le juste équilibre des pouvoirs, celui de tout citoyen de se défendre contre une agression illégitime sur son corps et contre sa vie, et celui des représentants de l'autorité légalement instituée d'accomplir leur mission de protection de l'ordre public, sans qu'ils aient à craindre d'être eux-mêmes agressés à chacune de leurs interventions. L'équilibre démocratique ne peut en aucun cas signifier le blanc-seing sur n'importe laquelle des actions policières, sous la menace de la mise en œuvre débridée de la répression pénale.

*

Dans l'affaire *Rivière c. France*⁷⁵, le détenu a été condamné pour homicide à la prison à perpétuité, avec une peine de sûreté de 15 ans échéant en 1991. Il se marie en prison mais n'aura que des relations très sporadiques avec son épouse en raison des nombreux transferts dans différents établissements. Son état de santé psychique se dégrade et il sollicite sa libération conditionnelle en 2001, qui est refusée. Les médecins traitants attestent que sa pathologie est apparue en détention, qu'il est un malade mental chronique, qu'il souffre de psychose et de troubles du comportement de type suicidaire. Ils recommandent l'hospitalisation. Le requérant va ainsi faire différents séjours en milieu hospitalier alternés avec des périodes de détention où il continue à bénéficier d'un suivi psychiatrique une fois par mois, ceci pendant plusieurs années. Devant la Cour, le Gouvernement argumente principalement que les soins médicaux prescrits n'ont jamais été refusés. Dans son arrêt, la Cour précise que « outre la santé du prisonnier, c'est son bien-être qui doit être assuré de manière adéquate eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement » (§ 62). On doit tenir compte de la vulnérabilité des malades mentaux et de leur incapacité dans

⁷⁵ *Rivière c. France*, requête n°33834/03, arrêt du 11 juillet 2006

certains cas à se plaindre de manière cohérente des effets d'un traitement donné sur leur personne. Il convient également de distinguer entre les différentes maladies et de savoir que la psychose comporte des risques particulièrement élevés (de passage à l'acte) (§ 63). La Cour constate que l'autorité judiciaire compétente avait refusé la libération conditionnelle précisément en alléguant le manque d'encadrement psychiatrique à l'extérieur, alors qu'en prison, le requérant n'est pas encadré au quotidien par du personnel médical. En outre, le code de la santé publique prévoit l'hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux dans une unité spécialement aménagée. Le maintien en détention sans encadrement médical approprié est donc de nature à constituer pour le requérant une épreuve particulièrement pénible et l'a soumis à une détresse d'une intensité suffisante pour conclure au mauvais traitement. Il y a eu violation de l'article 3 CEDH.

Ici donc, on doit admettre que le détenu est atteint dans son intégrité psychique. Les médecins attestent que la détention de très longue durée a entamé ses ressources mentales. Dans cette affaire, les autorités ont été de bonne foi. Elles ont déployé les efforts qu'elles pouvaient dans une situation inextricable. Les autorités pénitentiaires n'ont jamais refusé l'accès à un médecin, elles ont suivi toutes les recommandations médicales d'hospitalisation et elles n'ont à aucun moment remis en question l'avis des médecins. Les tribunaux et la Cour ont soigneusement constaté que le détenu n'avait jamais été privé de soins. La Cour n'a cependant pas jugé que le maintien en détention pose un problème de mauvais traitement. Elle le suggère en constatant que le tribunal interne n'a donné que des prétextes au maintien en détention et aucune raison véritable. La solution au litige aurait donc été d'ordonner la libération si le souci était de rétablir la dignité politique du détenu. Cette option cependant se heurte à la souveraineté de l'Etat dans un domaine qui est particulièrement sensible, celui de la répression des criminels et de la prévention des récidives. Ici, la Cour n'est pas confrontée à une police déviante mais au problème des limites de la démocratie. Dans cette affaire, le rapport de pouvoir ne provient pas exclusivement du souverain au sens des autorités qui exercent la contrainte directe, mais aussi du souverain comme corps social, de la collectivité toute entière. L'exclusion du requérant résulte pour une bonne part du lien social lui-même. Monsieur Rivière est dans l'opprobre, dans la vindicte publique. Le corps social, menacé dans son intégrité, s'est détaché de lui et l'a rejeté dans la réprobation, le déshonneur, dans le bannissement. Le criminel ou l'individu désigné comme tel se trouve dans la zone d'exclusion. L'idéal commun de sécurité individuelle et collective se manifeste par l'adoption puis la mise en œuvre des lois pénales. La seule application scrupuleuse des lois pénales entraîne l'écrasement de sa dignité politique. Monsieur Rivière est détenu depuis 30 ans, deux fois la durée de la peine de sûreté, mais aucune autorité ne veut prendre la responsabilité de le libérer au risque d'avoir à essuyer la réprobation de l'opinion publique⁷⁶.

LE BAN SOUVERAIN Il est un certain nombre de situations où le requérant ne sortira pas de l'opprobre et où le souverain ne fera aucun effort à son égard, où le requérant restera indigne jusqu'au jugement dernier pourrait-on dire, jusqu'au jugement de la Cour elle-même et encore au-delà. Celui-là ne fait pas partie de la collectivité et il n'est pas question d'égalité en ce qui le concerne. Les « droits de l'homme » eux-mêmes ne s'appliquent pas c'est-à-dire que l'individu est exclu du bénéfice de la protection de l'ordre juridique de la zone d'inclusion et rejeté dans la zone d'exclusion, la zone de violence ou de dépendance de survie, où sa vie est exposée à la mort.

⁷⁶ Pour satisfaire à la conclusion de violation de l'arrêt de la Cour, les autorités françaises ont intensifié les consultations psychiatriques à une fois par semaine. Un médecin a attesté que la détention de Monsieur Rivière est désormais « compatible avec son état de santé », ce qui a permis au représentant du Gouvernement de relativiser la gravité de la maladie puisque, déclare-t-il, l'état du détenu s'est « stabilisé à un niveau indéniablement plus satisfaisant qu'à la date de l'arrêt de la Cour [...] ». » (Résolution CM/ResDH(2009)2 du Comité des ministres comme autorité de surveillance de l'exécution de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme)

Monsieur Ramirez Sanchez⁷⁷, « qui se dit révolutionnaire de profession » (§ 9), a été condamné à la prison à perpétuité pour des attentats terroristes perpétrés en France. Dès son arrestation en 1994 et jusqu'en 2002, soit pendant 8 ans, il a été placé en régime d'isolement. Selon l'arrêt de la Cour :

il était détenu « dans une cellule de 6,84 m², vétuste, mal isolée et comprenant des toilettes non cloisonnées, et l'interdiction de tout contact avec les autres détenus et même les gardiens. [...] Aucune activité hors de sa cellule ne lui était autorisée à l'exception de deux heures de promenade quotidienne dans un espace triangulaire de quinze mètres de longueur et large de sept mètres cinquante à la base et de un mètre à la pointe, espace compris entre des murs et recouvert de grillage. Ses seules distractions venaient de la lecture de journaux et d'une télévision qu'il louait. Pour ce qui est des visites, il ne recevait que celles de ses avocats [58 avocats au cours des 8 ans] et, une fois par mois, d'un prêtre. Les autres demandes de visite étaient restées sans réponse de la part de l'administration pénitentiaire. » (§ 11)

Il pouvait se rendre une heure par jour à une salle de cardio-training (§ 103). Les décisions de mise à l'isolement étaient reconduites de 3 mois en 3 mois et le requérant était régulièrement consulté par un médecin (deux fois par semaine) qui devait se prononcer sur la compatibilité de l'état de santé avec le maintien en isolement. Le requérant a commencé à contester son isolement en annotant l'accusé de réception dès la deuxième décision. Il inscrit sur celle du 31 octobre 1996 : « mon isolement est une mesure de torture » (§ 25). L'administration pénitentiaire invoquait quant à elle la nécessité de l'isolement « pour maintenir l'ordre et la sécurité dans l'établissement compte tenu de votre potentiel de dangerosité, de l'emprise que vous êtes susceptible d'avoir sur vos codétenus et des risques d'évasion qui existent car vous bénéficiez d'une aide potentielle importante » (§ 40). Au bout de six ans, le médecin-chef de la prison déclare que le requérant « est dans un état de santé physique et psychique tout à fait étonnant après six ans d'isolement. Cependant, [...] il est très difficile pour un médecin de cautionner une mise à l'isolement pour raison administrative et non médicale » (§ 43). A partir de là, les différents médecins sollicités vont refuser de se prononcer sur l'état de santé du requérant en rapport avec son maintien en isolement. Le requérant inscrit sur la notification de la prolongation de la mesure d'isolement du 28 mars 2001 qu'il proteste contre « l'obstruction des vasistas qui n'ouvrent désormais que de 30° (7,5 cm), empêchant l'entrée d'air frais » (§ 46). Sur celle du 4 octobre 2001 il se plaint toujours du manque d'air frais et que le « vieux pupitre d'écolier en bois » lui a été enlevé (§ 52). Il est transféré dans une autre prison en 2002 où il ne sera pas placé en isolement. En mars 2004, il est retransféré dans la prison précédente et est à nouveau placé en isolement. L'arrêt de la Cour du 27 janvier 2005 porte sur un recours contre la mesure d'isolement du 11 juillet 1996. La procédure judiciaire a duré 11 ans, c'est-à-dire 3 ans de plus que la période d'isolement elle-même.

La procédure de mise en isolement qui ressort d'une circulaire non publiée est décrite sur pas moins de 7 pages (p. 12 à 18), tandis que la loi dit simplement que « tout détenu [...] peut soit sur sa demande, soit par mesure de précaution ou de sécurité, être placé à l'isolement » (p. 11). Ici donc, la loi laisse une grande marge d'appréciation à l'administration pénitentiaire, ceci afin de préserver l'ordre public. Il s'agit d'un ordre public sécuritaire destiné à imposer par la force l'absence de désordre. Il n'y a absolument pas d'égalité juridique entre l'administration pénitentiaire et les détenus, de sorte que l'ordre public au sens de la paix sociale n'entre pas en ligne de compte. Comme cette notion de sécurité n'est pas définie, l'administration n'a aucune preuve à apporter pour justifier la mesure, de sorte que le contrôle judiciaire est impossible. Le juge ne peut concrètement pas deviner à partir de quels faits il y a menace à la sécurité car la loi ne donne aucune indication. La loi elle-même ici ménage l'arbitraire de l'autorité pénitentiaire. Cette dernière n'ayant pas à se justifier, peut adopter une telle mesure d'isolement à l'encontre du

⁷⁷ *Ramirez Sanchez c. France*, requête n°59450/00, arrêt du 27 janvier 2005

détenu par exemple avec lequel elle a un conflit quelconque, c'est-à-dire dans le but de marquer son pouvoir, qui est la forme déviante de la poursuite de l'ordre public, celle où l'exercice du pouvoir porte sur le corps et potentiellement sur la santé ou la vie, dans le seul but de renforcer la position de l'autorité. Si l'administration pénitentiaire utilise des formulations très générales dans la motivation des décisions d'isolement, il ne sera pratiquement pas possible à l'instance judiciaire de distinguer la poursuite de l'ordre public sécuritaire de la forme déviante de l'exercice du pouvoir de contrainte qui est l'abus de pouvoir.

Du point de vue du détenu, la loi n'énonce aucun de ses intérêts privés à ne pas être placé en isolement, de sorte qu'en cas de recours contre la décision administrative, il doit prouver que s'il n'avait pas été placé en isolement, il n'y aurait pas eu de menace à la sécurité publique, ce qui est évidemment impossible. Le détenu n'a que très peu de moyens de preuve à disposition. S'il est malade, il pourra obtenir un certificat médical. S'il est désespéré, après de longs mois d'entretiens, le prêtre pourrait accepter de rédiger un témoignage mais cela est peu vraisemblable. Avec l'aide de son avocat, le détenu pourra décrire la taille et l'aménagement de sa cellule ou les autres conditions de détention. S'il a du papier et un stylo à disposition et quelque capacité d'écrire, il pourra encore essayer de formuler ce qu'il ressent. Pour convaincre le juge de se pencher sur son sort en dépassant les formulations très générales de la loi, il faudra au minimum six de ces moyens de preuve, c'est-à-dire au moins trois fois l'avis du médecin à des moments différents, outre ceux du prêtre, de l'avocat et du détenu. Contester la mesure d'isolement est une gageure. Il est intéressant de noter ici que l'ordre juridique ne ménage aucune possibilité de délibération sur les intérêts privés à sauvegarder simplement en n'énonçant aucun de ces intérêts. Un simple article de loi écarte très facilement toute forme de démocratie à l'égard du détenu.

Pour trancher le litige, le juge ne peut ainsi pas proportionner la satisfaction des intérêts du souverain, qui sont par définition absolus, à ceux du particulier que la loi n'énonce pas, qui sont donc inexistantes. Il faudra donc se référer à un certain bon sens, à une certaine idée de ce qui est « normal » pour un homme, à une certaine idée de l'humanité qui est en tout homme. Il faudra tenir compte cependant du fait que nous avons affaire à un individu dangereux c'est-à-dire qui, dès le départ, peut difficilement être considéré comme « normal ». En outre, une situation de détention n'est de toute façon pas « normale » puisque c'est le contraire de l'existence libre et autonome, le contraire de ce que l'ordre juridique est censé protéger chez les particuliers. Autant dire que définir l'humanité dans ces conditions est particulièrement ardu.

Admettons que l'autorité pénitentiaire n'a ordonné l'isolement de M. Ramirez Sanchez que dans le but de préserver l'ordre public sécuritaire. La société politique, l'Etat, comme corps, a le droit ou même l'obligation de se préserver des attaques violentes qui le menacent dans son intégrité ou son existence. Dans une démocratie même pure, l'auteur d'actions terroristes tombe dans l'opprobre irrémédiable. La déchéance et le bannissement sont la réponse du souverain à une telle agression. Le corps tout entier de la société politique se détache puis se confronte au corps du coupable. Ce dernier est rejeté dans la zone d'indifférence, celle de l'homme tuable.

La Cour ignore comme tout un chacun ce qu'est la part d'humanité dont chaque être humain est la manifestation et le gardien. La solution à ce litige vient donc au hasard. Le hasard a voulu ici que la Cour confirme qu'il est humain de placer un homme accusé de terrorisme en isolement pendant huit ans. Elle énonce d'abord que seul l'isolement sensoriel complet est susceptible de détruire la personnalité (§ 100). Dit autrement, le fait de pouvoir ouvrir la fenêtre de 30° et entendre le bruit du dehors n'est pas une forme inhumaine d'isolement, car l'isolement sensoriel n'est pas complet. En outre, il n'y pas eu de véritable isolement social puisque le requérant a pu consulter un médecin deux fois par semaine, rencontrer un prêtre une fois par mois et recevoir de nombreuses visites de ses 58 avocats, dont celle de l'avocate devenue sa fiancée qui lui a rendu 640 visites en quatre ans et dix mois (§ 103), ce qui représente un isolement social « relatif » (§ 113). La Cour écrit que le requérant n'a pas souffert (§ 113). Parce qu'il est un individu dangereux, elle n'a pas tenu compte de ses plaintes, alors qu'il conteste la mesure d'isolement

déjà après les trois premiers mois et de manière continue pendant les huit ans. Son avis n'a aucune importance. Il est resté en bon état de santé mentale (§ 118), de sorte que manifestement les autorités n'ont pas porté atteinte à son intégrité physique ou psychique. Dit autrement, il faudra attendre son effondrement moral ou psychique pour que sa particularité soit prise en considération.

La Cour n'a pas jugé utile de retenir que si la décision d'isolement doit être renouvelée au bout de trois mois d'après la loi, c'est que, au-delà de trois mois cette décision devrait être motivée par un souci concret de préserver l'ordre public. Pendant huit ans, tous les trois mois, l'autorité pénitentiaire a argumenté qu'il y a un risque potentiel d'évasion. La circulaire prévoit que le renouvellement de la mesure d'isolement après les trois premiers mois doit reposer sur « des éléments objectifs concordants permettant de redouter des incidents graves de la part du détenu » (§ 109). Les autorités ne se sont fondées pendant huit ans sur aucun « élément objectif » qui serait apparu en détention et qui aurait concrètement fait craindre une évasion. Il n'est écrit nulle part dans l'arrêt que le requérant s'est disputé avec le gardien de service ou a insulté un médecin, ni que l'on aurait découvert une filière qui tentait de lui faire passer un objet interdit, ni quoi que ce soit d'autre. La Cour n'a pas non plus retenu que, dans un autre établissement pénitentiaire, pendant 1 an et 5 mois, le requérant n'avait pas été placé en isolement et que, dès son retour dans la première prison, il l'a immédiatement été de nouveau. Cela pourtant pouvait laisser sérieusement douter de la bonne foi de l'administration pénitentiaire d'une part, qui en vient à prononcer la mesure de manière automatique, et d'autre part de la nécessité sur le plan sécuritaire de maintenir plus longtemps cette mesure.

La lecture de l'arrêt de la Cour nous amène à la conclusion qu'est « humain » l'homme qui a eu 1'200 contacts sociaux en 4 ans et 10 mois, qui a vécu dans une pièce de 6,84 m² mais avec la possibilité d'ouvrir la fenêtre de 30°, qui a pu se promener dans une cour borgne, qui n'a pas été frappé par l'administration pénitentiaire et qui a conservé sa santé mentale, le tout pendant 8 ans et 2 mois. Il a fallu en outre 11 ans de procédure pour parvenir à cette définition.

Pour contester les mesures d'isolement prises à partir de mars 2004, le requérant devra engager une nouvelle procédure de recours, tout recommencer depuis le début. Toutefois, tant qu'il n'est pas sérieusement affecté dans sa santé mentale, eu égard à l'argumentation de la Cour, une telle procédure paraît vaine. Il est extrêmement important de noter ici que, lorsque le mal ne s'est pas produit, lorsque ni l'intégrité physique ni l'intégrité psychique du plaignant n'ont été déjà gravement atteints, la Cour ne réagit pas. Les mesures d'isolement tendent à détruire les ressources morales des personnes outre qu'elles les excluent radicalement du lien social. Seule la résistance inouïe du détenu dans cette affaire a empêché le souverain de parvenir à ses fins : l'écrasement de la personnalité qui procure la satisfaction de dominer.

*

Dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*⁷⁸, il est question d'une femme originaire de l'Ouganda, porteuse du virus du SIDA et arrivée dans un état grave au Royaume-Uni où elle reçoit un traitement par trithérapie qui stabilisa la maladie. La requérante sollicite l'octroi de l'asile. L'autorité rejette sa demande et ordonne son renvoi vers l'Ouganda. Le médecin traitant évaluait à moins d'une année son espérance de vie si le traitement devait être interrompu. Il était d'avis que « le traitement dont la requérante avait besoin était disponible en Ouganda mais seulement à un prix extrêmement élevé et que l'intéressée ne pourrait se le procurer qu'en quantité limitée dans la ville de Masaka dont elle était originaire. Il souligna par ailleurs qu'il n'existait en Ouganda aucun financement public pour les contrôles sanguins [qui doivent être réguliers], les soins infirmiers de base, la sécurité sociale, la nourriture et le logement » (§ 12). L'autorité considéra pour sa part que « le traitement du sida en Ouganda était comparable à ce qui se faisait dans

⁷⁸ *N. c. Royaume-Uni*, requête n°26565/05, arrêt de la Grande Chambre du 27 mai 2008

n'importe quel autre pays d'Afrique, et que tous les principaux médicaments antirétroviraux étaient disponibles en Ouganda à des prix fortement subventionnés » (§ 13), notamment grâce à des projets financés par l'ONU et d'autres donateurs (§ 15). L'une des déclarations britanniques dans cette affaire note qu'il n'existe aucun fondement à une éventuelle obligation du Royaume-Uni de fournir un traitement médical à la requérante pour la raison qu'elle périrait dans son pays d'origine faute de soins : « pareille obligation n'est étayée par aucune décision ou politique émanant du bras démocratique, exécutif ou législatif de l'Etat » ; il n'appartient pas au Royaume-Uni de compenser le manque de ressources d'une étrangère, ou d'un autre Etat à l'égard de ses ressortissants démunis. *Lord Justice Carnwath* déclara pour sa part qu'il existait un contraste flagrant entre la situation de la requérante au Royaume-Uni et celle qu'elle rencontrerait en cas de renvoi en Ouganda, où son espérance de vie serait presque à coup sûr considérablement réduite en l'absence de soutien familial (§ 16). Sur ce, les autorités ajoutent à leur argumentation que la requérante « a de la famille en Ouganda » (§ 17 et § 23) et le renvoi est confirmé. L'argument décisif dans cette affaire est celui-ci : considérer que le renvoi de la requérante n'est pas possible parce qu'elle ne recevra pas les soins dont elle a besoin en Ouganda « risque d'attirer au Royaume-Uni un grand nombre de personnes [africaines] déjà séropositives espérant pouvoir elles aussi y rester indéfiniment afin de bénéficier des services médicaux disponibles dans ce pays, ce qui absorberait des ressources très importantes et assurément impossibles à quantifier » (§ 17, p. 7). Selon un rapport de l'OMS⁷⁹ mentionné par la Cour, les médicaments génériques sont produits sur place mais seule la moitié des personnes atteintes de la maladie parviennent à se procurer le traitement en Ouganda. Les régions rurales sont particulièrement défavorisées. En outre, les progrès en matière de distribution du traitement ont été contrebalancés par le développement rapide de la maladie et donc, du nombre de cas à traiter (§ 19). La requérante se défend en affirmant que cinq de ses six frères et sœurs sont décédés de maladies opportunistes liées au développement du SIDA, qu'elle a assisté à leur mort. L'hôpital de Masaka n'est pas équipé pour le traitement du SIDA (§ 27). La Cour quant à elle estime principalement que le risque lié à la maladie n'est pas imputable à l'Etat, au contraire de mauvais traitements infligés volontairement (§ 31). Les Etats contractants ne sont pas tenus de fournir des soins médicaux gratuits et illimités aux étrangers. « Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur [eux] » (§ 44). En ce qui concerne la requérante, elle est apte à voyager (§ 47). Ce motif à lui seul est suffisant et la Cour le réitère au paragraphe 50 tout en admettant « que la qualité et l'espérance de vie de la requérante auraient à pâtir de son expulsion en Ouganda ». Cependant, le Royaume-Uni ne saurait en être tenu pour responsable, de sorte que l'exécution du renvoi ne sera pas contraire aux prescriptions de l'article 3 CEDH.

Ici donc, l'intérêt de la collectivité est pleinement satisfait. Cette collectivité ne fait aucun effort envers la plaignante dont l'intérêt à rester en vie est absolument sans valeur. La décision est parfaitement abrupte et la Cour ne s'en cache pas en affirmant sans nuances qu'il n'appartient pas aux Etats européens d'assumer les coûts des soins médicaux des ressortissants africains qui seraient parvenus à franchir illégalement les frontières jusqu'à nous. Donc, le Gouvernement, la Cour, la requérante, son conseil et tout le monde *sait* que cette femme ne parviendra pas à rassembler les sommes énormes, eu égard au niveau de la vie en Ouganda, nécessaires pour accéder au traitement. La requérante, renvoyée en Ouganda, va mourir⁸⁰. Elle va même assister à sa propre mort ce dont la Cour avait jugé dans l'arrêt *Soering* qu'il s'agit en soi d'une forme de souffrance proche de la torture. L'autorité exerce le contrôle sur la destinée de cette femme en l'excluant de l'accès aux soins vitaux. Elle ne va donc pas mourir comme les autres ougandaises atteintes de la même maladie. Elle va mourir dans le regard de l'autre, au vu et au su de tous, en

⁷⁹ Organisation Mondiale de la Santé

⁸⁰ Mme N. est décédée deux mois après son expulsion de la Grande Bretagne en Ouganda : voir l'opinion dissidente de la juge Power-Forde à l'arrêt *Josef c. Belgique*, requête n°70055/10, du 27 février 2014. « The provision of health care to migrants and asylum seekers has become a political hot potato, particularly after the deportation [from the U.K.] of terminally ill Ama Sumani to Ghana in January 2008. She died just two months later. » Harmit Athwal, *Driven to Desperate Measures : 2006-2010*, Institute of Race Relations (IRR), London, 2010, www.irr.org.uk

toute connaissance de cause, dans l'opprobre, dans la vindicte publique. Elle va mourir du fait de son exclusion juridiquement ordonnée, à la fois à l'extérieur (hors de la zone d'inclusion) et à l'intérieur (sous le contrôle ou dans la juridiction de la Cour). L'ordre juridique la rejette dans la zone d'indifférence. Elle est *sacer* c'est-à-dire tuable, sans que ce ne soit ni un meurtre, ni un rituel, seulement une manifestation du pouvoir souverain. Selon la très belle expression de Giorgio Agamben pour désigner cette zone de pouvoir absolu, elle va mourir dans le ban souverain. La Cour aussi est souveraine et elle n'échappe pas à la manifestation de sa souveraineté par le bannissement.

SYNTHESE La grande majorité des arrêts de la Cour qui constatent une violation de l'article 3 CEDH le font sur le critère d'une atteinte à l'intégrité physique ou d'une atteinte durable à l'intégrité psychique. Les gens sont déjà lourdement touchés dans leur dignité politique et, pour ceux qui ne sont pas déjà morts⁸¹, le retour à la vie paisible n'est plus possible. Pour certains, des pans entiers de leur vie ont été engloutis, notamment dans les très nombreux cas de détention inhumaine et de longue durée. Pour ceux qui ont expérimenté la violence de la confrontation au pouvoir de police, outre les séquelles sur la santé, ils devront vivre avec un sentiment diffus et persistant d'insécurité, des cauchemars, l'apparition d'angoisses incontrôlées ou de phobies ou d'autres troubles de la personnalité, et le sentiment de ne plus pouvoir dépasser cette condition, d'une limite infranchissable de leur existence qui les empêche de recouvrer la sérénité. La libération ne permet pas un retour à la vie qu'ils menaient avant. Le dommage subi est irréversible. Une part de la dignité politique de ces personnes est à jamais éteinte. La conclusion toute simple de ceci est que l'ordre juridique ne protège pas contre les mauvais traitements. La jurisprudence de la Cour ne fait que tenter de définir ces mauvais traitements, au cas par cas, après avoir constaté l'irréparable. Si la définition du mauvais traitement est l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique, forcément, on ne peut constater un mauvais traitement qu'après la réalisation de l'atteinte à la dignité générique. La protection juridique de l'article 3 CEDH ne s'ouvre donc qu'au stade de la réparation du dommage. Cette jurisprudence pérennise ainsi ce qu'elle est censée prévenir : elle maintient la zone de discrimination où s'exerce le pouvoir total, au lieu de la résorber, de l'absorber dans la zone d'inclusion, zone d'équilibre de l'exercice de la contrainte. Cette définition du mauvais traitement en outre est réductrice de l'être humain. Celui-ci ne se définit pas seulement par son intégrité. L'intégrité est un état. L'existence est un élan dans une certaine reconnaissance sociale. L'homme coupé de la société et privé d'autonomie personnelle, même physiquement entier et psychiquement sain, n'est pas un homme. Il est objet du pouvoir souverain. Il manque à cette définition la protection de la personnalité. Lorsque la Cour constate une non violation de l'article 3 CEDH, elle devrait *ipso facto* s'interroger sur une possible violation de l'article 8 CEDH, même en situation de détention, sans quoi la société n'est pas « démocratique ». Sans la protection d'une part de liberté individuelle, aucune protection de la dignité fondamentale de l'être humain n'est possible. On revient à ce principe que seul l'individu qui jouit d'une certaine dignité politique est digne.

⁸¹ Parmi d'autres : *Horoz c. Turquie*, requête n°1639/03, arrêt du 31 mars 2009, *Saoud c. France*, requête n°9375/02, arrêt du 9 octobre 2007 ; *Taratiyeva c. Russie*, requête n°4353/03, arrêt du 14 décembre 2006 ; *Keenan c. Royaume-Uni*, requête n°27229/95, arrêt du 3 avril 2001

4. Hédonisme et totalitarisme

« Le sens commun donné, formé à une pensée utilitaire, n'est d'aucun secours contre ce sur-sens idéologique, dans la mesure où les régimes totalitaires instaurent un monde qui fonctionne au non-sens. [...] C'est principalement au nom de ce sur-sens, au nom d'une cohérence complète que le totalitarisme doit nécessairement détruire toute trace de ce qu'il est convenu d'appeler la dignité humaine. »

Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme, Textes complémentaires*, Quatro Gallimard, Paris, 2002, p. 864

L'hédonisme est la satisfaction égoïste de ses intérêts personnels au détriment d'autrui. On associe souvent l'hédonisme au bénéfice des « droits de l'homme » et plus particulièrement des droits sociaux. Une trop grande reconnaissance des droits contre la société aurait pour effet de replier les individus sur leurs intérêts égoïstes et de provoquer une atteinte au bien public, une déstabilisation de l'Etat dont les ressources seraient parasitées par la satisfaction des exigences particulières au détriment des besoins liés à la sauvegarde des structures collectives. La société démocratique et un certain niveau économique favorable, entraîneraient comme un appel du peuple répandu dans une certaine paresse à un développement des droits de chacun à être en tout satisfait, et un recul de l'engagement civique, de la notion de devoir envers la collectivité et de respect envers les autres.⁸² Il convient de nuancer ce point de vue. A mon avis, le sur-développement des « droits de l'homme » est un phénomène impossible. La théorie sur la dignité politique montre que si tout un chacun est intégré au souverain, participe également à la société politique, on se trouve dans une zone de considération de l'autre et dans la douceur de vivre. Il règne alors une paix sociale absolue, une absence complète de contrainte ou de violence, une sorte d'éden. La contrainte ou la violence, ou leur forme plus sournoise qu'est la dépendance psychologique ou matérielle, n'existent que dans la perte de la qualité de membre du souverain, ce qui entraîne l'apparition d'un rapport de dominant à dominé. La seule revendication que peut avoir le dominé va tendre à sa réintégration dans le souverain, c'est-à-dire à la jouissance de l'égalité juridique, laquelle apparaît au moment où les intérêts particuliers et les intérêts collectifs sont exactement confondus, superposés. Il n'existe pas de zone au-delà du point C, où les individus seraient parvenus à franchir le souverain et à faire primer leurs intérêts particuliers. Cela signifierait d'ailleurs qu'ils seraient sortis de l'ordre juridique, ce qui est impossible. Les intérêts particuliers, même additionnés, ne peuvent jamais être plus grands que ceux du souverain. Au mieux, au point C, ils se confondent avec ceux de la collectivité. Selon la théorie sur la dignité politique, la satisfaction égoïste de ses intérêts propres ne peut donc avoir lieu que dans un sens : celui de dominant à dominé. Seul le souverain peut être frappé d'hédonisme et de paresse, d'absence d'effort pour élever le dominé à soi. L'hédonisme est un comportement du dominant dans les rapports privés, du souverain dans les rapports publics. L'ordre juridique est parfaitement apte à intégrer la satisfaction égoïste d'intérêts particuliers mais s'il le fait de manière déséquilibrée, ce ne peut être qu'à l'avantage du souverain.

Il n'existe qu'une seule configuration où les intérêts particuliers franchissent la barre de l'égalité absolue, légèrement au-delà du point C : c'est celle de l'Etat totalitaire. Alors les rapports sont inversés : le particulier qui a surmonté les intérêts de la collectivité et fait prévaloir les siens propres devient souverain lui-même. Sous le régime de l'Allemagne nazie pendant la seconde guerre mondiale, toutes les victimes de la solution finale ou de la répression nazie se situent en A, exposées à la mort. Peu importe à cet égard qu'elles se trouvent dans un camp, dans un ghetto ou encore cachées et anonymes. Simplement, elles n'ont absolument aucun pouvoir et l'ordre juridique ne leur reconnaît pas de dignité. Entre B et C mais très près de B, se trouvent toutes les autres personnes, les allemands non-juifs par exemple, y compris les membres des forces armées ou les fonctionnaires de l'Etat allemand dont les historiens ont montré que, même parmi les

⁸² A ce sujet voir Jacques Rancière, *La haine de la démocratie*, éditions La fabrique, Paris, 2005

fonctions à responsabilité, l'expression de désaccords ou de doutes sur la légitimité des arrestations et déportations de masse ou des ordres de Hitler, pouvait conduire à la déchéance et à la mort. Les dirigeants eux-mêmes, dans les différentes fonctions administratives ou autres, n'étaient pas à l'abri d'une chute fatale. Les allemands non juifs et non tziganes, sans être directement visés par l'extermination, sont bien loin de participer à la délibération ou aux décisions politiques. Ils conservent leur dignité générique mais n'ont pratiquement pas de dignité politique⁸³. En C se trouvent Hitler et ses collaborateurs. Ceux-là sont souverains, à l'abri de toute contrainte dans leur propre ordre juridique (mais pas à l'abri de la contrainte de souverainetés concurrentes). Cependant, bien que nous sommes au point C, il n'y a pas de « douceur de vivre » ni d'égalité absolue. Il n'y a pas d'égalité parce que le lien social fait défaut. Hitler et ses collaborateurs ne recherchent pas la considération ni l'honneur public et se désintéressent du destin du peuple. Seule compte la poursuite de leurs objectifs obsessionnels d'avènement d'une société *Judenrein*, « purifiée ». Ils ne sont pas dans le regard de l'autre, cet autre qui, s'il leur déplait, peut être tué. Ils ne sont pas non plus dans la douceur de vivre, dans la paix sociale (nous sommes en pleine guerre), parce qu'ils sont hors du politique. Hitler et ses collaborateurs ne sont pas les destinataires des décisions politiques. Ils sont en dehors du collectif, immobiles dans le souverain qui n'est qu'une coquille vide sur le plan politique, parce qu'il n'y a pas de délibération sur les intérêts à poursuivre, une entité qui ne se définit que par l'exercice de la domination et qui ne recherche pas le sens de sa propre existence. Le politique nazi n'est plus la quête du sens. Il est la poursuite d'un idéal extérieur au souverain. Cet idéal est lui-même irréaliste, une idée d'une société pure, extérieure à eux-mêmes, toujours à poursuivre, toujours plus loin. Absorbé par son idée, le souverain s'est détaché de la société.

Hitler et ses collaborateurs ont réussi quelque chose d'impossible en démocratie : ils ont franchi le point C, ils sont au-delà de la simple douceur de vivre, dans un état d'excitation provoqué par le sentiment d'une existence surréaliste, lui-même provoqué par l'exercice du pouvoir total. Ils sont dans l'hédonisme, dans la satisfaction totale du sentiment de leur propre existence, au détriment de l'existence d'autrui, ou même, parce qu'ils parasitent l'existence d'autrui jusqu'à sa destruction. On peut essayer de comprendre ce phénomène en reprenant un événement très particulier de la fin de la guerre, minutieusement décrit par Daniel Jonah Goldhagen, que les victimes elles-mêmes ont baptisé les « marches de la mort »⁸⁴. Les marches ont débuté quand l'avancée des armées alliées commençait à menacer les camps :

« Pour les Allemands, l'alternative était la suivante : déplacer les prisonniers ou les perdre. [...] Auschwitz, Gross-Rosen et d'autres vastes ensembles de camps en Pologne occidentale et en Allemagne orientale sont alors vidés de leurs survivants, jetés à pieds (ou parfois dans des charrettes) sur les routes gelées, en direction d'un autre enfer momentanément hors de portée des Alliés. La troisième phase [de ces marches] débute en mars 1945 et se termine en juin avec la fin de la guerre. Pendant cette période, où personne ne pouvait plus croire à la victoire, des Allemands ont erré par toute l'Allemagne avec leurs colonnes de prisonniers, sans destination prédéterminée. Ces gardiens allemands n'étaient pas en train de rentrer chez eux. » (p. 446)

Ils reculaient devant l'avancée des Alliés, c'est-à-dire, dans la déroute du III^{ème} Reich, ils fuyaient l'ennemi, l'Armée rouge. Ce faisant, ils traînent avec eux des colonnes de prisonniers juifs sortis des camps, hâves ou squelettiques, épuisés, malades, à bout de forces et donc, lents. Ces prisonniers ralentissaient considérablement leur fuite. Ils étaient un fardeau pour eux et, pire, ils étaient la preuve encore survivante de leurs forfaits. Cette preuve accablante, qui empêchait leur

⁸³ Leurs intérêts ne sont pratiquement pas satisfaits en raison des mauvaises conditions sociopolitiques et économiques. Cependant ils peuvent potentiellement développer leur personnalité et quelques uns en effet ont tiré profit de la guerre.

⁸⁴ Daniel Jonah Goldhagen, *Les bourreaux volontaires de Hitler, Les Allemands ordinaires et l'holocauste*, éditions du Seuil, Paris, 1996. D'après Goldhagen, il existe trois périodes des marches de la mort (p. 443), mais seule la dernière nous intéresse ici.

avancée rapide, alors que la guerre était en train d'être perdue, ce qu'aucun d'eux n'ignorait, jusqu'au bout, ils n'ont pas pu s'en défaire. Pourquoi ? Les bourreaux se trouvent immédiatement au-delà du point C et leurs victimes en A. Les victimes sont l'objet de leur domination, la substance sur laquelle ils exercent leurs actions jusqu'à ce que mort s'ensuive. Cette action de domination totale, cette domination sur la vie ou la mort de l'autre, mais que l'on maintient en vie et tout près de la mort, provoque le sentiment de sa propre sur-existence, comme si le bourreau se sentait lui-même à l'abri de la mort, qu'il rejetait sa mort dans l'autre en exerçant le droit de vie ou de mort sur autrui. Sa vie lui paraît sur-dimensionnée ou bien sur-vivante, plus vivante que la vie. Les bourreaux sont dans une espèce d'euphorie sur-réaliste, d'une plénitude pour ainsi dire décuplée de leur propre existence, une sensation qui les élève au-dessus de la vie. Dans cette sur-réalité, il n'y a plus besoin de quête de sens. La seule domination totale de la vie d'autrui produit un état d'excitation, que l'on veut sans cesse reproduire, toujours plus et toujours plus loin, comme une dépendance. C'est cela l'hédonisme. Abandonner l'objet de leur domination totale signifierait pour chacun d'eux une chute dans la réalité, le retour dans la vie « existentielle » c'est-à-dire dans la perspective de leur propre mort, c'est-à-dire encore dans l'absurdité de la vie, à laquelle on tente d'échapper ordinairement par l'effort pour donner un sens à son existence, dans le regard de l'autre et dans le lien social, dans la considération. Accéder à la dignité politique, à la « vie bonne », a quelque chose de méritoire⁸⁵. Dans l'hédonisme, les bourreaux n'ont pas besoin de faire preuve de quoi que ce soit envers qui que ce soit. Ils échappent au regard de l'autre, au jugement moral⁸⁶. Hitler et ses proches étaient dans la sur-existence, dans la pleine satisfaction de la domination totale, une sensation sur-dimensionnée ou sur-réaliste de l'existence, détachés du réel. Cela ne signifie nullement qu'ils étaient heureux, ni qu'ils vivaient bien, mais seulement qu'ils étaient totalement souverains.

Du point de vue de l'ordre juridique et de la façon dont il manifeste ou traduit les rapports entre l'exercice du pouvoir et la notion de dignité humaine, l'hédonisme est la satisfaction égoïste et totale des intérêts exclusifs du souverain, eux-mêmes souverainement définis, au détriment des intérêts particuliers des membres de la société. Le souverain lui-même est en dehors du politique, c'est-à-dire qu'il n'existe plus aucun moyen pour les membres de la société de faire valoir leurs intérêts dans l'espace public auquel ils n'ont plus accès. Eux-mêmes sont exclus du souverain. On déduit de ces considérations deux principes : 1. Seul le souverain peut être frappé d'hédonisme ; 2. L'hédonisme comme politique est une caractéristique du régime totalitaire.

Les revendications des particuliers à la satisfaction de leurs intérêts privés détruisent la démocratie dans deux hypothèses. La première conduit à la dissolution de l'Etat ; c'est lorsque, à égalité de droits en faveur de tous, les ressources collectives ne permettent pas de couvrir les besoins essentiels des membres du souverain. La destruction de la démocratie est provoquée par la misère sociale, la pauvreté généralisée. L'idéal commun de « vie bonne » ne peut pas être atteint pour des raisons matérielles évidentes et chacun se replie sur ses préoccupations immédiates de survie. La société est atomisée. La seconde hypothèse conduit au totalitarisme. C'est lorsque les revendications particulières sont exorbitantes, qu'elles outrepassent le principe égalitaire. Si ces revendications sont satisfaites par le droit, c'est que l'intéressé (ou le groupe de particuliers bénéficiaires) est proche du souverain et la victime (ou le groupe des personnes exclues) est nécessairement un particulier. La destruction de la démocratie est alors un phénomène de souveraineté, une captation du pouvoir au profit d'intérêts particuliers des membres du souverain lui-même et au détriment du reste du peuple.

⁸⁵ Méritoire, à ses propres yeux, dans le sens d'être content de soi après être parvenu à surmonter une difficulté ou avoir le sentiment d'avoir accompli quelque chose d'important ou de bien.

⁸⁶ Le regard de l'autre bourreau n'a aucune importance puisqu'ils boivent à la même fontaine. En outre, il s'agit du jugement moral en société, c'est-à-dire tel que les représentations collectives le construisent et surtout, il s'agit du jugement moral tel qu'on se l'imagine, ou du sentiment que l'on a de pouvoir être jugé par autrui. Il s'agit en fin de compte de l'image que l'on a de soi-même en rapport avec les références socioculturelles du milieu environnant. Dans l'hédonisme, la société est déconstruite et il n'y a plus de références socioculturelles. Chacun explose dans la satisfaction de soi.

L'excès de bénéfice des « droits de l'homme » ou l'excès de démocratie n'existent donc pas. On ne peut pas aller au-delà de la démocratie pleine ou entière ni au-delà de l'égalité juridique absolue. La satisfaction complète des intérêts des particuliers signifie la confusion de ces intérêts avec ceux de la collectivité. Il n'y a pas de danger *a priori* au développement constant de l'égalité politique de tous les hommes, cette égalité étant le principe démocratique absolu, dont l'application de bonne foi entraîne nécessairement le partage des ressources disponibles et la paix sociale. Seule la paupérisation extrême de la collectivité est susceptible de vider de sa substance la réalisation du principe égalitaire. Cette hypothèse cependant est peu probable⁸⁷ et c'est plutôt le phénomène inverse qui provoque des troubles, qui est la réalisation du principe égalitaire pour un petit groupe de particuliers seulement qui accaparent les bénéfices collectifs, et la discrimination ou l'exclusion de pans entiers de la société.

5. Egalité ou violence

La zone de pouvoir est exclusive en ce sens qu'elle ne supporte pas la pénétration de la société civile. L'une et l'autre s'excluent mutuellement. La zone de pouvoir ou la zone de discrimination s'ouvre toujours en dehors de la zone d'inclusion, de la zone de participation pleine et entière à la vie socioculturelle, économique et politique du pays. On doit donc admettre que plus la personne est proche du souverain, moins elle est exposée à la contrainte. Plus elle s'en éloigne, plus la violence s'intensifie. La proximité au pouvoir protège des manifestations de ce pouvoir. Concrètement, le Préfet de police, très proche du bras armé du souverain, a objectivement peu de chances de vivre un jour une arrestation comme Monsieur Turan Cakir l'a vécue. Le Préfet de police est arrimé à la zone d'inclusion et son arrestation à son domicile devrait prendre les formes polies de la diplomatie, entre gens égaux. Les policiers ne vont pas se saisir du corps du Préfet comme on attrape un objet. Ils demanderont à Monsieur le Préfet de bien vouloir les suivre. Il n'y a pas de rapport dominant-dominé ici. Les rapports de forte égalité juridique, de lien social c'est-à-dire de proximité au souverain, excluent la violence, toute forme de violence. La stricte égalité est une situation de paix sociale absolue, le lieu d'une certaine douceur de vivre, d'un certain bien-être de l'existence, la société paisible de simples cultivateurs et d'habiles commerçants décrite par John Locke⁸⁸. La violence physique, la force, la contrainte n'apparaissent qu'avec l'effritement de l'égalité et plus on se rapproche de la zone d'exclusion, plus elles se renforcent. Le jeune homme originaire d'Afrique noire, pauvre et clandestin en Europe, ne connaîtra jamais les formes diplomatiques de l'arrestation, sauf intervention miraculeuse de la providence divine. Typiquement, les arrestations d'étrangers en vue de leur expulsion, ou les arrestations des délinquants, citoyens déchus ou montrés du doigt, offerts à la réprobation ou à la vindicte populaires, sont brutales. Les journaux regorgent de récits de tels événements. Dans un Etat de droit, cette brutalité est en partie endiguée. La police ne devra pas aller jusqu'au rapt, ni au viol, ni battre le corps de la personne à coups de barre de fer, ni l'inciser avec une lame de rasoir, ni le fouetter, ni l'enfermer dans une cage où on ne peut pas se tenir debout, ni le forcer à ramper. Mais avant le « crime contre l'humanité », il existe une large palette de violence légale c'est-à-dire non sanctionnée par le droit. En voici un extrait :

⁸⁷ C'est celle de l'arrêt *Pentiacova et 48 autres c. Moldova* par exemple, mais la paupérisation de la société ne semble pas être liée à un excès de démocratie dans ce pays. Il paraît plutôt qu'elle soit l'héritage de plusieurs décennies de formes de gouvernement anti-démocratiques.

⁸⁸ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, GF Flammarion, Paris, 1992

« Pour les « rapatriements sous la contrainte par voie aérienne », les autorités de police suisses ont d'abord mis au point une *échelle à trois niveaux*, dont les deux niveaux supérieurs préconisent l'emploi d'entraves, qui peuvent être appliquées par quatre policiers masqués. Le niveau 1, au degré de sécurité le plus faible, est le rapatriement « volontaire », sans escorte policière durant le vol. Le niveau 2 autorise le menottage et l'encadrement par deux policiers, le niveau 3 autorise l'application de l'ensemble des techniques suivantes : sédatifs, tranquillisants et autres drogues administrées par voie orale parfois à l'insu de la personne ; bandes adhésives et autres bâillons appliqués sur la bouche pour empêcher les cris et les morsures (en Suisse on a inséré des tubes dans le bâillon pour éviter les étouffements) ; casques de motocyclistes, de boxeurs, en mousse, avec une protection sous le menton pour maintenir la mâchoire fermée et une bande adhésive sur la bouche ; menottes renforcées aux poignets et aux chevilles, ceintures, camisoles de force, technique du « cochon attaché » (*note* : Amnesty International a décrit cette technique : ligoter ensemble les chevilles et les poignets derrière le dos et transporter ainsi les étrangers par leurs entraves) ; chaises roulantes auxquelles sont attachées les personnes, sans accès aux toilettes et donc avec des couches-culottes gériatriques, escorte de deux à cinq policiers. »⁸⁹

On peut aussi faire le cheminement inverse. L'étranger en instance de renvoi du point de vue du statut mais qui vit dans le pays d'accueil depuis plusieurs années, qui y travaille, dont les enfants vont à l'école et qui a de nombreux liens sociaux, le voisinage, l'église, les activités sportives ou culturelles, etc., celui-là, qui est dans le regard de l'autre et reçoit la considération, se trouve de ce seul fait dans une certaine mesure protégé contre l'arrestation et l'expulsion brutales. Mais cette protection n'est pas garantie par le droit et dépend de la bonne volonté de l'autorité d'exécution, si elle se soucie de l'opinion publique. Ce qu'il est important de souligner ici est que la création de lien social, outre qu'elle est spontanée, est une autre manière de se confronter au droit et à son évolution. Sans discuter des processus très complexes par lesquels le soutien social va s'exprimer, remarquons que les liens sociaux rapprochent l'étranger de la société civile c'est-à-dire, dans une démocratie, du souverain. L'étranger intégré dans le milieu d'accueil acquiert des ressources politiques pour faire valoir la part d'égalité qu'il a acquise de fait. Et il n'est pas exceptionnel que le droit reconnaisse après coup cette considération ce qui signifie qu'une décision administrative ou judiciaire finalement accorde un statut, et l'étranger devient membre à part entière de la société politique.

6. L'écart démocratique

Le régime démocratique tel que nous le connaissons dans nos sociétés contemporaines n'est pas un régime politique pur, en ce sens qu'il n'est que partiellement démocratique et que sous d'autres aspects, sa définition est moins certaine. Selon la théorie de la dignité générique, l'ouverture d'une zone de pouvoir entraîne le rejet dans la zone de discrimination. Le seul rapport à l'autorité de police en situation d'arrestation ou de détention est non démocratique le plus souvent. Il appartient à l'ordre juridique et en particulier à la pratique judiciaire de rétablir les termes de ce rapport qui, pour être démocratique doit être absolument égalitaire. Le particulier doit pouvoir se confronter au souverain sur un pied d'égalité, c'est-à-dire comme membre du

⁸⁹ Marie-Claire Caloz-Tschopp, *Les étrangers aux frontières de l'Europe et le spectre des camps*, La Dispute/SNEDIT, Paris, 2004, p. 151. L'auteure se réfère à un rapport officiel du Département fédéral de justice et police (DFJP) intitulé *Projet « Passager 2 », Rapport final*, Berne, 25 février 2002

souverain. Cette opération est difficile, l'autorité de police étant prioritairement considérée comme la garante d'un ordre public menacé par les particuliers. On voit donc que la vie sociale est fluide, au jour le jour, et qu'un certain nombre de manifestations du pouvoir ne sont pas démocratiques même à l'intérieur de ce qui est perçu comme un régime démocratique. L'affaire *Ramirez Sanchez* montre en outre que l'exclusion de l'ordre juridique et du lien social est aussi organisée par le droit, c'est-à-dire au niveau législatif, par les lois pénales le plus généralement ou celles qui s'appliquent aux zones de pouvoir, comme les règlements de prisons ou les lois sur les étrangers. La loi elle-même, adoptée selon les procédures démocratiques, ouvre des zones de discrimination à partir desquelles, quelle que soit la voie de recours ou les arguments que le requérant pourra invoquer, il ne trouvera aucun moyen de faire valoir son point de vue et la protection de ses intérêts. Il faut donc toujours bien distinguer le droit qui s'applique à la zone d'inclusion du droit qui s'applique à la zone de discrimination. A l'inverse, l'ordre juridique démocratique ne parvient parfois pas à fermer des zones de discrimination qui s'ouvrent du fait de carences du lien social. Cette fois c'est la cohésion du souverain comme corps social qui n'est pas bonne. Par exemple, les lois relatives à l'intégration professionnelle des personnes handicapées ne permettent pas l'élévation à l'égalité de ces personnes sans un investissement significatif des particuliers, un changement de mentalités. Finalement, le pouvoir total coexiste avec le pouvoir démocratique. Parmi les multiples actes juridiques de la vie courante de l'Etat, la plupart sans doute seront effectivement démocratiques, orientés vers la protection de la dignité politique des personnes. Mais un nombre non négligeable d'entre eux seront incontestablement des manifestations du pouvoir total. Le régime devient totalitaire si les actes juridiques démocratiques sont minorisés. La sauvegarde de la démocratie doit ainsi rester l'objet d'une attention constante parce que la dérive vers des formes de pouvoir destructrices est un risque intrinsèque au politique. La seule existence du souverain est une menace contre la démocratie, parce que pour maintenir cette dernière il faut fournir des efforts tandis que pour être total, il suffit que le pouvoir existe, il suffit d'être souverain.

Si l'on devait schématiser les différents régimes politiques, le schéma 3 ci-dessous correspond au régime démocratique. Les intérêts du souverain en I' sont globalement autant satisfaits que les intérêts privés des particuliers qui composent le souverain, en I. L'ordre juridique s'étend de I à I'. Sur le schéma 4, j'ai représenté un régime proche du totalitarisme où seuls les intérêts du souverain sont réellement satisfaits. Ici, le souverain s'est détaché de la collectivité et l'ordre juridique n'est concerné que par la satisfaction des intérêts égoïstes de celui-ci. L'ordre juridique s'étend de J à I'. Le totalitarisme pur placerait les intérêts du souverain immédiatement au-delà de C' tandis que ceux des particuliers seraient annulés, c'est-à-dire en A.

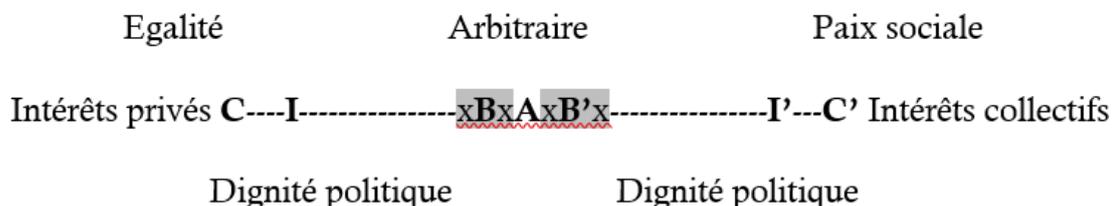


Schéma 3

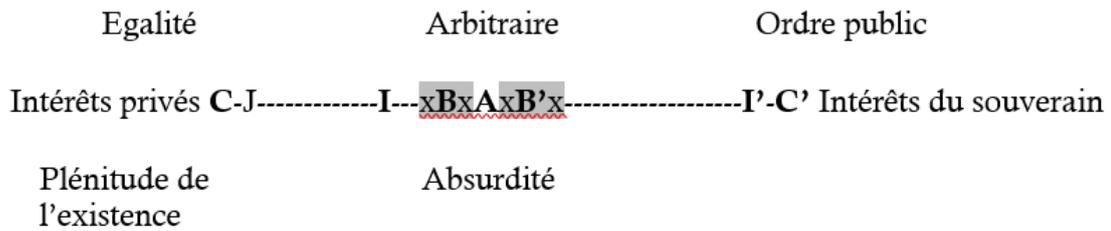


Schéma 4

Le souverain a ainsi aussi une liberté ou une dignité politique. Par rapport aux particuliers, il est cependant toujours le plus élevé dans l'égalité ou la dignité politique. Les particuliers peuvent au mieux être égaux au souverain mais non supérieurs à lui. La distance A-I est toujours égale ou inférieure à la distance A-I'. La configuration du schéma 6 n'est donc en principe pas possible, où I représente un niveau de satisfaction des intérêts privés supérieur au niveau I' de satisfaction des intérêts du souverain. A moins qu'il n'existe une société où les hommes vivent égaux entre eux, proches de la « vie bonne » mais sans souverain. Dans une telle société, les particuliers seraient parvenus à sortir de l'ordre juridique au sens large, c'est-à-dire aussi à sortir de la juridiction du souverain, cette dernière s'étendant de J à I'.

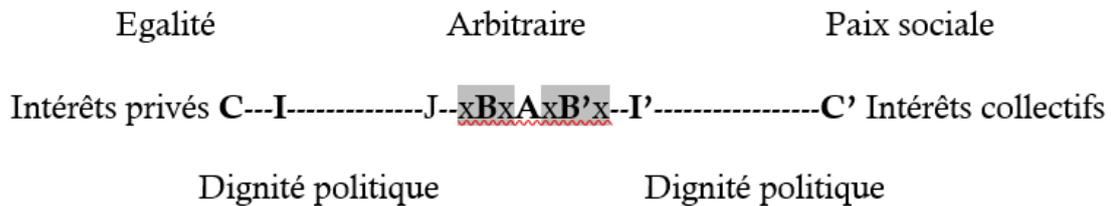


Schéma 6

7. La violence privée

La notion de dignité humaine apparaît aussi dans la jurisprudence de la Cour relative à des affaires entre particuliers. A propos de violences privées d'ordre sexuel entre adultes consentants, le juge Pettiti recommande à la Cour de se référer expressément à la dignité⁹⁰. Dans une affaire *K. A. et A. D. c. Belgique*⁹¹, il était question de violences sexuelles entre conjoints qui avaient été pénalement réprimées à la suite de la saisie par la police de cassettes vidéo de ces actes au

⁹⁰ *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, requête n°21627/93, arrêt du 19 février 1997, cf. l'opinion concordante de M. le juge Pettiti

⁹¹ *K. A. et A. D. c. Belgique*, requête n 42758/98, arrêt du 17 février 2005. Les Tribunaux britanniques invoquaient la protection de la dignité humaine.

domicile des personnes concernées. Contre la peine pénale, les auteurs des violences invoquaient la protection de leur sphère privée. Leur requête a été rejetée. Ils n'ont pas pu obtenir la satisfaction de leur intérêt privé au libre épanouissement de leur personnalité dans le domaine sexuel et strictement privé. Selon la théorie de la dignité politique, seuls les intérêts privés dont la satisfaction permet de réaliser l'égalité ou l'élévation dans le souverain sont juridiquement protégés. Dans ces affaires, les institutions de l'Etat ne sont pas parties. Elles interviennent comme un tiers, un arbitre dans les relations entre les particuliers. Ces relations ici sont spécialement marquées par l'inégalité. La victime, en l'occurrence l'épouse, est objet du pouvoir destructeur de son conjoint. Le conjoint est dominant ou souverain. Il est dans un rapport de pouvoir à la victime laquelle est enfermée dans une zone de discrimination ou d'indifférence, où elle n'a pas de dignité, aucune personnalité. Dans le regard du dominant, elle n'est pas un être humain. Sa dignité générique est totalement écrasée et son corps est capté par l'exercice d'une contrainte qui l'instrumentalise pour satisfaire un désir de jouissance hédoniste et égoïste du dominant. Cette contrainte menace directement l'intégrité corporelle, psychique ou même la vie de la victime. Nous sommes ici, entre deux personnes privées, dans une relation de pouvoir total. L'arrêt de la Cour mentionne, en reprenant les dépositions des deux protagonistes, que la violence sexuelle, qui durait depuis plusieurs années, s'était graduellement mais précisément aggravée avec le temps. Chaque fois, le dominant allait un peu plus loin dans l'exercice du pouvoir sur la vie. Le rôle de l'ordre juridique ici est d'identifier les zones de souveraineté qui se développent à l'intérieur de sa propre juridiction et de rétablir l'égalité entre les particuliers, c'est-à-dire d'une manière ou d'une autre, d'empêcher le dominant d'exercer du pouvoir sur autrui et de favoriser le rétablissement de la victime dans sa dignité. Si les particuliers ne sont pas d'abord égaux dans leurs rapports réciproques, ils ne peuvent pas ensuite être également élevés dans le souverain au niveau collectif. La régulation des rapports privés entre les membres de la collectivité, en vue de la paix sociale, est sans doute d'ailleurs la fonction première du droit.

La sphère privée n'est pas à l'abri du droit de la collectivité, mais elle est à l'abri des regards extérieurs. Il s'agit bien d'une sphère, d'un lieu géographiquement délimité, d'une « zone ». Dans cette zone, à la petite échelle des membres de la famille, des connaissances, des relations entre voisins ou du hasard des mauvaises rencontres dans un lieu public, peuvent se développer des rapports de domination physique, psychologique ou économique, des rapports de pouvoir qui sont à mon avis de même nature que les rapports de pouvoir entre les particuliers et l'Etat. La violence qui se déchaîne à la maison est aussi grave que celle que l'on peut rencontrer dans un commissariat de police. La violence n'a strictement rien de juridique. Elle est un banal phénomène de la vie quotidienne, inséré dans la réalité, un rapport de forces direct et immédiat. Si la violence est une manifestation du pouvoir, le pouvoir par conséquent n'est pas juridique non plus. L'institutionnalisation du pouvoir au niveau étatique décuple sans doute son impact, par comparaison avec la violence privée, mais elle n'en change pas la nature. L'exercice du pouvoir est éventuellement encadré par des normes au niveau collectif. On l'a vu cependant, ces normes sont globalement faibles dès que l'on sort de la zone d'inclusion. L'exercice du pouvoir parvient souvent à les contourner ou à les instrumentaliser pour se répandre dans la violence. Finalement, on en revient à cette idée essentielle que seule l'égalité est juridique, créée par le droit : une représentation ou une vision, une expression de notre volonté, de qui nous sommes et qui sont les autres par rapport à nous, un mutuel respect. C'est être d'accord sur notre mutuel respect, une forme de convention sociale, ce que Jean-Jacques Rousseau a appelé un « contrat social ».

Dans la sphère privée sont donc susceptibles de s'ouvrir des zones de discrimination, de pouvoir de vie ou de mort sur autrui. Ces multiples petites zones de discrimination coexistent avec de multiples petites zones d'inclusion. Prenons l'exemple de la place de l'enfant dans la famille. L'enfant naît directement dans la zone d'exclusion. Le jour de sa naissance il est *sacer*. Il n'a aucune autonomie propre, il est totalement dépendant. Sa personnalité n'est pas développée ni même son physique. Le rapport de forces est totalement à l'avantage de l'adulte. La violence, le pouvoir de vie ou de mort, l'instrumentalisation du corps de l'autre aux fins de satisfaire un plaisir trouble par le seul fait de la domination sur l'enfant, est susceptible de se développer très

facilement dans ces conditions. Il appartient au souverain, au parent, de créer l'égalité par sa propre volonté (ses propres règles), puisqu'il est le seul à pouvoir la formuler, du moins jusqu'à un certain âge de l'enfant. Cette égalité est nécessairement artificielle, une construction sociale (à défaut d'être « juridique » au sens étroit, le parent n'ayant ici pas la compétence formelle d'édicter des lois). Cette égalité ne correspond clairement pas à une réalité naturelle immédiate. Pour la créer, le souverain doit faire des efforts. Ses efforts sont nécessairement plus grands que ceux de l'enfant. L'adulte doit tout d'abord rechercher la façon de favoriser le bien-être de l'enfant, le développement de sa personnalité et son insertion dans les relations sociales, dans le lien social. Devant la résistance de l'enfant, l'adulte doit encore faire l'effort de mettre en œuvre une contrainte qui ne s'épuise pas dans la violence mais dans la délibération, c'est-à-dire d'une manière qui respecte la personne de l'enfant. Il s'agira de ne pas céder à la résistance de l'enfant au risque de manquer l'objectif d'autonomisation et de socialisation, tout en exerçant une contrainte de type démocratique, non violente ou non écrasante, équilibrée.

L'enfant va ensuite acquérir ses propres expériences de la vie, avec l'aide de ses parents, de l'école ou autre, mais aussi par lui-même dans une large mesure parce qu'il est une personne. En grandissant, peu à peu, il s'élève à l'égalité. A l'âge adulte, il fait partie de la collectivité et la préservation de son égalité dans ses rapports avec d'autres adultes revient autant à lui-même qu'à cette collectivité dont fait partie intégrante, à tout le moins dans l'hypothèse où sa personnalité serait sérieusement mise en danger par le comportement d'autrui.

Conclusion

« Le sentiment de notre existence dépend pour une bonne part du regard que les autres portent sur nous : aussi peut-on qualifier de non humaine l'expérience de qui a vécu des jours où l'homme a été un objet aux yeux de l'homme. »

Primo Levi, *Si c'est un homme*, Julliard, Paris, 1987, p. 270

Giorgio Agamben a montré l'indissoluble lien entre l'exercice du pouvoir souverain et l'existence ou la vie, l'un et l'autre se confrontant ou s'associant, à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'ordre juridique⁹². Il s'agit là d'une idée fondamentale qui éclaire les grandes questions de la philosophie politique sous un jour nouveau, notamment parce qu'elle permet de comprendre la division de la société politique en deux zones d'inclusion et d'exclusion selon que l'on exerce ou subit le pouvoir. Chacune de ces zones peut désormais être analysée séparément. La théorie de la double dignité montre par ailleurs qu'il n'existe pas de frontière identifiable entre l'inclusion et l'exclusion et que le glissement de l'une à l'autre, qui est un phénomène de pouvoir, échappe à l'entendement. Il n'y a donc pratiquement pas de milieu entre la dignité et l'indignité. Par rapport au droit de l'Etat, on est digne ou indigne. Il est donc exact d'affirmer l'unicité de la dignité humaine, la dignité générique n'étant qu'un concept sans contenu, une création fictive du droit qui permet tout juste d'identifier le moment où l'on a franchi la limite soi-disant inviolable, le moment où l'être est écrasé dans son existence. Si seule la dignité politique doit et peut être protégée par le droit, on peut maintenant soutenir que cette protection n'est pas absolue. Quant au cercle de ses bénéficiaires, le régime politique n'est démocratique que s'il garantit l'accès à cette dignité également à tous, sans distinctions. Mais quant à son contenu, la dignité politique se confond avec le mouvement de la vie (l'élan vital ou l'action). Est digne celui qui accède à la plénitude de l'existence, a le sentiment de maîtriser sa vie, d'être à l'abri de la mort, trouve le sens de sa vie. Si l'on définit le droit comme un ensemble de normes générales et abstraites, aucune généralité ne pouvant capter l'infinie variété des existences individuelles, aucune dignité politique en conséquence ne peut se dégager du droit. La collectivité peut grossièrement définir quelques aspirations communes ou assez généralement partagées à la « vie bonne ». Le droit de la collectivité ne peut qu'approcher le contenu de la dignité politique. Ce faisant, il la dépouille de toutes ses nuances. La part communément partagée et juridiquement protégée de la dignité politique est un avatar de dignité, une dignité tronquée ou caricaturale. Il faut sans cesse la redéfinir. Chaque jour, il faut discuter de quoi est faite la « vie bonne », collectivement, dans la délibération. Accéder à l'espace public, avoir la parole, est l'autre élément substantiel de la démocratie, le moyen par lequel chacun influence le contenu du débat public, se fait connaître et reconnaître, c'est-à-dire le moyen par lequel chacun existe (du point de vue de la collectivité). Celui auquel le droit n'accorde pas la prérogative de donner son avis, de faire valoir son point de vue et la défense de ses intérêts, politiquement ou juridiquement, celui-là n'accède pas à l'existence, il n'est pas un homme, il est indigne. On définira donc finalement la démocratie par deux termes : reconnaissance (insertion dans le lien social) et égalité (équilibre des pouvoirs).

Dans le corps social, les zones de pouvoir sont extrêmement mouvantes. Des individus dominent d'autres individus parfois jusqu'à la violence. Ces zones s'ouvrent et se referment n'importe où et de manière imprévisible. Par définition, ces fluctuations sont menaçantes ou rendent la vie collective instable, chacun étant potentiellement victime d'autrui. En créant la société politique,

⁹² L'ordre juridique au sens étroit ici du droit applicable à la zone d'inclusion.

l'homme a stabilisé une zone de pouvoir forte, susceptible de s'opposer aux multiples petits souverains que sont les individus. L'idée première est donc d'empêcher l'apparition de violences privées, c'est-à-dire d'apporter la sécurité. Cette sécurité élémentaire, physique, avec le développement de la paix sociale s'alourdit de composantes plus nobles comme la sécurité alimentaire et bientôt la sécurité en termes de confort. Ainsi se crée une certaine idée de la douceur de vivre. L'Etat souverain est à la fois pourvoyeur d'ordre public et de bénéfices sociaux. A travers le droit et l'exercice de ses compétences juridictionnelles, il produit aussi de la « vie bonne ». La société politique constituée permet l'élévation de ses membres à la dignité politique, le lieu où s'apaisent les manifestations de violence privée et où s'étend la paix sociale. Pourtant, les hommes n'ont pas résolu le problème de la violence. Une ambiguïté semble ne pas pouvoir être surmontée que l'on retrouve deux fois : au niveau individuel et au niveau collectif. Il s'agit d'une aporie, d'une contradiction insoluble, qui est que la domination sur la vie d'autrui provoque le sentiment de sa propre existence, de sa propre réalité. Exister c'est dominer. Pour accéder à la « vie bonne », au sens de la vie, l'individu doit être reconnu par ses pairs, c'est-à-dire respecté. Inspirer le respect est une forme d'élévation au-dessus d'autrui. Le lieu du respect mutuel parfaitement égalitaire est aussi indéfinissable que le moment de la dignité générique. Pas plus que l'essence de l'être humain on ne peut définir le sens de la vie. Notre raison de vivre est opaque et donc la paix sociale absolue ou l'égalité absolue est inimaginable ou indescriptible, engloutie dans l'épais brouillard du mystère de la vie. Tout comme la dignité générique, son exact contraire à l'autre bout de la ligne de la liberté, l'égalité absolue, est une fiction juridique, un outil du droit dont on ne parvient pas à définir concrètement le contenu.

Chaque individu digne est souverain et donc, potentiellement violent. L'Etat souverain est frappé de la même tare. Comme n'importe quelle source de domination privée, le pouvoir public est susceptible d'hédonisme, c'est-à-dire d'abus de pouvoir à la seule fin de se conforter dans sa propre existence. On revient ici en outre à un autre problème qui est que l'Etat souverain, créé pour assurer la sécurité de ses membres, ne peut maintenir sa propre sécurité que par l'exclusion, l'écrasement de la personnalité de celui qui porte atteinte à la substance même du corps collectif. Si donc tous les hommes sont membres du souverain, l'agression de l'un d'entre eux entraîne la répression pénale collectivement définie. La répression pénale est un élément de la « vie bonne » ou un des fondements de la société politique qui lui donnent sa cohésion. Si les hommes s'assemblent pour garantir leur sécurité physique, la protection de leurs biens puis de leur autonomie individuelle, ils définissent les conditions de cette sécurité dans le droit pénal. Ici le corps tout entier du souverain s'abat sur celui dont on a écrit qu'il rompt le Pacte social. Ce phénomène est caractérisé par l'inégalité et la disproportion entre l'inculpé (individu) et l'autorité (collectivité) qui met en œuvre la répression. On retrouve donc l'aporie au niveau collectif qui veut que l'Etat manifeste son existence comme corps collectif à travers l'exercice de ses prérogatives politiques et juridiques, et que tout exercice de ce pouvoir est potentiellement une violence létale. L'Etat, comme détenteur du pouvoir de contrainte, pas moins qu'aucun homme, ne peut résister à la tentation de s'agripper à la vie d'autrui pour satisfaire le sentiment de sa propre existence.

Finalement, la dignité politique ne signifiera jamais autre chose qu'être protégé par le droit, une institution ou une formalité. La dignité profonde de l'homme et en même temps son fardeau, est la dignité générique, cette espèce de dignité, brute ou primaire, ou méprisable. L'homme naît dans la déchéance, dans cette dignité qui l'élève à peine au-dessus de la condition animale et d'une manière si trouble qu'on ne peut pas même la décrire ni la représenter. L'homme en dehors du lien social est quelque chose d'innommable, d'indéfinissable. Sa vie durant, il voudra s'arracher à cet indéfinissable pour accéder à la grande dignité, la dignité politique. A cette fin, l'homme est créateur de société. La création de société n'est pas un événement ponctuel. Tous les jours, l'homme crée la société politique et la renouvelle sans cesse, à la recherche de la douceur de vivre, de la « vie bonne ». Le sentiment de la reconnaissance, de la considération, de la plénitude de l'existence ou de l'aboutissement, de l'achèvement de soi est cependant un sentiment éphémère. Le sentiment du « bonheur » de vivre n'est jamais complètement abouti. Chacun a son

idéal et la société ne fait qu'amener les conditions pour la réalisation des idéaux sans doute les mieux partagés, si ceux-ci peuvent être « ressentis » collectivement. La caractéristique intrinsèque du régime démocratique, son essence ou sa réalité profonde est le phénomène chaque jour renouvelé d'association de tous les membres de la collectivité dans le souverain, leur élévation vers le souverain, dans l'effort de tous, de chacun des individus pour la conduite de leur propre existence, et de la collectivité de répartition équitable des bénéfices de la vie en commun. L'aspiration au développement ou à la garantie des « droits de l'homme » n'est rien d'autre que cette recherche intarissable de l'être vers l'affirmation de sa propre existence, l'élévation d'une dignité générique, soumise, écrasante, à une dignité politique, maîtrisée, la pleine possession de la vie.

Texte complémentaire

De la liberté dans la zone de violence

Quand elle écrit *Je vous salue ma rue*, Sylvie Quesemand Zucca travaille comme psychiatre depuis 10 ans pour le samu social de Paris. Le samu social fait le tour des rues de la ville, de jour comme de nuit mais surtout la nuit, pour tenter de porter secours aux sans-abris. L'auteure décrit la profonde souffrance morale dans laquelle ces gens sont plongés qui fait que, bien que l'aide sociale (le RMI/RSA) et l'accès à un logement soient des mesures de réinsertion à leur disposition, celles-ci n'atteignent pas leurs objectifs, parce que pour qu'elles soient utiles, il faudrait mettre en place un important dispositif d'accompagnement individuel psychosocial. Au sein du samu social et d'autres services médicosociaux liés, cet accompagnement est insuffisant faute de ressources humaines.

Les clochards sont dans la zone de discrimination. Ils vivent à l'état d'abandon, sans aucune hygiène alimentaire et même sans hygiène du tout, imbibés d'alcool bon marché et exposés aux intempéries. Leur santé et leur intégrité sont menacées ainsi que leur sécurité et leur vie. Ils appartiennent à un milieu social violent ou exposé à la violence. Ils ne participent à aucun aspect de la vie collective ni politique, ni économique, ni rien, et ils ne s'insèrent pour ainsi dire dans aucun lien social. Ils sont au plus bas de l'échelle sociale, dans la déconsidération, loin de l'égalité juridique et aucun de leurs intérêts privés n'est satisfait. Ils souffrent de la dépendance aux nécessités de la vie (se procurer un minimum pour se nourrir, de quoi boire assez ou fumer, des couvertures si possible, voire quelques vêtements ou chaussures). Ils n'ont pas accès au moindre confort. Tous les ingrédients de la zone d'exclusion sont réunis sauf un : ils ne sont pas dans un rapport au souverain, le rapport au pouvoir fait défaut. Ils ne sont pas dans la contrainte immédiate, la sphère de pouvoir, et en ce sens ils jouissent d'une certaine liberté. Dans les limites abruptes de leur vie misérable, ils échappent à la volonté d'autrui sur leur propre personne.

Ici, la collectivité ne fait sans doute pas les efforts suffisants pour aider ces personnes à sortir de l'état de nécessité, comme le souligne Sylvie Quesemand Zucca. A leur égard, la société n'est pas démocratique.

Cependant, un autre problème se pose qui est celui de l'élan vital. Nous avons vu que l'existence est le mouvement de la sphère privée vers la sphère politique, l'élan de chaque jour vers une vie meilleure et l'aspiration à atteindre un idéal de « vie bonne » (ou à ne pas tomber dans l'opprobre). Or, la clochardisation est une rupture de l'existence, une perte de l'élan vital (indépendamment des causes qui ont entraîné un tel dé-couragement – le courage nous dit Hannah Arendt, étant la vertu politique par excellence selon les grecs anciens⁹³). Ils sont eux-mêmes à l'abandon, c'est-à-dire que leur aspiration à la dignité politique s'est vidée de l'intérieur. Sans cette aspiration à exister, sans l'élan vital, sans l'action ou l'effort, la confrontation avec le pouvoir souverain est impossible. Il faut une force qui remonte de la sphère privée vers la sphère politique pour que la force contraire puisse s'exercer, celle qui ramène l'individu dans la zone d'exclusion et de violence.

En ce qui concerne la liberté des clochards, celle-ci n'a pas de sens. La liberté de boire mal et trop puis de s'affaler sur des cartons à même le bitume, sous un pont, dans un milieu urbain bruyant, froid, humide, laid et triste, dans la puanteur et la crasse, cette liberté ne mène à rien, ni à une vie meilleure, ni à une plus grande estime de soi, ni au bien-être. Ce qui saute aux yeux du miséreux ce n'est pas qu'enfin dégagé des contraintes sociales il peut faire ce qu'il veut, mais plutôt

⁹³ *The Human Condition*, p. 36

l'absurdité de sa vie et le sentiment de son inutilité, un état d'avilissement proche de la folie. Cette liberté, tout comme l'égalité de condition dans la zone d'exclusion, n'a aucune signification. Elle ne conduit pas à la « vie bonne » ni à la paix sociale. Dans l'ordre juridique, elle est insignifiante (inexistante).

Sur le schéma 2, les clochards seraient au point A, à l'endroit où la ligne de la liberté est à zéro. C'est-à-dire encore que, être libre, c'est *exercer sa liberté*, remonter la ligne de l'existence dans l'effort (la recherche de l'estime de soi) et que plus on exerce de libertés, plus on approche de la « vie bonne », et plus on est libre.

Epilogue

« S'il ne pensait qu'à lui-même, s'il retirait à lui son esprit et son souffle, toute chair périrait soudain, et l'homme rentrerait dans la poussière. »

Job, 34 : 14, 15

Devant la souveraine puissance de Dieu, l'homme est *sacer*. Sa vie est exposée à la mort, en tout temps, en tous lieux. Cette mort, infligée par la Providence, n'est pas sanctionnée. Ce n'est ni un meurtre, ni un rituel divin. C'est une mort dépourvue de signification. On meurt à n'importe quel âge, à n'importe quel moment, de n'importe quelle cause. La maîtrise de la mort échappe à l'homme, pour toujours, sa vie durant. L'homme est banni du jardin d'éden, irrémédiablement exclu de l'ordre divin. Par rapport au souverain Dieu, il vit dans la zone d'indifférence, la zone de non-sens, de l'absurdité, de la totale absurdité. L'absurdité rend fou. Pour échapper à sa condition tragique, l'homme recherche le sens de son existence ou lui donne lui-même un sens. Il recrée sur Terre une espèce de souveraineté, la société politique, à laquelle il cherche à s'identifier pour devenir souverain lui-même, qui doit l'élever vers la condition d'égalité avec Dieu, vers l'éden, le lieu du sens de la vie et de la douceur de vivre. Mais cette société politique n'est qu'une parodie, un artifice. L'homme ne peut se cacher de la souveraine puissance de Dieu. Il faut qu'il meure.

Lexique

L'ordre juridique ici désigne l'ensemble des lois, règles normatives, actes de gouvernement, pratiques administratives (légales) et décisions de justice, l'ensemble du droit et sa mise en œuvre, maîtrisés par l'autorité souveraine, l'Etat, soit que les institutions constitutionnellement établies aient elles-mêmes produit ce droit, soit qu'elles aient reconnu sa validité juridique par exemple par la ratification d'une convention internationale ou l'adhésion à une organisation internationale. Dans certains passages, notamment lorsqu'il est question de l'exclusion de l'ordre juridique, l'« ordre juridique » désigne spécialement et donc de manière étroite le droit de la zone d'inclusion, celui qui traduit l'idéal commun de « vie bonne ».

Le terme **citoyen** est pris dans un sens assez étroit de personne reconnue comme membre à part entière de la société politique. Dans nos sociétés contemporaines, le citoyen est avant tout celui qui possède la nationalité accordée par l'Etat et les droits politiques.

La notion de « **vie bonne** » est tirée de la philosophie politique, notamment antique. Je l'ai moi-même reprise du texte de Giorgio Agamben, *Homo Sacer*. Cette notion se rapporte à un certain idéal de vie heureuse, harmonieuse, ou guidée par la justice, individuellement ou en collectivité. Savoir ce qu'est cette vie heureuse n'est pas notre objet. L'expression se rapporte à l'idée que toute société ou tout individu aspire à atteindre un idéal de paix, de richesse ou de bonheur, et désigne en quelque sorte l'élan de chaque jour vers la réalisation de cet idéal, le fait de vivre en cherchant à vivre mieux ou à vivre bien.

L'expression « **droits de l'homme** », qui désigne l'ensemble des droits reconnus à l'être humain en tant que tel, le plus souvent opposables à l'Etat, ne convient pas à la théorie de la dignité exposée dans cet ouvrage. La théorie s'appuie d'abord sur l'unicité *du* droit de l'homme, le droit à la protection de la personnalité (art. 8 CEDH) comme tronc commun duquel on déduit les autres droits. Elle fait ensuite apparaître que la notion même « d'homme » est juridiquement insaisissable c'est-à-dire que dans le domaine des droits de l'homme, « l'homme » est un objet ou un phénomène inconnu. Il est cependant si habituel de parler des droits de l'homme, des droits fondamentaux ou des libertés publiques que j'ai conservé ces expressions pour la compréhension du texte.

L'effort

L'effort ici n'est pas compris comme une certaine dépense d'énergie ou un certain travail et n'a rien à voir avec l'état de fatigue dans lequel on pourrait se trouver après. La notion se rapporte à celle de démocratie et indique le processus par lequel est créée l'égalité juridique à partir d'une inégalité de fait. La domination sur autrui est un état de fait, une réalité concrète et observable qui tient à différents facteurs physiques ou psychologiques ou qui découle d'un rapport social ou économique donné et intériorisé par les acteurs, ou encore d'une relation de contrainte à laquelle on ne peut pas échapper. Par exemple, un enfant est plus faible qu'un adulte, un employé a un certain devoir d'obéissance envers l'employeur dont il dépend économiquement, ou un individu arrêté par quatre policiers armés n'a guère de chances de s'enfuir. Le rapport de domination est une donnée primaire et immédiate. Le non-effort consiste à se comporter à l'égard du dominé d'une manière bien assise sur sa position d'autorité, verticalement. L'abus de pouvoir est l'usage extrême du rapport de domination, au-delà du nécessaire ou du socialement admis. L'effort consiste à prendre conscience du rapport de pouvoir et à faire en sorte, surtout de la part du dominant, que la relation à l'autre devienne démocratique, fondée sur l'échange et la réciprocité, la délibération. L'effort du dominé serait d'entrer dans cette relation dans le même état d'esprit c'est-à-dire sans chercher à en abuser pour inverser le rapport de domination. Le rapport

démocratique est donc artificiel, un effort de reconnaissance d'autrui dans la durée. Il est en contradiction avec le rapport de pouvoir immédiat, qui est une donnée et qu'il faut donc dépasser psychologiquement ou moralement et même sans doute matériellement. L'état d'esprit des acteurs reste primordial à mon avis dans l'analyse de leurs rapports sociaux. L'effort doit se reproduire chaque jour. Le travail de valoriser autrui, de lui laisser la parole et de prendre les décisions en commun doit se renouveler chaque jour. L'effort est un état d'esprit dans la relation à l'autre qui tend à surmonter une inégalité de fait et qui aboutit à la considération ou au respect, c'est-à-dire à la reconnaissance de l'existence d'autrui, de sa valeur en tant qu'être humain unique et irremplaçable.

Le lien social

Le lien social est une donnée sociologique extrêmement difficile à définir dans une perspective juridique. Ici, cette expression doit être comprise dans un sens très large, qui englobe non seulement les relations immédiates aux autres, mais également les représentations collectives qui nous influencent ou que nous percevons, que nous les approuvions ou non, les mœurs, les habitudes, les informations diffusées par les médias, toute la matrice sociale dans laquelle nous vivons. Il faut encore y inclure la représentation que nous avons de nous-mêmes dans nos rapports à autrui, par exemple que nous évitions telle attitude parce que nous en ressentirions de la gêne ou de la honte ou qu'au contraire, par fierté ou par goût, nous recherchions tel ou tel effet. Le lien social n'est donc pas synonyme de cohésion sociale et ne se réduit pas au rapport social de proximité. Sa complexité est telle que, si l'on admet que la théorie développée ici est une méthodologie, un outil du droit pour tenter d'expliquer et de définir la notion de dignité, sous l'un de ses aspects au moins, celui du rapport entre la dignité et le lien social, la méthode est inopérante. Pour reprendre l'exemple de la relation du parent à l'enfant, cette relation, sous forme de relation démocratique, ne peut pas être clairement définie. Comment délibère-t-on avec l'enfant, qu'a-t-il dans sa tête, comment nous voit-il, comment se représente-t-il lui-même, quels sont ses soucis, qu'est-ce qui éveille son intérêt, que faut-il faire quand il crie, ou quand il refuse de manger ou d'aller au lit, ou s'il a volé ou menti ? Chacune de ces questions est difficile. On ne peut pas ressentir comment nous influençons le comportement d'autrui. Je crois qu'on ignore comment changent les mœurs, bien qu'il existe sans aucun doute de très bonnes études de comportements sociaux donnés dans des contextes donnés⁹⁴, desquelles on peut tirer des enseignements ou même des lois sociales. Comme par exemple l'idée selon laquelle un enfant issu d'une famille pauvre pourra rencontrer plus de difficultés à s'élever dans la hiérarchie sociale qu'un enfant issu d'une famille aisée.

Ainsi, la technique de la division de l'ordre juridique en deux zones, d'inclusion ou d'exclusion, est hautement approximative lorsqu'il s'agit de décrire le contenu de la zone d'inclusion. La méthode ne s'applique qu'à l'analyse des rapports de pouvoir, lorsque ceux-ci sont préalablement définis comme tels, par hypothèse. Le but de la méthode est d'identifier et de décrire le phénomène de la discrimination. Pour définir la « vie bonne » ou donner un contenu à la « démocratie », ou rechercher les conditions de « l'égalité » ou de la « paix sociale », la théorie de la double dignité est inopérante.

Pouvoir (domination, contrainte, contrôle)

Le terme pouvoir ici désigne la faculté de décider entre les différentes opportunités à venir, c'est-à-dire la faculté de trancher, dans sa relation avec autrui. Peu importe que cette faculté soit exercée ou non. Il s'agit donc d'une relation sociale de dominant à dominé, du fait que le dominant a la possibilité de décider à la place ou pour le compte d'autrui. Peu importe également

⁹⁴ Voir à ce sujet la préface de Jean-Pierre Grossein à *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme* de Max Weber, qui explique qu'après la publication de cet ouvrage certains critiques en ont vu la preuve que la sociologie est un ensemble d'affirmations qui ne reflètent que l'avis de l'auteur, tandis que d'autres y ont vu le caractère scientifique de cette discipline.

que la décision concerne les rapports informels entre les particuliers ou les actes institutionnels, qu'il s'agisse de choix opérés par le truchement d'une législation générale et abstraite (il est interdit d'ouvrir un débit de boissons alcoolisées sans autorisation) ou d'un acte d'application individuel et concret. La décision se trouve partout dans la vie et la maîtrise des choix est la matière même de l'autonomie.

L'exercice du pouvoir est nécessairement arbitraire puisqu'un certain nombre d'options sont irrévocablement éliminées⁹⁵. On peut masquer ou atténuer le caractère fondamentalement arbitraire de la décision, du choix, en prenant dûment en considération tous les intérêts opposés en présence (à travers la délibération), dans une perspective égalitaire, où chacun qui est partie au litige finalement tire quelque profit de la solution. Plus on se rapproche du point A, plus le caractère arbitraire de la décision devient manifeste et plus il y a de distance entre le destinataire de la décision et la source du pouvoir.

Pouvoir et violence

La violence est l'usage de la force physique sur le corps d'autrui. On s'oppose à la violence simplement en exerçant une force contraire. Le pouvoir ne se distingue pas toujours clairement de la violence. Le pouvoir est la composante subjective, institutionnelle (liée à l'organisation sociale, économique ou politique) ou relationnelle du rapport à autrui. La violence est aussi un instrument du pouvoir. La violence se distingue du pouvoir lorsque l'usage de la force physique ne permet pas, ou seulement imparfaitement, d'imposer sa volonté à autrui. La violence est difficile à distinguer du pouvoir lorsqu'elle permet d'atteindre les objectifs de ce dernier, lorsque celui qui use de la violence obtient ce qu'il voulait de la victime. La distinction est également difficile dans les situations de « violence psychologique », qui est une forme extrême de pouvoir, une emprise très lourde sur la subjectivité d'autrui, que l'on rencontre généralement lorsque le rapport social est déséquilibré (position dominante d'une part ou situation de dépendance d'autre part), même s'il n'est pas fait usage de la force. On peut assimiler ce rapport psychologique déséquilibré à de la violence. Il s'agit alors de la forme de violence la moins intrusive sur la victime c'est-à-dire qui n'entre pas en contact physique direct. La « violence psychologique » est donc le lieu où se rencontrent la forme de violence la moins coercitive (qui confine à une relation de pouvoir) avec le forme de pouvoir la plus coercitive (qui confine à la violence). Cependant, la violence et le pouvoir ne peuvent pas se représenter sur un schéma linéaire. L'intensité de la violence varie selon des paramètres qui sont parfaitement indépendants de ceux qui font varier l'intensité du pouvoir. Finalement, le pouvoir ou la violence tendent tous deux à provoquer la contrainte sur autrui, à lui faire perdre son autonomie et sa capacité de choix et à le réduire à une dépendance ou à une instrumentalisation plus ou moins graves.

Souveraineté

La souveraineté est synonyme de pouvoir. Peut-être faut-il réserver le terme de souveraineté aux formes institutionnalisées de pouvoir, mais cela n'a pas véritablement d'importance pour notre objet parce que, en regard de la dignité, le phénomène du pouvoir est de même nature qu'il s'exerce dans un cadre domestique ou privé, ou dans un cadre institutionnel ou organisé. Au demeurant, le pouvoir peut être à la fois d'ordre privé et d'ordre institutionnel, comme on le voit dans les affaires où des agents de police font usage de la violence sur la victime d'une arrestation.

Hédonisme

L'hédonisme est le contraire de l'effort, le fait d'avoir conscience de sa position de domination et d'en abuser à son propre profit, pour sa propre satisfaction.

⁹⁵ Voir à ce sujet Karl Popper, *Un univers de propensions, Deux études sur la causalité et l'évolution*, éditions de l'éclat, Combas, 1992

Satisfaction

La satisfaction, le bonheur, la félicité, la « vie bonne » et même la justice ou la vertu, ces termes ne se distinguent pas dans la théorie de la dignité. Ils se rapportent au moment où l'individu accède à la pleine possession de soi, ou à la maîtrise de sa vie, ou au sentiment de sa parfaite autonomie ou liberté, qui procure un sentiment de bien-être, ou le sentiment réjouissant d'une justice accomplie, ceci selon les personnes ou les circonstances, peu importe, mais c'est le moment de pleine satisfaction. C'est le moment précis de l'accès à l'égalité parfaite, de communion avec les autres, de paix absolue, du sentiment de jouissance de sa liberté ou de justice ou de bonheur, de maîtrise de soi et de sa vie, ou d'autres choses équivalentes, de l'accès finalement à la « vie bonne ». Ou bien, si on se place du point de vue du dominant, la satisfaction est la jubilation ou la jouissance d'exercer la domination ou la violence c'est-à-dire la maîtrise sur autrui.

La particularité de la satisfaction est son caractère éphémère. Le plaisir ou la satisfaction sont des sensations fugaces. Elles durent à peine quelques instants. Au contraire de l'insatisfaction, qui est un sentiment permanent, la satisfaction nous échappe aussitôt. On ne peut pas se complaire longtemps dans une impression de bonheur ou de plénitude ou de maîtrise. Les moments agréables ou excitatoires ne durent jamais longtemps et leur épuisement même crée un manque. Ce manque est sans doute le moteur de « l'action », de l'élan vital, de l'existence en fin de compte, de la recherche perpétuelle d'un plus ou d'un mieux, et dans le même temps, le moteur du pouvoir et de la violence dont l'exercice ou l'usage provoque la satisfaction.

Ce caractère éphémère de la satisfaction explique également le caractère répétitif de l'exercice du pouvoir ou de l'usage de la violence, qui doivent être sans cesse renouvelés pour procurer de nouvelles sensations de sur-existence elles-mêmes aussitôt évanouies, et la tendance à aller toujours plus loin, à la recherche d'une plénitude de soi plus intense ou plus durable.

Et donc, le terme satisfaction ne signifie pas que plaisir ou jouissance. Il signifie surtout le sentiment de maîtrise ou d'accomplissement, de réalisation, c'est-à-dire encore le sentiment d'*exister* pleinement ou totalement, ce qui est quelque chose d'indicible, qu'on ne peut pas ici décrire autrement.

Annexe

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée à Rome le 4 novembre 1950 [extraits]

Article 3 Interdiction de la torture

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Article 5 Droit à la liberté et à la sûreté

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

Article 8 Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

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

Eléments bibliographiques

Articles et recueils d'articles

Harmit ATHWAL, *Driven to Desperate Measures : 2006-2010*, Institute of Race Relations (IRR), London, 2010 (en ligne)

Emine Eylem AKSOY, *La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus*, in *Politiques pénitentiaires et droits des détenus, Actes du Colloque de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire (FIPP), Stavern, Norvège, 25-28 juin 2008*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008 (en ligne)

Bernard BAERTSCHI, *Dignité, propriété de soi et libertarisme de gauche*, in *Diacritica, Filosofia e cultura*, n°23/2 (2009), p. 169 (en ligne)

Marco BORGHI, Patrice MEYER-BISCH (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, éditions universitaires Fribourg Suisse, 2000

Emmanuelle BRIBOSIA, Ludovic HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004

Robert CASTEL, Jean-François LAE (dir.), *Le revenu minimum d'insertion, une dette sociale*, Logiques sociales, l'Harmattan, Paris, 1992

Jean-Paul CÉRÉ, *Détention, maladie et traitement inhumain ou dégradant, Note sur l'arrêt Rivière c. France du 11 juillet 2006 de la Cour européenne des droits de l'homme (2^{ème} section)*, in *RTDH n°69*, éd. Nemesis & Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 261

Laurence CRUCHON, *L'audition de l'enfant dans les procédures de droit de la famille : quel impact sur le travail du juge ?*, in *Jusletter* du 26 août 2013, Berne (www.jusletter.ch)

Hugues DUMONT, François TULKENS, *Citoyenneté et responsabilité en droit public*, in Hugues DUMONT, François OST, Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 171

Muriel FABRE-MAGNAN, *La dignité en droit : un axiome*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2007, n°58, p. 1

Marcel GAUCHER, *Pacification démocratique, désertion civique*, in *La démocratie contre elle-même*, collection Tell, Gallimard, Paris, 2002, p. 176

Philippe GÉRARD, *Les droits de l'homme et les limites de l'individualisme : l'exemple de la liberté d'expression*, in Hugues DUMONT, François OST, Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 153

Claudine HAROCHE, *Remarques sur les incertitudes et les ambiguïtés du droit à la dignité*, in G. KOUBI (éd.), *Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, Paris, 1996, p. 229 (en ligne)

Nicos ILIOPOULOS, *Cornelius Castoriadis et la création politique comme invention de nouvelles façons de vivre*, in Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP (dir.), *Six auteurs de théorie politique pour le XXI^e siècle*, Actes du colloque international de théorie politique à l'Université de Lausanne, *Colère, courage et création politique*, vol. 2, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 231

François JULIEN-LAFERRIÈRE, *L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ?*, in *RTDH n°77*, éd. Nemesis & Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 261

Drazen KATUNARIC, *Underground de Kusturica ou la nostalgie de l'âme slave*, in *Esprit, La fièvre identitaire*, janvier 1997, p. 119

Thomas DE KONINCK, Gilbert LAROCHELLE (dir.), *La dignité humaine*, Paris, PUF, 2005

Silvio MARCUS HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs, Les limites irréductibles*, Academia, Bruylant, Bruxelles, 1999

Christoph MENKE, *De la dignité de l'homme à la dignité humaine : le sujet des droits de l'homme*, in *trivium, Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales*, 3-2009 (en ligne)

- Patrice MEYER-BISCH (éd.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Collection interdisciplinaire, série « droits de l'homme », Editions universitaires Fribourg Suisse, 1991
- Philippe PEDROT (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne humaine*, Mélanges Christian BOLZE, Economica, Paris, 1999
- Karl POPPER, *Un univers de propensions, Deux études sur la causalité et l'évolution*, éditions de l'éclat, Combas, 1992
- Daniel PROULX, *Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles*, in *Revue du Barreau*, numéro spécial, 2003, p. 485 (en ligne)
- Marie-Joëlle REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen les 11 et 12 mai 2000, Droit et justice, Bruylant, Bruxelles, 2001
- Aline SCHMIDT, *Le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (article 12 de la Constitution). Historique et consécration constitutionnelle*, in FEAS, Aspects de sécurité sociale, 1.2001 (en ligne)
- Olivier DE SCHUTTER, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, in RTDH n°40, éd. Nemesis & Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 827
- Isabelle SOUMY, *L'effet horizontal de l'article 5 §1, première phrase comme limite à la tyrannie familiale : l'affaire Storck c. Allemagne du 16 juin 2005*, in RTDH n°66, éd. Nemesis & Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 237
- Arnault SKORNICKI, *Le « Biopouvoir » : détournement des puissances vitales ou invention de la vie ? L'économie politique, le pain et le peuple au XVIII^{ème} siècle*, in Labyrinthe, *La biopolitique d'après Michel Foucault*, 22/2005 (en ligne)
- Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Nemesis & Bruylant, Bruxelles, 2005
- Christophe TAFELMACHER, *Suisse, CEDH et mise en péril de l'Etat de droit*, in *Plaidoyer*, 1/2012

Ouvrages

- Giorgio AGAMBEN,
Homo Sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue, l'ordre philosophique, Seuil, Paris, 1997
Ce qui reste d'Auschwitz, L'archive et le témoin, Payot & Rivages, Paris, 2003
- Robert ANTELME, *L'espèce humaine*, Collection Tel, Gallimard, Paris, 1975
- Hannah ARENDT,
Les origines du totalitarisme et Eichmann à Jérusalem, Gallimard, Paris, 2002
The Human Condition, The University of Chicago Press, Chicago, 1998
- ARISTOTE, *Les politiques*, GF Flammarion, Paris, 1993
- Raymond ARON, *Démocratie et totalitarisme*, folio/essais, Gallimard, Paris, 1965
- Elisabeth BADINTER, *L'amour en plus*, Flammarion, Paris, 1980
- Etienne BALIBAR, *La proposition de l'égaliberté, Essais politiques 1989-2009*, Actuel Marx Confrontation, PUF, Paris, 2010
- Margarete BUBER-NEUMANN, *Déportée à Ravensbrück*, Seuil, Paris, 1988
- Marie-Claire CALOZ-TSCHOPP, *Les étrangers aux frontières de l'Europe et le spectre des camps*, La Dispute/SNEDIT, Paris, 2004
- Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, First Harvard University Press Edition, 2002
- Bernard EDELMAN, *La personne en danger*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999
- Michel FOUCAULT,

- Surveiller et punir, Naissance de la prison*, collection Tell, Gallimard, Paris, 1975
- La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976
- Marcel GAUCHER, *Le désenchantement du monde, une histoire politique de la religion*, éditions Gallimard, Paris, 1985
- Véronique GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine*, LGDJ, Paris, 2004
- Daniel Jonah GOLDHAGEN, *Les bourreaux volontaires de Hitler, Les Allemands ordinaires et l'Holocauste*, Seuil, Paris, 1997
- Simone GOYARD-FABRE, *Qu'est-ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Armand Colin, Paris, 1998
- Colette GUILLAUMIN, *L'idéologie raciste*, Gallimard, Paris, 2002
- Raul HILBERG, *La destruction des juifs d'Europe*, Fayard, Paris, 1988
- Thomas HOBBS, *Léviathan*, folio/essais, Gallimard, Paris, 2000
- Sanford A. LAKOFF, *Equality in Political Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1964
- Primo LEVI, *Si c'est un homme*, Julliard, Paris, 1987
- John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, GF Flammarion, Paris, 1992
- Serge MARGEL, *Critique de la cruauté ou les fondements politiques de la jouissance*, L'extrême contemporain, Belin, Paris, 2010
- Pic DE LA MIRANDOLE, *De la dignité de l'homme*, éditions de l'éclat, Paris, 1557 (en ligne)
- Jean-Frédéric POISSON, *La dignité humaine*, Les études hospitalières, Bordeaux, 2004
- Sylvie QUESEMAND ZUCCA, *Je vous salue ma rue, Clinique de la désocialisation, un ordre d'idées*, Stock, Paris, 2007
- Jacques RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, éditions La fabrique, Paris, 2005
- Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social et Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Bookings International, Paris, 1996
- Jean-Paul SARTRE, *Réflexions sur la question juive*, Folioessais, Gallimard, Paris, 1954
- Dominique SCHNAPPER, avec la collaboration de Christian BACHELIER, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Folioactuel, Gallimard, Paris, 2000
- Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835 pour le 1^{er} tome et 1864 pour le 2^{ème} tome (en ligne)
- Alain TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie ?*, Fayard, Paris, 1994
- Geneviève TRÉPANIER, *Clonage reproductif et dignité de la personne humaine*, Liber, Montréal, 2006
- Loïc WACQUANT, *Punir les pauvres, Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, contre-feux, Agone, Marseille, 2004
- Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, collection Tel, Gallimard, Paris, 2003
- Simone WEIL, *Note sur la suppression générale des partis politiques*, Climats, Paris, 2006
- Charles WIDMER, *Droits de l'homme et sciences de l'homme, Pour une éthique anthropologique*, Librairie Droz, Genève, Paris, 1992